

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLIV  
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE  
MCMXCI

# 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 LEÓN

## Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN  
Catedrático de Derecho civil

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ  
Magistrado del Tribunal Supremo  
SEBASTIAN MORO LEDESMA

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS (†)  
Notario de Madrid

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

## Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

## SUMARIO

### Estudios monográficos

Pág.

CRISTOBAL MONTES, Angel: <i>El derecho de regreso en la solidaridad de deudores ....</i>	1433
CAÑIZARES LASO, Ana: <i>Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias .....</i>	1453
CLEMENTE MEORO, Mario E.: <i>Término y vencimiento anticipado: antecedentes históricos .....</i>	1529
LOPEZ FERNANDEZ, Luis Miguel: <i>El subsuelo urbano en relación con el planeamiento urbanístico y con los artículos 348 y 350 del Código civil .....</i>	1633

### Información legislativa

A cargo de Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ	1661
---	------

## Bibliografía

Pág.

### LIBROS

- ANGEL YAGÜEZ, Ricardo de: *La doctrina del «Levantamiento del velo» de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, por Ignacio Díaz de Lezcano.—CRISTOBAL MONTES, Angel: *Las obligaciones indivisibles*, por Emilio Murcia Quintana.—ESPIN CANOVAS, Diego: *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, por José Miguel Rodríguez Tapia.—GUILARTE GUTIERREZ, Vicente: *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, por Pilar Benavente Moreda.—PARRA LUCAN, M.<sup>a</sup> Angeles: *Daños por productos y protección del consumidor*, por Carlos Martínez de Aguirre ..... 1671

### REVISTAS

- Revistas españolas*, a cargo de Isabel ARANA DE LA FUENTE y Emilio BLANCO MARTINEZ ..... 1691

## Jurisprudencia

### JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

#### II. SENTENCIAS

- A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ; colaboran: Javier BARCELO DOMENECH, Gabriel GARCIA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Isabel GONZALEZ PACANOSWSKA y Encarna SERNA MEROÑO ..... 1705

# **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.<sup>o</sup> - 28013 Madrid

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: España: 6.400 ptas. Extranjero: 7.300 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 2.100 ptas. Extranjero: 2.400 ptas.

### **CORRESPONDENCIA**

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

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLIV  
FASCICULO IV



SEPT.-DICIEMBRE  
MCMXCI

---

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

---

I.S.B.N.: 84-7787-076-4.

N.I.P.O.: 051-91-010-8.

I.S.S.N.: 0210-301-X.

Depósito Legal: M-125-1958.

---

Artes Gráficas Suárez Barcala, S.L.  
Dr. Barraquer, 3. Getafe (Madrid).

# ESTUDIOS MONOGRAFICOS

## El derecho de regreso en la solidaridad de deudores

ANGEL CRISTOBAL MONTES

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza

1. La típica nota de la solidaridad pasiva que permite al acreedor reclamar y obtener el pago íntegro de cualquiera de los deudores tiene su correlato lógico en la circunstancia de que la afectación de éste provoca la desaparición de la relación obligatoria, porque como bien dice el artículo 1.145 del Código Civil “el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación”.

Ahora bien, si se extingue la obligación, es obvio que, en principio, los restantes deudores que no efectuaron el pago deberán quedar liberados, porque nadie puede ser deudor una vez desaparecido el vínculo y porque, en cuanto deudores solidarios, estaban sujetos al cumplimiento íntegro de una prestación que ya ha sido realizada. ¿Querrá decir ello que pueden desentenderse sin repercusión alguna del acto solutorio realizado por uno de ellos? Estamos ante el viejo problema de la relación que media entre los distintos deudores solidarios y el juego del denominado derecho o acción de regreso.

En el Derecho romano clásico la estricta situación de solidaridad activa no generaba por sí sola el recíproco derecho de regreso entre los distintos implicados, sino que, para que tal cosa ocurriera, había que atender a la particular relación jurídica que mediase entre los sujetos. Lo mismo ocurría aquí, y, en consecuencia, el deudor que pagaba, para poder repetir de los otros deudores, debía estar asistido de una *actio pro socio, mandati, negotiorum gestio, familiae erciscundae o communi dividendo*, o bien encontrarse en alguno de los supuestos en que la ley permitía solicitar del acreedor satisfecho las acciones que ostentaban contra los otros codeudores (1). Las cosas cambiarían de manera significativa en el Derecho justiniano.

La recepción del Derecho romano reabrió la polémica entre los doctores del *ius commune*, aunque una mayoría sustancial de los mismos se

---

(1) CRISTÓBAL MONTES, *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*,, Caracas, 1964, p. 44.

inclinó por la tesis de que el deudor solidario que pagara debía tener siempre la posibilidad, por una u otra vía, de recuperar parte de lo pagado de los otros deudores que no concurrieron a la *solutio*. Irnerio y Martino afirmarán de manera enfática que el derecho de regreso emana de la intrínseca naturaleza de la solidaridad.

Aunque no faltó alguna voz, como la de Faber, que negase semejante derivación mecánica y natural, la orientación asume carácter definitivo cuando Savigny sentencia que, al menos en la obligación solidaria pasiva, en la solidaridad siempre existe el derecho de reembolso a favor del deudor que pagó frente a los restantes codeudores. El artículo 1.213 del *Code* normativizará la idea, y a partir de ahí la pauta adquirirá consagración legal en todos los Códigos civiles, incluido el nuestro, ya que a tenor del párrafo segundo de su artículo 1.145 el derecho de regreso se nos presenta como un mecanismo jurídico que en virtud del pago unilateral se deriva de la idea misma de la solidaridad.

Giorgi encontraba el fundamento jurídico de esta acción de reembolso en el pago efectuado por cuenta de otro en virtud del mandato implícito en el vínculo solidario, mandato que otorga un crédito a favor de aquel que pagó respecto al que quedó libre (2). Sabido es que no es así, pues reconocer a la solidaridad fuerza suficiente como para generar ella sola ese derecho de regreso sin necesidad de particular negocio alguno entre los codeudores, para luego concluir que todo se explica en virtud de un mandato tácito y recíproco que media entre ellos, es una forma vergonzante de desandar lo andado y de recibir por la ventana lo que se acaba de despedir por la puerta.

2. El deudor que paga, como es sabido, no es ni mandatario, ni representante, ni gestor de los negocios de los restantes. Ni siquiera paga en interés y por cuenta de otros, sino que paga en su propio y exclusivo interés, en cuanto realiza el acto solutorio en función de una deuda que le sujeta a la realización de la totalidad de la prestación debida, y precisamente para liberarse de ella. Otra cosa es que semejante actuación solutoria sea susceptible de desencadenar determinados efectos respecto a los codeudores que no pagaron.

Díez-Picazo nos dice que el fundamento de la acción de regreso se encuentra en los principios que vedan el enriquecimiento sin causa, porque si el deudor que ha pagado no pudiera dirigirse contra sus codeudores, éstos últimos experimentarían un enriquecimiento injusto; pero no puede dejar de reconocer, de todas maneras, que no se trata de una verdadera acción de enriquecimiento, que tiene siempre carácter subsidiario, sino de una acción tipificada por la ley con base en aquel principio (3). Curioso supuesto de enriquecimiento injusto que no genera una acción de esta naturaleza.

---

(2) GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, I, Madrid, 1909, p. 175.

(3) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, p. 437.

En realidad, ni siquiera hace falta acudir a semejante construcción. El deudor solidario que paga el todo está pagando lo que le corresponde, pero junto a él existen otros deudores con el mismo tipo de vinculación. Esa idea de pluralidad de sujetos pasivos y unidad de objeto significa, en definitiva, que al margen de cualquiera que sea la concreta incidencia en el momento de ejecutarse la prestación debida, todos los deudores habrán de participar en dicha ejecución aunque sea *a posteriori*, porque difícilmente cabe catalogar a alguien de deudor y ni aun siquiera de considerarlo deudor si no se ve implicado, en uno u otro momento y con uno u otro grado de participación, en la realización de la *res debita*, al menos en relación a los deudores principales.

3. ¿Quiere decir ello que en la afectación interna la relación entre los diversos deudores solidarios es simple y mera mancomunidad? La contestación afirmativa viene de lejos, pues ya Pothier la acogía en base a la consideración estrictamente práctica de que de sostenerse la subsistencia de la solidaridad en las relaciones internas nos veríamos abocados a “un círculo de acciones”, porque cada deudor demandado por el todo trataría de actuar de la misma manera respecto a otro de ellos, y así sucesivamente (4). En nuestros días, Amorth ha significado que las relaciones internas se caracterizan por la ausencia de solidaridad, ya que una vez destruido el vínculo solidario mediante el cumplimiento de la prestación, frente al deudor que ha pagado no existe un grupo sino una multiplicidad de sujetos, “cada uno de los cuales responde exclusivamente de la deuda propia” (5).

Cierto que los textos legales parecen avalar sin problemas esta tesis al hablar de “parte y porción” (arts. 1.213 del *Code*), “partes iguales en su relación recíproca” (parágr. 426 del B.G.B.), “parte de cada uno” (art. 1.299 del *Codice*), y “parte que a cada uno corresponda” (art. 1.145 de nuestro Código civil), pero no menos cierto que en todos ellos existe alguna otra previsión que enturbia de manera significativa una clara y definitiva conclusión en pro de la estricta mancomunidad entre los co-deudores, sobre todo la circunstancia, tan típica y característica de la solidaridad, de que la insolvencia de un deudor solidario será cubierta por los restantes. ¿Cómo puede afirmarse que estamos en presencia en la relación interna de una escueta mancomunidad cuando se da la circunstancia apuntada, ajena por completo a la obligación parciaria (art. 1.139, C.c.) y factor básico de caracterización en el ámbito de la solidaridad?

Realmente suena un tanto raro que una obligación constituida como solidaria funcione internamente como mancomunada o asuma esta segunda naturaleza una vez efectuado el pago por uno de los deudores solidarios. Esas relaciones externas e internas, de que nos habla Amorth, comprendidas en la obligación solidaria desde su nacimiento, o ese ar-

(4) POTIER, *Traité des obligations*, I, París, 1848, p. 268.

(5) AMORTH, *La responsabilidad del deudor solidario*, Barcelona, 1963, pp. 378 y ss.

gumento, que esgrime Puig Ferriol, de que el fundamento de la solidaridad (facilitar al acreedor la exacción del crédito), falla en la relación interna, por cuanto los distintos codeudores, al obligarse solidariamente, no perseguían favorecer la posición del *solvens* en el sentido de que éste pudiera dirigirse después indiscriminadamente contra cualquiera de ellos (6) resultan un tanto artificiosos, porque las cosas no ocurren de esa manera, y no ocurren porque no pueden ocurrir.

En efecto, la idea misma de una relación obligatoria externamente solidaria e internamente mancomunada supone un híbrido de muy difícil encaje jurídico, en cuanto supondría la doble naturaleza de una misma figura y algo así como la visión materialista de que en la obligación cabe descubrir una serie de capas o estratos. En la obligación solidaria pasiva cada uno de los deudores debe el todo, y esta es la nota determinante y caracterizadora; lo que sucede es que al ser varios y una sola la prestación, cumplida ésta por uno de ellos, es obvio que debe procederse a su reparto entre los restantes, pero sin que ello implique su desnaturalización ni la pérdida de su condición de solidaria.

4. En realidad, el deudor que pagó podría reclamar a otro de ellos el todo menos su parte, y éste a un tercero el todo menos su parte y la del *solvens*, y así sucesivamente; situación que, como decía Pothier, tiene poco sentido práctico al multiplicar las reclamaciones. Quizás, por ello, los legisladores han optado por el fraccionamiento en el reparto interno, pero sin abandonar la idea de la solidaridad, como lo prueba de manera terminante la circunstancia de que la insolvencia de uno de los deudores la cubren los restantes solventes. ¿Dónde apoyar esta circunstancia si se ha abandonado el soporte de la solidaridad? Sólo el dato de que los demás deudores continúan vinculados solidariamente permite justificar el hecho de que la responsabilidad de cada uno de ellos se extienda más allá de su "parte" hasta englobar la prorrata de lo que corresponda al que resulte insolvente.

Esta explicación nos parece más coherente que la de aquellos autores que, percibiendo la dificultad dogmática, prefieren, empero, matizar tan sólo la mancomunidad, al modo, por ejemplo, de Lacruz, que habla de que en la relación interna no sólo hay mancomunidad, sino también garantía mutua, actuado cada deudor como cofiador del insolvente (7), o de Albaladejo, para quien en relación interna no se aplica la regulación de la mancomunidad, sino una regulación especial entre mancomunidad (se debe parte) y solidaridad (se responde de todo) (8). Y ello porque esa garantía mutua, no pactada, no puede tener otra matriz que la solidaridad y porque esa *sui generis* aplicación de la teoría del *debitum* y la *obligatio* al juego de la mancomunidad y la solidaridad (deuda

(6) PUIG FERRIOL, "Régimen jurídico de la solidaridad de deudores", en *Libro-Homenaje a Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, p. 486.

(7) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1977, p. 69.

(8) ALBALADEJO, *Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1980, p. 98.

mancomunada y responsabilidad solidaria) resulta en extremo insólita y forzada. ¿Podrá el deudor que paga obtener del acreedor la cesión del crédito, una vez deducida la parte que en la satisfacción del mismo le corresponde? La fórmula de nuestro artículo 1.210, 3.<sup>º</sup> (“se presumirá la subrogación... cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación”) y el precedente romano parecen propiciar la contestación afirmativa; postura ésta que, con distintas variantes, es la que prepondera en la doctrina española.

Ciertamente, en Roma fue posible que un deudor que pagaba pudiera acogerse al *beneficium cedendarum actionum* a través de la ficción de que compraba el crédito, incluso aunque la cesión tuviere lugar después de extinguida la obligación (9); sin embargo, semejante recurso no operaba en la solidaridad en general, sino que tan sólo se daba en la *fideiussio*, al objeto de proteger al fiador demandado mediante la adquisición de las acciones que correspondiesen al acreedor contra el deudor principal y los cofiadores (10). Algo que disminuye sensiblemente el juego de la subrogación en el ámbito de las obligaciones con pluralidad de sujetos pasivos.

Justiniano extendió el beneficio de cesión de acciones a supuestos distintos de la fianza y permitió su juego incluso en hipótesis en que sólo ficticiamente cabe hablar de *cessio*. Sobre esta base, será Pothier quien introducirá elementos de muy dudosa fiabilidad al estimar de manera general que todo deudor solidario que paga está facultado para exigirle al acreedor, que no puede negarse a semejante petición, la cesión de las acciones, en razón de que mediante su pago está procediendo a la compra del crédito; y esta dudosa construcción estaba destinada a gozar de amplio predicamento, bien en su pristina formulación, bien a través del mecanismo de la subrogación.

5. De entrada, debe reconocerse que el juego del beneficio que se comenta tiene sentido en la solidaridad pasiva cuando de ésta no surge mecánicamente el derecho de reembolso a favor del deudor que paga. El natural y justo reparto de la prestación entre todos los obligados justifica que se haga uso de la ficción de que se ceden las acciones correspondientes a un crédito que se ha extinguido precisamente por el pago que realiza el supuesto cessionario. En cambio, cuando el referido derecho de regreso emana espontáneamente de la propia solidaridad pasiva (art. 1.145, C.c.), parece natural que no exista necesidad de recurrir a ciertos artificios, ya que mediante aquel queda cubierta de manera adecuada la exigencia que se comenta, máxime cuando siempre será harto discutible la justificación de la cesión de unas acciones que en buena ley se han esfumado o se esfumarán en el momento en que tiene lugar el pago.

---

(9) D. 46, 1, 36.

(10) CRISTÓBAL MONTES, *Curso de Derecho romano...*, op. cit., p. 718.

Superada, pues, la figura de la cesión, un nuevo obstáculo se presenta a la hora de delimitar jurídicamente la situación del deudor solidario que efectúe el pago: el de la subrogación. ¿Se acumulará al derecho de regreso el juego de este mecanismo? ¿Serán compatibles ambos, pudiendo optar el *solvens* por uno u otro, o, por el contrario, la acción de regreso excluirá la operatividad de la subrogación?

En España, la presencia de una norma como la contenida en el número tercero del artículo 1.210 del Código civil, a cuyo tenor “se presumirá que hay subrogación... cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda”, parece poner las cosas en extremo fácil a quienes piensan que el deudor solidario que paga se subroga en la posición jurídica del acreedor satisfecho. La prueba es que el bloque determinante de la doctrina española se pronuncia a favor de la compatibilidad y admite que dicho deudor pueda optar por uno u otro recurso (Lacruz, Albaladejo, Díez-Picazo, Ballarín, etc.). Sin embargo, quizás la conclusión correcta no sea tan meridiana.

Cuando la ley permite al deudor solidario que paga reclamar a los restantes deudores su parte le está otorgando un derecho de nuevo cuño, que antes no existía ni podía existir, en cuanto surge *ex novo* precisamente en base al hecho de que sólo uno de los deudores ha soportado la totalidad de la prestación. La ley juzga que este hecho es suficiente para semejante acreditación, y al actuar así no vulnera criterio alguno porque respeta las consecuencias jurídicas que se han producido en base a la *solutio* efectuada. En cambio, si se contempla la subrogación las cosas se complican, pues por definición esta figura supone subsistencia del crédito y sustitución del originario acreedor por uno nuevo, y aquí estaremos, por un lado, ante un crédito que se ha extinguido en razón del pago realizado (art. 1.145, C.c.) y, por el otro, en presencia de un derecho que no es el originario, ya que resulta detraído en la parte que corresponde al *solvens*.

Demasiadas complicaciones para el juego nítido de la *subrogatio*, por lo que no debe extrañar demasiado que algún autor, aunque sostenga que “la subrogación y el regreso puro son compatibles”, se vea obligado a reconocer que “el deudor titular de la acción de regreso no es cesionario del acreedor pagado, ni tampoco un subrogado en el crédito” (11). Pero es que las dificultades se acrecientan para aquellos autores (la mayoría) que consideran que el pago efectuado por uno de los deudores transforma la solidaridad en mancomunidad, ya que entonces nos encontraremos ante la extraña situación de que el *solvens* se subroga en una porción del crédito extinguido que, además, pierde su originaria naturaleza solidaria al facultar ahora tan sólo a su nuevo titular para reclara *a pro rata* a los restantes deudores. La mutación que experimenta

---

(11) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, p. 437.

el crédito es tan drástica y sustancial que resulta un tanto exagerado y extravagante poner en juego el instituto de la subrogación.

La dificultad no parece arredrar a Puig Ferriol, pues aunque reconoce que el deudor que haya extinguido una obligación solidaria no se subroga, realmente, en la misma, sino en una obligación distinta (mancomunada), por cuanto sólo puede reclamar a los demás codeudores la parte que les corresponda, estima que, de todas maneras, dicho deudor se subroga en la misma relación obligatoria, ya que aunque en la relación interna predomine el principio de la fragmentación y en la externa el de unificación, la obligación es siempre la misma, por más que en determinados momentos prevalezca uno u otro de dichos principios. “Por tanto, la circunstancia de que la subrogación *ex artículo 1.210, núm. 3, C.c.*, sólo puede operar dentro de los límites de la fragmentación que impone el artículo 1.145.2 C.c., no constituye ningún obstáculo para que pueda hablarse aquí de subrogación, puesto que el codeudor que ha pagado adquiere el mismo derecho de crédito —salvo la confusión parcial—, pero sólo tal como se configuraba en las relaciones internas” (12).

6. Ya hemos criticado en otro lugar esta concepción de la doble naturaleza de la relación obligatoria por lo que nada vamos a añadir ahora. Sin embargo, admitir el juego de la subrogación en el crédito en base a una descomposición de la obligación solidaria pasiva como la que nos propone Puig Ferriol resulta demasiado forzado y exagerado, porque parece existir pocas dudas de que, no obstante el juego de palabras y los difíciles ejercicios para descubrir una supuesta continuidad del vínculo, el crédito en el que se subrogaría el deudor que pagó guarda escaso parentesco o similitud con el originario crédito satisfecho; siendo esto así, cualquier esfuerzo para sostener la presencia de la subrogación ha de resultar necesariamente estéril, porque siempre nos encontraremos con que falta uno de los presupuestos de la misma: la persistencia del mismo derecho en el que se opera el cambio de titular. O, ¿acaso es creíble que en la solidaridad pasiva el derecho de crédito que ostenta el acreedor sería el mismo que ese que asume el *solvens* respecto a los codeudores pensando tan sólo en las relaciones que median entre los mismos? Subrogarse en la parte interna de un derecho, en el supuesto de que queda hablar de esa manera, no dejaría de ser una curiosa forma de subrogación.

En realidad, no existe semejante acumulación de recursos, y hablar de regreso y subrogación, en el sentido de que el deudor solidario que pagó puede optar para obtener el reembolso por uno u otro mecanismo, resulta inexacto. Cuando tiene lugar semejante evento, la obligación solidaria pasiva se extingue (art. 1.145, C.c.) al haberse ejecutado totalmente la prestación debida y, en consecuencia, resulta imposible hablar de subrogación en un crédito que ha dejado de existir. Que pudiera re-

---

(12) PUIG FERRIOL, “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 491 y ss.

sultar más conveniente esta posibilidad en cuanto permitiría la subsistencia de todas las garantías y privilegios del originario crédito, es aceptable, pero no añade un ápice a su admisibilidad, porque la misma supone un quebrantamiento dogmático importante y sólo la existencia de un expreso precepto legal que la consagrarse permitiría sostener su operatividad. El artículo 1.210, 3.<sup>º</sup> del Código civil no es suficiente en tal sentido, ya que es evidente que el mismo no se está refiriendo a deudor alguno, sino que contempla el pago hecho por tercero (hasta gramaticalmente resulta así del juego combinado entre los números segundo y tercero del mismo) (13); por lo que dice bien Puig Brutau cuando señala que “los casos en que la subrogación se presume, según el artículo 1.210, no están pensados para el de la solidaridad pasiva” (14).

Otra cosa ocurre con el derecho de recurso o regreso. Precisamente porque se ha extinguido la obligación solidaria y precisamente porque el deudor que ha pagado queda desasistido de cualquier otro remedio jurídico (ni la cesión forzosa ni la subrogación caben cómodamente, según se ha visto), es por lo que la misma norma que establece la desaparición del vínculo contempla también la concesión al deudor que ha pagado de un instrumento que le permita recomponer la situación real: la acción de regreso. Sólo ella tiene sentido y sólo ella encaja sin forzamiento con la naturaleza y las características de la obligación solidaria pasiva. Sin la misma, como históricamente resulta, ha existido necesidad de recurrir a otros mecanismos, más o menos alambicados (la ficción de la compra del crédito, por ejemplo) y más o menos forzados en su tenor natural; con ella, en cuanto nacida natural y espontáneamente de la propia *substantia iuris* de la solidaridad, se subsana cumplida y cabalmente el efecto injusto de que un solo deudor asumiese toda la prestación debida por varios, y se torna innecesario, reiterativo y supérfluo cualquier otro remedio orientado en la misma dirección.

7. La conclusión debe ser, pues, que en el supuesto de pago de la obligación solidaria por uno de los deudores no existe a favor del mismo el juego de la subrogación, sino tan sólo la concesión del derecho al reembolso de los restantes deudores, y no tanto porque, como dice Puig Brutau, el artículo 1.145 deje sin efecto la presunción que establece el artículo 1.210 (que tal no es el caso), ni porque, según el parecer de Guilarte Zapatero, el silencio del legislador en este punto no pueda interpretarse como dato a favor de la existencia de la subrogación (que no viene a cuento), sino por la sencilla razón de que teniendo el recurso propio del derecho de regreso carece de sentido y justificación referirse al impropio remedio de la subrogación. Y ello aunque no falta alguna voz, como la de Gangi, que no comprenda cómo se puede negar al deu-

(13) CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, pp. 53 y ss.

(14) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I-2, Barcelona, 1976, p. 191.

dor que ha pagado el recurso a la acción subrogatoria (*sic*), y considere que la circunstancia de que el *Codice* no atribuya expresamente a dicho deudor más que la acción de regreso, y no la subrogatoria, no puede considerarse un argumento decisivo contra la admisión de esta (15).

Para que uno (o varios) de los deudores solidarios pueda hacer valer el derecho de regreso o retorno frente a los restantes hace falta, como presupuesto inexcusable, que haya realizado el pago de la obligación, pago que habrá de ser de lo debido y resultar válido, esto es, con plenos efectos satisfactorios para el acreedor, liberatorios para los demás y extintivos respecto a la relación obligatoria. Hace falta, asimismo, que los sujetos pasivos de semejante derecho de repetición no puedan acogerse a algunos de los supuestos de diversidad de la vinculación solidaria que consagra el artículo 1.140 del Código civil (en cuyo caso habrá que esperar a que se produzcan las condiciones que permitan el reclamo), o que el pago no sea hecho por el deudor principal o aquel en cuyo exclusivo interés fue constituida la obligación, ya que en tales casos carece de sentido la distribución del débito satisfecho entre quienes concurren al mismo en concepto de fiadores o deudores secundarios, por más que su situación jurídica se conforme como vinculación solidaria, pues, como escribe Fueyo Laneri, si el negocio interesa a alguno o algunos, sólo éstos soportarán en definitiva el pago (16).

El artículo 1.299 del *Codice civile* italiano habla del “deudor solidario que ha pagado la totalidad de la deuda”, y nuestro artículo 1.145, aunque no utilice expresamente esta dicción, parece referirse también al pago total, en cuanto menciona la extinción de la obligación. Las doctrinas italiana y alemana siempre han entendido que el deudor solidario que paga una parte del débito (claro que porque así lo permite el acreedor) superior a la que le corresponde en la interna repetición podrá reclamar el exceso a los otros en proporción a la cuota de cada uno de ellos. No parece que deba ser otra la conclusión en nuestro ordenamiento civil, habida cuenta que el principio supremo que preside el juego del derecho de regreso es que ninguno de los codeudores participe finalmente en el pago del débito en una porción superior a la que le “corresponde”.

En cambio, Guilarte Zapatero se pregunta si operará el derecho de regreso cuando el *solvens* haya efectuado un pago que represente la cuota que *ad intra* le corresponda o bien una cantidad inferior a la misma. Los pocos autores que se han ocupado del tema tienden a contestar negativamente, en base, como dice Rubino, a que el pago efectuado no ha procurado ventaja alguna a los otros deudores en su relación interna, ya que la cuota pagada y sólo ella era la que gravaba en dicha relación al *solvens*, mientras que la ventaja para los mismos tan sólo se verifica en

(15) GANGI, *Le obbligazioni*, Milán, 1951, p. 257.

(16) FUEYO LANERI, *Derecho civil*, IV-1, Santiago de Chile, 1958, p. 194.

la relación externa en cuanto resultan liberados de la obligación respecto al acreedor en los límites de la parte pagada; y sabido es que el derecho de regreso concierne únicamente en la relación interna de los codeudores (17).

No es ese el parecer de Guilarte Zapatero, ya que para este civilista la solución apuntada resultará insatisfactoria en muchos casos, pues el pago parcial efectuado puede ser beneficioso para todos los codeudores en la relación externa de la solidaridad frente al acreedor, como, por ejemplo, ocurriría en el supuesto de que mediante el pago parcial realizado por el codeudor, aun coincidiendo con su cuota interna de responsabilidad o siendo inferior a la misma, se ha obtenido un aplazamiento para el pago de la cantidad restante (18).

8. No comparto esa opinión. El deudor solidario que paga su parte o menos de ella, sin duda aligera la presión que genera el vínculo solidario, en cuanto obviamente si el acreedor decide, como bien puede, reclamar a otro u otros la prestación, tendrá que descontar de ésta la parte ya satisfecha; éste es el único beneficio real, porque el que Guilarte Zapatero menciona (aplazamiento) o algún otro similar carece de trascendencia jurídica suficiente como para incidir positivamente en las relaciones internas entre los codeudores. ¿Es suficiente semejante acaecer para modificar el reparto real del débito entre los distintos deudores solidarios? No parece razón bastante, entre otras cosas porque la aplicación del criterio que se comenta devendría de escasa utilidad o incluso conduciría a situaciones rayanas al absurdo.

En efecto, supongamos que el deudor que pagó su parte (o menos) obtiene de los demás por vía de regreso la porción que proporcionalmente les corresponda en ella: ¿qué beneficio le va a deparar semejante reembolso? Absolutamente ninguno, ya que es obvio que el acreedor no va a cesar mediante tal pago parcial en su pretensión reclamatoria, y en cuanto sobre de otro deudor el resto de la prestación debida, éste se apresuraría a reclamar del primero todo lo que haga falta para que su participación en la satisfacción del débito sea exactamente la cuota que le corresponde. Trataríase, pues, de un derecho de regreso preparatorio tan sólo de otro posterior y fatal derecho de regreso contra el primer ejercitante, algo que escasamente tiene sentido aunque sólo fuera por aplicación de la sana regla jurídica de que deben evitarse todas aquellas actuaciones jurídicas innecesarias, irrelevantes, reiterativas o superfluas.

Para que el deudor solidario que pagó pueda demandar el reintegro de los demás deudores, ¿hará falta que les haya notificado el pago que efectuó? Ballarín parece pensar que sí, en cuanto considera que “como según nuestro artículo 1.258 las obligaciones han de cumplirse de buena

(17) RUBINO, “Delle obbligazioni”, en *Comentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1957, p. 202.

(18) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, XV-2, Madrid, 1983, p. 356.

fe, en el caso de que un deudor solidario se adelante por sí solo a pagar, debe notificar inmediatamente el hecho a los demás para evitarles los gastos y perjuicios de la repetición de lo indebidamente pagado” (19).

Difícilmente cabe considerar que semejante notificación constituya un presupuesto formal para el ejercicio del derecho de regreso, ya que éste se genera por el solo hecho de la extinción total o parcial del vínculo solidario acaecida mediante el pago y al margen de cualquier situación de conocimiento por parte de los otros afectados, en cuanto su nacimiento responde a exclusivas razones materiales (el hecho de que uno de los deudores solidarios se vea patrimonialmente sujeto a una afección superior a la que le incumbe) y nada tiene que ver con actuaciones o pronunciamientos de estricta entraña formal; al menos, mientras la ley no disponga otra cosa, cual ocurre en la normativa vigente sobre este punto. Y es que, como aduce rectamente Guilarte Zapatero, en aras de la buena fe, tan razonable puede resultar exigir la notificación del pago efectuado a quien lo hizo, como imponer a quien lo va a realizar la diligencia de enterarse si alguno de los codeudores ya lo ha efectuado (20).

Precisado el *quantum* del regreso, hablemos ahora del *quale*. Parece que la regla primaria del reintegro en este punto debe ser la de que al *solvens* se le reintegre mediante los mismos bienes con que haya efectuado el pago. Semejante pauta no tropezará con problema alguno cuando la deuda solidaria sea de dinero o de otra cosa fungible, ya que tal caso el correspondiente reembolso se realizará mediante la entrega del *tantundem*. Si se trata de una obligación de dar cosa infungible, en cuanto la restitución parcial no será posible *in specie*, es obvio que el regreso se materializará por equivalente mediante la estimación en dinero de la parte correspondiente a cada uno de los codeudores; ello en el caso de que la obligación, pese a hacer referencia a cosa infungible, no se haya configurado como genérica.

Guilarte Zapatero, siguiendo a Rubino, considera que si la prestación realizada era de hacer o no hacer, el regreso tiene por objeto tan sólo el valor de la prestación, por lo que el deudor que pagó únicamente podrá reclamar a los otros, *pro quota*, una suma de dinero (21). Ello sólo será así cuando la obligación de *facere* sea infungible, ya que si la actuación comprometida por los deudores solidarios admite sustitución y fraccionamiento (confeccionar, por ejemplo, un número determinado de piezas en serie) no se alcanza a ver la razón por la que el reintegro no vaya a efectuarse *in natura*. Máxime si se considera que en la solidaridad pasiva ésta será la situación ordinaria, porque aunque bien cabe que la fungibilidad del hacer se haya contemplado tan sólo en relación

(19) BALLARÍN, “Titularidad solidaria”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XIII, Madrid, 1963, p. 207.

(20) GUILLARTE ZAPATERO, *Comentarios....*, XV-2, *op. cit.*, p. 357.

(21) *Ibid.*

al acreedor y excluído respecto a los deudores entre sí, el solo hecho de que varias personas resulten obligadas a ejecutar solidariamente una prestación de hacer ya constituye un dato importante en pro de la fun-gibilidad de la misma; porque, en otro caso, ¿cómo podría darse cumplimiento al carácter básico de la solidaridad pasiva de que el acreedor puede reclamar el objeto debido íntegramente a cualquiera de los deudores solidarios?

El párrafo segundo del artículo 1.145 del Código civil faculta al deudor solidario que pagó para reclamar de los restantes su cuota correspondiente, “con los intereses del anticipo”. Esta última precisión no aparecía en el artículo 1.063 del Proyecto García Goyena, que constituye su precedente inmediato, y según Peña Bernaldo de Quirós fue tomada del Proyecto de 1882-1888 (art. 1.162), que a su vez la adoptó del artículo 1.214 del Anteproyecto belga del Código civil de Laurent (22).

9. ¿Qué significa realmente dicha expresión? Lo primero que hay que destacar es que estos intereses no tienen nada que ver con los que hipotéticamente puede soportar el capital adeudado, ya que los mismos, *ex definitione*, habrán sido satisfechos por el *solvens* junto con éste y serán objeto del prorr泄eo global en el reembolso a que dicho deudor tiene derecho. Lo segundo que debe advertirse es que, como en su día apuntó Mucius Scaevola, esta disposición es discutible en el terreno constituyente, porque si los demás no se han constituido en mora hasta puede ocurrir que la deuda principal no devengara intereses, ¿en qué se funda el derecho concedido al codeudor solvente (*sic*) para reclamarlos de los demás (23).

Discrepan Puig Ferriol y Guilarte Zapatero en relación al punto del momento a partir del cual comienza a correr la producción de los “intereses del anticipo”. El primero considera que, aunque cabría entender que se devengarían desde el momento en que el *solvens* pagó, hay que rechazar esta interpretación, fundada en la incorrecta tesis del mandato en la solidaridad pasiva, y aceptar que por analogía de lo dispuesto en el artículo 1.883 del Código civil el deudor que cumplió la obligación podrá exigir los intereses legales del anticipo desde que haya hecho saber a sus codeudores el pago realizado (24). Para el segundo de dichos autores, como en la parte que no corresponde al *solvens*, según la relación interna, éste aparece adelantando una cantidad en beneficio de sus codeudores, resulta justo que se le reintegren desde el mismo momento en que tal beneficio ha tenido realidad, esto es, desde el pago (25). En teoría, no parece que puedan existir demasiadas deudas para inclinarse

(22) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil español*, Madrid, 1965, p. 242.

(23) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XIX (segunda edición revisada por Marín Pérez), Madrid, 1957, p. 888.

(24) PUIG FERRIOL, “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 486-487.

(25) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, XV-2, *op. cit.*, pp. 358-359.

por esta segunda solución por lo que hace al instante del que debe arrancar la producción de intereses, pero estimo que ésta no es la forma correcta de enfocar el problema que plantea la expresión legal que se considera.

El deudor que pagó tendría derecho a los intereses del anticipo porque desde el instante en que ejecuta la prestación hasta aquel en que sus codeudores le reintegran en la parte que a cada uno concierne, éstos “han dispuesto de una cantidad que, de no haber sido por su codeudor, debieron haber destinado a satisfacer la obligación en la parte que les correspondía” (Guilarte); en consecuencia, que paguen los intereses legales de la suma retenida y por el tiempo de la retención.

Ahora bien, el pago de los intereses supone la indemnización de daños y perjuicios que el deudor debe abonar cuando incurra en mora (arts. 1.101 y 1.108, C.c.) y no parece que los deudores solidarios que no pagaron deban reputarse como incursos en ésta, ya que es obvio que el pago de uno de ellos no hace caer automáticamente en mora a los restantes (éste no es uno de los supuestos de *mora ex re* del artículo 1.100), ni cabe considerarlos morosos mientras no hayan sido objeto de *interpellatio* por parte del acreedor. Por ello, no resulta inadecuada la sorpresa de Mucius Scaevola ante la norma que se comenta que le lleva a preguntarse, ¿cuál es aquí el fundamento de la indemnización de daños y perjuicios?

No es pregunta de fácil respuesta. El deudor puede haber pagado antes del vencimiento de la deuda solidaria, ¿habrá aquí intereses de anticipo? De ninguna manera, porque los demás deudores no tienen por qué soportar esta situación y porque el propio *solvens* tiene derecho a reclamar intereses del acreedor si pagó ignorando “la existencia del plazo” (art. 1.126, C.c.). Si el deudor ha pagado espontáneamente después del cumplimiento del *dies*, ¿procederán los intereses de anticipo? Pues parece que tampoco, porque entre nosotros no rige el principio *dies interpellat pro homine*, y, en consecuencia, no se hallarán en mora los otros deudores.

¿Y si el pago tuvo lugar en virtud de reclamación judicial del acreedor? Aquí ya parece nos encontramos ante un supuesto de *mora ex persona* y cabría estimar que no sólo el deudor demandado sino también los demás se hallan incursos en mora. Y, sin embargo, se tiende a considerar que la mora irrogada a uno de los deudores no se comunica o propaga a los restantes, ya que como establece el artículo 1.308 del *Código* “la constitución en mora de uno de los deudores solidarios no tiene efecto respecto a los otros”.

10. *Quid iuris?* Pienso que la única explicación adecuada de los “intereses del anticipo” que contempla el artículo 1.145 del Código civil es la de que los mismos sólo se producirían respecto a la parte de la deuda que corresponda a cada uno de los deudores que no concurrieron a satisfacer la obligación *in solidum*, cuando el deudor que pagó proceda a

constituirlos en mora mediante la reclamación judicial o extrajudicial del monto debido y por el tiempo que transcurra hasta que aquél sea reintegrado. Esta es la única forma de darle sentido jurídico a la expresión legal y de incardinaria coherentemente con las normas que en nuestro ordenamiento civil reglan las figuras de la *mora debitoris* y la indemnización de daños y perjuicios.

¿Y respecto a las costas y gastos originados por el pago? Nada dice sobre este punto nuestro Código civil, aunque no resulta difícil adivinar cuál debe ser la solución adecuada, a la vista, particularmente, de lo que se acaba de comentar en relación de los “intereses del anticipo”, ya que ¿acaso tendría sentido que el deudor solidario que ha realizado el pago pudiera reclamar de los codeudores los intereses correspondientes y, en cambio, no pudiera exigirles su participación en los gastos que el pago le ha deparado?

Frente a lo que piensa Guilarte Zapatero, no creemos que la puntuación que realiza el artículo 1.168 del Código civil respecto a gastos extrajudiciales y gastos judiciales que ocasione el pago tenga algo que ver en la materia que estamos considerando, pues lo natural parece que no se haga distinción alguna entre una y otra clase de gastos a la hora de contemplar el reembolso de aquellos que haya debido soportar el *solvens*, sin que tenga mayor sentido el distinguir entre el supuesto de demanda a todos los deudores y el de demanda a uno de ellos.

Pretender, como hace el autor citado, que en el segundo de dichos supuestos el deudor demandado que realizó el pago “no podrá reclamar los gastos judiciales, a no ser que existiera un acuerdo expreso en contrario o así se dedujera del asentimiento de los otros a la oposición..., independientemente de la buena o mala fe del codeudor litigante” (26), no es la forma correcta de ver las cosas y puede conducir a situaciones francamente injustas, ya que además de tener que soportar el haber sido “elegido” por el acreedor para ser demandado judicialmente, el deudor solidario que pague de esta manera tendría que soportar el “castigo” de asumir él solo todos los gastos y costas judiciales producidos.

Como en su día adujera Mucius Scaevola, la doctrina de la participación de todos los deudores solidarios en los gastos de cobro debería mantenerse aunque no hubiera otra razón que “la principalísima, general de todas las obligaciones, de que nadie debe beneficiarse a costa de otro, y de que nadie está obligado a las responsabilidades de los demás”; por lo que “tratándose de gastos legítimos no causados por temeridad, por negligencia, ni por ningún motivo irregular, no sería posible que pesasen exclusivamente sobre el deudor que se anticipó a pagar la obligación o contra quien fue primeramente deducida la demanda” (27). Y no se advierte razón válida suficiente para que hoy pueda mantenerse pos-

---

(26) *Ibid.*, pp. 359-360.

(27) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XIX, *op. cit.*, p. 889.

tura diferente; sólo la mala fe del deudor que realiza el pago puede modificar las pautas del reparto proporcional de los gastos que resultan reclamadas por el principio superior que regula la participación de todos los deudores solidarios a la hora de enfrentar las resultas del pago efectuado por uno de ellos e, incluso, por la obligada aplicación del criterio *accessorium sequitur principale*.

11. De la solidaridad pasiva nace, pues, de manera natural y mecánica, y por el hecho del pago consumado por uno de los deudores, un derecho de crédito *ex novo* a su favor que le permite el reintegro de las cuotas que corresponden a los restantes, al objeto de que ninguno de ellos pague, en principio, más de lo que le corresponda según la peculiar situación jurídica que *ad intra* les caracterice, ya que, como con exactitud ha señalado Gangi, la acción de regreso se debe considerar como una acción especial que tiene su fundamento en la existencia de una comunidad del débito entre los codeudores y su consiguiente división en partes o cuotas, por lo que cuando uno de ellos paga al acreedor la prestación íntegra o una parte de la misma, en sustancia tan sólo está pagando su cuota (28).

Ahora bien, frente a lo que ocurre en la mancomunidad pasiva en la que cada uno de los obligados bajo ningún concepto puede verse compelido a satisfacer una parte del débito común superior a la que le concierne, en el fondo porque rectamente no existe tal débito común sino tantas deudas particulares cuantos deudores (arg. art. 1.138, C.c.), aquí, en la solidaridad pasiva, las cosas ocurren de otra manera, ya que los deudores solidarios pueden verse sujetos a sufragar una parte del débito común superior a los que originaría e internamente les compete, algo que nos muestra con toda evidencia que en este lugar sí estamos ante una genuina deuda común y no cabe pensar en la existencia de una pluralidad de vínculos obligatorios.

En efecto, a diferencia de lo que sucede en la mancomunidad, en la que “si alguno de éstos (los codeudores) resultare insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta” (art. 1.139, C.c.), en la solidaridad ocurre exactamente lo contrario, ya que “la falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno” (párrafo tercero del artículo 1.145 del Código civil). La inversión del supuesto es clara, pues mientras en la mancomunidad la insolvencia de alguno de los deudores la soportará el acreedor, en la solidaridad se busca que en tal supuesto éste quede indemne y sean los restantes deudores solventes quienes asuman el pago de la parte que corresponda al compañero sin suficiencia patrimonial. En esta circunstancia, reveladora en extremo de la peculiaridad jurídica de la solidaridad pasiva, reside la función de garantía para el acreedor que ésta cumple, al menos tanto como en la po-

---

(28) GANGI, *Le obbligazioni*, op. cit., p. 256.

sibilidad que el mismo tiene de reclamar por entero el cumplimiento de la obligación de cualquier de los solidariamente vinculados.

A tenor del párrafo segundo del artículo 1.063 del Proyecto García Goyena, “si alguno resultare insolvente, la pérdida se repartirá proporcionalmente entre los otros codeudores y el que hizo el pago”. La fórmula venía del artículo 1.214 del *Code Napoléon*, a cuyo tenor “si alguno resulta insolvente, la pérdida que ocasione su insolvencia se reparte, a prorrata, entre todos los codeudores solventes y el que haya hecho el pago”; fórmula que pasó también al Código civil italiano de 1865 (art. 1.199) y todavía hoy el Código de 1942 repite como un eco que “si uno de éstos es insolvente, la pérdida se distribuye por contribución entre los otros codeudores, incluido aquel que ha hecho el pago”.

No ha sido esto lo que ha ocurrido, en cuanto a su expresión textual, en nuestro Derecho civil, ya que en el Anteproyecto 1882-1888, por influencia del artículo 1.214 del Anteproyecto belga de Laurent, se dispone que “la insolvencia de cualquiera de los deudores será soportada a prorrata por sus codeudores”, y en el Código civil vigente tampoco se alude específicamente al deudor solidario que efectuó el pago a la hora de contemplar el reparto entre los codeudores de la parte de aquel que resultó sin capacidad patrimonial para atender su afección obligatoria. ¿Significará semejante aportamiento de la fórmula franco-italiana, mediante la elusión del *solvens*, que éste queda excluido del prorrato en cuestión?

12. Es decir, ¿podrá entenderse que si uno de los deudores ha cumplido la obligación solidaria y ejercita el derecho de regreso frente a los restantes, no tendrá por qué soportar la insolvencia de alguno de ellos, pudiéndoles reclamar la cuota de cada uno más la parte que les corresponda al repartirse exclusivamente entre los mismos la porción del insolvente? El cambio terminológico que ha experimentado nuestra normativa, dejando de mencionar, frente al precedente patrio y el modelo extranjero, de manera expresa al deudor que efectúa el pago a la hora de contemplar el prorrato de la cuota de aquel que no puede contribuir, pudiera alentar una interpretación de ese tipo, aparte de que, quizás, podría encontrarse alguna explicación a semejante criterio en la circunstancia de que si tan sólo uno de los deudores se ha visto compelido, *prima facie*, a satisfacer la obligación, tal más severo trato se viera compensado por el beneficio de que si posteriormente alguno de los reembolsantes resultare insolvente, esta insolvencia no tuviera por qué afectar la que ya pagó. Esta interpretación, por tanto, no resulta temeraria ni parece excluible *a priori*.

No es ése, sin embargo, el criterio que domina en la civilística española. Así, Díez-Picazo considera que hay una mutua cobertura del riesgo de insolvencia y que la parte del insolvente se distribuye entre todos, “naturalmente, incluido el deudor regresante, pues de otra manera se-

ría éste quien se enriquecería” (29); para Lacruz, “la obligación interna de reembolso de los codeudores ya no es solidaria, sino parciaria con garantía recíproca adicional” (30); en el sentir de Guilarte Zapatero, si uno de los codeudores paga la totalidad de la deuda y al intentar la reclamación en vía de regreso no logra reintegrarse de alguna de las partes de aquélla por insolvencia del responsable, “tal cuota la podrá exigir de los restantes codeudores, en proporción a la de cada uno, con la deducción, naturalmente, de su propia contribución a suplir la del insolvente” (31); y el mismo Puig Ferriol, aunque de entrada considera que, interpretado literalmente, el precepto (art. 1.145) parece dar a entender que la insolvencia de algún codeudor sólo ha de ser suplida por los restantes codeudores, excluido el *solvens*, concluye que semejante interpretación choca con los principios informadores de la solidaridad y ésta además en contradicción con los precedentes del referido artículo (32), afirmación esta última de muy dudosa virtualidad a tenor de lo que ha quedado constatado líneas arriba.

Aun prescindiendo en este lugar de supuestas transformaciones “milagrosas” de la solidaridad en mancomunidad y de la posible petición de principio que entraña el hablar de “mutua cobertura del riesgo de insolvencia”, cuando es esto, precisamente, lo que se trataría de demostrar, lo cierto es que la interpretación que se comenta no choca contra “los principios informadores de la solidaridad”, según pretende Puig Ferriol, porque los mismos no van más allá, ni existe razón válida ni justificación suficiente para que vayan, de que el acreedor pueda demandar por entero y de que el deudor que paga se reintegre de los demás, pero sin que tengan por qué entrar en la materia, ajena a la solidaridad, de cómo se reparte entre ellos la parte del insolvente.

Es verdad que nada obsta a que, según la fórmula franco-italiana, la cuota del insolvente se distribuya a prorrata entre todos los codeudores, incluido el *solvens*, tal como de manera expresa establecen los artículos 1.214 del *Code* y 1.299 del *Códice*, y contemplaba el artículo 1.063 de nuestro Proyecto de Código civil de 1851, pero ¿cuál es el obstáculo para que dicha distribución tenga lugar tan sólo entre los que no participaron en la satisfacción *in limine* de la relación obligatoria solidaria y quede, por tanto, indemne de la repercusión interna de la insolvencia el deudor que satisfizo él solo y por entero la prestación adeudada?

Desde el estricto ángulo de la naturaleza de la solidaridad pasiva tan aceptable puede resultar una fórmula como la otra, ya que en nada sufre su *substantia iuris* por el hecho de que, satisfecho el acreedor, contribuyan a cubrir la insolvencia de uno de los codeudores todos los demás o todos menos el que ya pagó. Si la ley dice lo primero, con expre-

(29) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, p. 439.

(30) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, p. 69.

(31) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, XV-2, *op. cit.*, p. 362.

(32) PUIG FERRIOL, “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, p. 487.

sa mención de este último, nada que objetar y perfectamente acomodable a la naturaleza del vínculo solidario, pero si la norma no habla del que pagó y, en consecuencia, se afirma que éste queda excluido de la contribución, nada tampoco que alegar, pues esta regulación encaja también dentro de la sustancia de la solidaridad pasiva.

13. Es lo que pensamos ocurre en nuestro Código civil. En él, rompiendo con el precedente del Proyecto de 1851 y con la pauta de los Códigos civiles francés e italiano, no se incluye expresamente al deudor que ha hecho el pago a la hora de repartir la parte del insolvente. ¿Es intrascendente esta falta de mención según piensa la práctica totalidad de los autores españoles? Pienso que no, pues el referido señalamiento no es supérfluo en los preceptos que lo contemplan.

En efecto, todos ellos se refieren al pago de la deuda solidaria por uno de los deudores y al derecho de reintegro que le asiste; por ello, cuando se ocupan de la insolvencia de uno de los obligados, para que la cuota de éste afecte también al que pagó hace falta decirlo textualmente, porque en otro caso no resultará así. No es gratuito que el *Code* y el *Codice* se refieran a los otros codeudores y a aquel que ha hecho el pago, e, incluso, el primero habla de “todos”.

En cambio, nuestro Código civil regula la materia de otra manera y semejante regulación también resulta coherente, ya que si el artículo 1.145 se ocupa del pago hecho por uno de los deudores solidarios y del derecho de reintegro de éste, para incluir al mismo en la repartición de la parte del insolvente la norma debería mencionarlo, como ocurre en Francia e Italia, y, sin embargo, tal cosa no sucede. ¿Qué explicación cabe dar a dicha exclusión textual?

No vemos otra coherente que la siguiente: Si a tenor del párrafo segundo del artículo 1.145 del Código civil, el deudor que hizo el pago “sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda”, de la misma manera que dicho párrafo es continuación lógica del primero, el tercero lo es del segundo y, en consecuencia, cuando aquél habla de que “la falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores”, se está refiriendo con esta última expresión no a todos los codeudores (obsérvese que el artículo prescinde del término “todos”), sino a todos menos el que ya pagó, de manera tal que éste queda excluido de la participación en el reparto de la porción del insolvente.

El deudor solidario que en solitario hizo el pago, y precisamente porque él ha soportado semejante secuela que emana de la solidaridad pasiva, queda liberado de sufragar definitivamente una parte de la deuda común mayor de la que le corresponda en el supuesto de que alguno de los otros deudores resulte insolvente, ya que serán éstos en exclusiva quienes deban distribuirse a prorrata la cuota del que no tenga aptitud patrimonial para contribuir. Así resulta del texto completo de nuestro artículo 1.145, en nada choca esta regla con las intrínsecas exigencias de

la solidaridad pasiva, y así debe entenderse el párrafo tercero del mismo, pues “la falta de cumplimiento de la obligación” que el mismo contempla no se refiere a la primigenia obligación solidaria, ya que ésta, *ex definitione*, se ha extinguido por el pago hecho por el *solvens* que ahora reclama el reembolso, sino a la interna obligación de reintegro que generó aquel pago; y es por ello que “sus codeudores” no son todos los que tienen esta condición en la obligación solidaria, sino todos menos el que ya pagó, en relación al cual, precisamente, es como se contempla la insolvencia de uno de los deudores a la hora de proceder al reintegro por los otros obligados de las partes del débito común que adelantó aquél y a ellos incumbe.

Desde luego que será indiferente, a los efectos indicados y con prescindencia de que sea una u otra la interpretación que se acepte, el que la insolvencia del deudor solidario se produzca antes, en el momento en que se extingue la obligación por el pago de otro de ellos, o posteriormente cuando éste reclame el reintegro. Empero, no fue este el parecer clásico, pues Giorgi resalta que la doctrina francesa (Rodière, Larombière, Demolombe, etc.) excluyó unánimemente la insolvencia posterior; y él mismo encuentra defendible semejante postura de limitar la insolvencia del deudor a la anterior o coetánea del pago porque la ley habla de *se diverrà insolvente* (se haga insolvente) y no de *se fosse insolvente* (fuese insolvente), aparte de que es conforme a razón, porque el crédito de los deudores, sobre el que se funda el derecho de repetir, nace en el momento del pago y, por consiguiente, “el deudor que demora la repetición cae en culpa, y debe soportar los perjuicios de su retraso” (33). Es obvio que, aparte de que como dice Puig Ferriol no cabe distinguir en orden al *tempus* de la insolvencia puesto que el precepto no distingue (34), las “razones” que esgrime Giorgi son con toda evidencia insostenibles y banales (¿cómo identificar retraso en la petición de reembolso y culpa?).

---

(33) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, I, *op. cit.*, p. 179.

(34) PUIG FERRIOL, “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, p. 487.



# Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias

ANA CAÑIZARES LASO

Profesora titular de Derecho Civil  
(Universidad Autónoma de Madrid)

**SUMARIO:** Introducción. I) Antecedentes históricos. II) Delimitación de conceptos. III) Distinción de figuras afines: 1. Donación y prohibición de disponer; 2. Sustitución fideicomisaria y prohibición de disponer; 3. Pseudousufructo y prohibición de disponer. IV) Concepto y requisitos de validez de las prohibiciones de disponer. V) El poder de disposición en el íter transmisor de la propiedad: 1. Contrato de compraventa y transmisión del dominio; 2. El pago en el art. 1160 del Código civil. VI) El incumplimiento de la prohibición de disponer eficaz: 1. Relación existente entre el que infringe la prohibición y el beneficiado por la misma: 1.1. Supuestos en los que el beneficiado por la prohibición es el mismo sujeto sometido a ella; 1.2. Supuestos en los que el beneficiado por la prohibición es el mismo sujeto que la impone. 1.3. Supuestos en lo que el beneficiado por la prohibición es un tercero. 2. Relación existente entre vendedor-comprador. VII) Hipoteca de bienes afectos a prohibiciones de disponer. VIII) Embargo de bienes afectos a prohibiciones de disponer.

## INTRODUCCION

La facultad de disponer es la posibilidad jurídica que tiene el titular de un derecho de realizar actos que afecten radicalmente a la sustancia o a la subsistencia de dicho derecho (1). Esta facultad de disponer sobre un derecho, y por ello la disposición misma, es un acto del ejercicio del derecho, integrándose dentro del derecho subjetivo, cualquiera que sea la naturaleza de éste.

Esta idea, en general, es aplicable a todo tipo de derechos y especialmente a los patrimoniales. Sin embargo, la primera delimitación que

---

(1) V. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid 1983, p. 709.

hacemos en nuestro trabajo es su reducción al campo de los derechos reales y más concretamente al derecho de propiedad. En este sentido, es disposición la del propietario sobre su derecho de propiedad, pero también lo es la vinculación de la propiedad a un derecho real limitado a favor de tercero (2).

La facultad de disponer, que forma parte normalmente del contenido de los derechos reales, puede quedar limitada en algunos casos.

Hay derechos indisponibles por estar atribuidos en consideración a la persona de su titular, por ejemplo, el uso y habitación; y preceptos legales que, por motivos de interés público, limitan o modalizan la facultad de disponer sobre ciertos bienes, por ejemplo, los que integran el Patrimonio artístico nacional. Otros preceptos establecen la misma limitación, generalmente durante un tiempo por razones de interés privado, como el art. 196 C.c. en relación a los bienes del declarado fallecido y el art. 1618 LEC para las adquisiciones en virtud del retracto.

Las prohibiciones de disponer, institución central del objeto de nuestro estudio, suponen un cercenamiento de la facultad de disponer.

Generalmente las prohibiciones de disponer vienen siendo clasificadas desde diferentes puntos de vista. Dependiendo de su origen inmediato pueden ser legales, en cuanto que derivan de la ley; judiciales o administrativas, en cuanto que aparecen impuestas por decisión de tales Autoridades; y voluntarias, cuando aparecen dispuestas por obra de la voluntad de los particulares.

La segunda delimitación previa que hacemos en nuestro trabajo radica, precisamente, en que sólo nos ocuparemos de este último tipo, las prohibiciones de disponer de origen voluntario. Y dentro de ellas, únicamente, de las establecidas en actos a título gratuito. Aquellas prohibiciones de disponer que pueden establecerse en actos onerosos, en virtud del art. 1.255 C.c. y por tanto con eficacia inter parte, constituyen obligaciones de no disponer, su incumplimiento podrá originar indemnización de daños y perjuicios, pero el acto realizado incumpliendo la prohibición es válido (3).

Por otra parte debemos aclarar previamente que la idea básica de la que partimos es la siguiente: El derecho de enajenar se relaciona con un principio de orden público económico: el de la libertad de comercio. Es grave hacer a un bien inalienable. Ello por múltiples causas: en primer lugar se falsea el mercado; en segundo lugar, como veremos, el bien se hace inembargable; y por último se pueden llegar a frustrar las expectativas de los acreedores del propietario (4).

---

(2) V. LARENZ, *Derecho Civil, Parte General*, Madrid 1978, p. 434.

(3) V. STS 12-11-1963 y las RDGR 27-9-1929; 25-11-1935; 25-2-1943; 7-7-1949; 13-12-1955; 18-11-1960; 4-11-1968; 19-7-1973; 10-10-1973; 19-12-1974; 18-1-1979 relativas a obligaciones de no disponer.

(4) V. LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-1, Barcelona 1979, p. 193, citando a SAVATIER.

Nuestro estudio va dirigido, fundamentalmente, a conocer la admisión por parte de nuestro ordenamiento de las prohibiciones de disponer en actos a título gratuito; a estudiar su régimen jurídico propio, aunque éste no encuentre un reflejo en los textos de la ley; y por último a analizar las consecuencias de su incumplimiento.

## I. ANTECEDENTES HISTORICOS

Se halla en general (5) el precedente histórico de las prohibiciones de disponer voluntarias en el Derecho romano post-clásico. El Corpus contiene varios textos de los que se cita fundamentalmente el conocido fragmento de Marciano: “Los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracala, de consagrada memoria, respondieron por rescripto que los que prohíben en su testamento que se enajene algo y no dicen por qué causa, salvo que se averigue la persona en cuya consideración lo dispuso así el testador, hacen una declaración nula, lo mismo que si nada hubiesen dispuesto, porque tal cláusula no puede insertarse en un testamento. Pero si hubiesen aclarado que su disposición se refería a los hijos, a los descendientes, a los libertos, a los herederos o algunas personas, su voluntad debe ser respetada, pero siempre que no suponga fraude para los acreedores, ni para el fisco, porque si se vendieron los bienes del heredero para poder pagar a los acreedores del testador, los fideicomisarios seguirán la misma suerte” (D. 30.114.14).

El citado fragmento pasa a informar el ius commune y así a las Leyes de Partidas: “En su testamento defendiendo algund ome, que su castillo, o torre, o casa o viña, o otra cosa de su heredad, non lo pudiessen vender, nin enajenar; mostrando alguna razón guisada por que lo defendía, como si dixesse: Quiero que tal cosa (nombrándola señaladamente) non sea enajenada en ninguna manera, mas que finque siempre a mi fijo, o a mi heredero, porque sea siempre más honrado e más tenido; e si dixesse, que la non enagenasse fasta que fuese de edad el heredero, o hasta que fuese venido al lugar, si fuese ydo a otra parte: por qualquier destas razones, o por otra que fuese guisada semejante dellas, non la pueden enagenar. Mas si dixesse simplemente, que la non vendiessen, non mostrando razon guisada por que; o non señalando persona alguna, o cosa cierta, porque la fazia; si la vendiesse, valdría la vendida, maguer el lo hubiese defendido. (P. 5, 5, 44).

Los antecedentes históricos citados se centran a las prohibiciones de disponer testamentarias (6). Como veremos posteriormente éstas se introducirán en nuestro actual Código civil diferenciadas, de alguna ma-

(5) Vid. por todos ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario II*, Barcelona 1979, p. 703.

(6) HELMUT COING reconduce el origen de la sustitución fideicomisaria a España. *Europäisches Privatrecht. Band I AlteresGemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, 77, pp. 385 y ss.

nera, de las sustituciones fideicomisarias. No ocurrió así en el Proyecto de 1851.

El Proyecto de García Goyena en sede de sustituciones recoge en su art. 629: “La sustitución de heredero en segundo o ulterior grado para el caso de que el nombrado en grado anterior no quiera o no pueda aceptar la herencia, es la única sustitución reconocida por la ley, salvo lo dispuesto en el art. 638”.

Asimismo, su art. 635 señala: “Toda sustitución, fuera de las señaladas en los artículos 629, 630 y 638, se considera como fideicomiso, y es nula, sea cualquiera la forma con que se revista”. Señala aquí García Goyena (7) “las sustituciones son prohibidas, dice con enérgica sencillez el artículo 896 francés, nacido de la Revolución en esta primera parte; pero añade enseguida la excepción hecha bajo el Imperio en marzo y agosto de 1806, permitiendo con autorización Real la transmisión hereditaria de los bienes libres que formen la dotación de un título hereditario, en una palabra, los mayorazgos o fideicomisos familiares; pero fueron nuevamente abolidos en 1835. A pesar de esto se conservó siempre el artículo 1048 francés, del que ha sido tomado el 3 de nuestro 638”.

Entre los antecedentes históricos romanos a que alude García Goyena, se pregunta, ¿pero conocieron los romanos los fideicomisos de familia y perpétuos?, sigue diciendo que “Del capítulo 2 de la Novela 159 puede inferirse que no se extendían a más de cuatro generaciones. Nuestro Derecho vigente en materia de mayorazgos y fideicomisos era la ley de 21 de septiembre de 1820, restablecida por Real Decreto de 31 de agosto de 1836; por ella quedaron y por el artículo quedan prohibidos: tengo por inútil reproducir aquí los motivos de esta abolición y prohibición: *¿cui non dictus Hylas?*”.

El art. 636.1 del Proyecto dispone “Quedan comprendidas en la prohibición del artículo anterior 1.º la disposición por la que se declare inalienable toda o parte de la herencia”. Y en su anotación señala García Goyena “Por Derecho Romano la simple prohibición de enajenar sin designar las personas en cuyo favor se hacía, no inducía fideicomiso de familia y se tenía por no puesta, ley 114, párrafo 14, libro 30 de Digesto: nuestro artículo no hace esta distinción; la prohibición se tendrá siempre por no supuesta, y regirán las disposiciones del artículo siguiente”.

Por lo que a nosotros nos interesa el párrafo tercero del art. 638 del citado Proyecto dispone: “Puede asimismo dejar un padre la parte libre de sus bienes a su hijo, con la carga de haberlos de restituir a los hijos que el segundo tenga o tuviere en adelante, limitándose la restitución a los nietos del testador, sin pasar a otros grados. En este caso, el hijo gravado con la restitución queda sujeto a todas las obligaciones del usufructuario”.

Señala García Goyena que el tercer párrafo es el artículo 1048 fran-

---

(7) Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, Zaragoza 1974.

cés y 1020 holandés. El artículo deja a salvo los derechos del hijo en la legítima, según lo que se dispone en el 643, y no tiene los caracteres de pena contra el hijo gravado con la restitución o sustitución, pues que puede aplicarse igualmente al hijo disipador, como al que haya sufrido ya reveses de fortuna o, que por su estado se halle puesto a ellos: el padre es el único juez competente para apreciar los motivos que le impelan a hacer esta disposición.

Finalmente hemos de recordar que el art. 639 del Proyecto de 1851 señala que “lo dispuesto en esta sección se observará igualmente en los legados y donaciones”. Con respecto al cual señala García Goyena que “la nulidad de las sustituciones no perjudicará a la validez de la donación: igual es el motivo y objeto de nuestro artículo y las razones de la prohibición son las mismas en las herencias que en los legados y donaciones”.

El Proyecto de 1851, como se puede comprobar no acoge a las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título gratuito.

Dentro del marco social y político al que debemos trasladarnos, en ningún caso podían admitirse prohibiciones de disponer emanadas de la autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos onerosos (8). Este recorte al poder de disposición que recuerda, evidentemente, a la vinculación que existía en los mayorazgos en ningún caso debía admitirse.

El mayorazgo según lo define Luis de Molina, principal mayorazguista castellano, es “ius succedendi in bonis, ec lege relictis ut in familia integra perpetuo conserventur, proximoque cuique primogenito ordine successivo deferantur” (9). Para la doctrina, la inalienabilidad de los bienes del mayorazgo es un imperativo “de su propia naturaleza”. El poseedor del mayorazgo no puede hacer nada de lo que pueda derivarse enajenación de un bien del mayorazgo; no sólo no puede vender un bien del mayorazgo, sino tampoco darlo en prenda o en hipoteca, concedérselo en usufructo o constituir alguna servidumbre sobre él, darlo en arrendamiento no por largo tiempo, en censo o en enfiteusis si someterlo a

(8) Se pueden admitir en virtud del art. 1255 C.c. pactos por los que las partes se obliguen a no transmitir, por tanto con eficacia entre ellas, pero no frente a terceros.

El art. 348.I C.c. dispone: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”. Este precepto en el Proyecto de 1836 (art. 621), curiosamente decía “Propiedad es el derecho que uno tiene en sus cosas para disponer de ellas a su arbitrio, con tal que no haga un uso prohibido por las leyes o pactos. Este derecho se llama también dominio”.

Debe quedar claro que las partes pueden establecer los pactos que quieran en las condiciones del art. 1255 y en este sentido su incumplimiento originará indemnización de daños y perjuicios pero no afectará a la validez del contrato realizado con un tercero.

El ámbito de las genuinas prohibiciones de disponer es muy distinto y debe ser restringido, pues la realización del acto llamémosle prohibido puede afectar como veremos a tercero que contraten con el afectado por la prohibición.

(9) Definición de MOLINA, 1,1,22 (vid. BARTOLOMÉ CLAVERO, *Mayorazgo, propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Madrid 1974, p. 211).

transacción. La prohibición de alienar va más allá del poder de disposición del sucesor ya que se aplica por la doctrina a la prescripción y a la confiscación de los bienes del mayorazgo (10).

Clavero (11) define el mayorazgo castellano como “aquella forma del modo de propiedad vinculada cuyo régimen concreto somete a las condiciones de la propiedad territorial feudal al colonato por medio de la prohibición de enfiteusis, a la burguesía gracias a la vinculación estricta y general, y a la corona mediante la inconfiscabilidad incluso en los delitos exceptuados, imponiendo, al mismo tiempo, en beneficio de las líneas principales de la clase feudal, un proceso de acrecentamiento y acumulación patrimonial”.

En la época que se viene denominando reforma ilustrada del Mayorazgo, encontramos las primeras argumentaciones contra los mayorazgos fundadas, en la libre circulación de los bienes (12).

Posteriormente, se plantea abiertamente la cuestión general de la abolición de los mayorazgos. Como es sabido, es la Ley de 11 de octubre de 1820 la que suprime los mayorazgos repuestos después por la Cédula de 11 de marzo de 1824. Es en 1836 cuando se restablece la ley de desvinculación de 1820, resolviéndose el último problema que planteara la desvinculación: el de la pertenencia de la propiedad privada de los bienes desvinculados con la ley de 19 de agosto de 1841.

En nuestro ámbito, es evidente que todo ello marcó las líneas directrices de nuestra legislación civil, como hemos podido comprobar en el Proyecto de 1851.

Las prohibiciones de disponer quedan en un principio al margen de la legislación hipotecaria, pues, como es sabido, su actual regulación, en el art. 26 LH, se debe a la reforma de 1944. Por otra parte, el Código civil contempla especialmente las impuestas testamentariamente para señalar el límite temporal a su eficacia, en los arts. 781 y 785. Con respecto a las que puedan establecerse en donaciones hay que hacer referencia a tres artículos de nuestro C.c.: el 639, 640 y 641. El primero de ellos no regula la posible prohibición de disponer a la que se halla sometido el donatario, sino que hace referencia a la reserva de la facultad de disponer por el donante, que son supuestos distintos, como veremos. El segundo reenvía al art. 781 del C.c. pero únicamente para señalar la limitación del segundo grado y con respecto al supuesto en que se done la propiedad a una persona y el usufructo a otra u otras. El tercero implica el límite de la sustitución fideicomisaria.

La gran preocupación de la legislación hipotecaria, en sus inicios fue

(10) Vid. CLAVERO, ob. cit., pp. 265 y ss.

(11) Ob. cit., pp. 278-279.

(12) Señala CLAVERO (ob. cit., p. 296) que en una Instrucción presentada al rey por el conde de Floridablanca en su cap. LIV expresa: “El daño de aprisionar tantos bienes, impidiendo su enajenación y circulación, es gravísimo, siguiéndose de aquí la decadencia de ellos por la pobreza y mala conducta de los poseedores”.

desde un comienzo “el crédito territorial”. El antiguo sistema de las hipotecas ocultas se rechaza obviamente por la Comisión precisamente porque con él era incompatible el crédito territorial. (Exposición de Motivos de la LH de 1861). No se miró con tanto descrédito el sistema mixto que combinaba la publicidad de las hipotecas con la conservación de otras ocultas. Pero no ofrecía suficientes garantías al no estar nunca seguro el acreedor.

Seguridad de los acreedores y crédito territorial eran y son dos pilares básicos en toda legislación hipotecaria. En este sentido se entendió por la Exposición de Motivos, que quizás no estuviera lejana la época en que quedase este sistema mixto tan desautorizado como el de la hipoteca oculta que tenían los romanos. Así únicamente existía un sistema aceptable, el de publicidad y especialidad de las hipotecas.

Se entiende la publicidad en función de que “no pueda perjudicar al contrayente de buen fe ninguna carga que gravite sobre la propiedad si no se haya inscrita en el Registro”.

El crédito territorial no sólo preocupa desde un comienzo sino que se erige en el “fin de la legislación hipotecaria”. Así lo subraya la Exposición de Motivos de la LH de 1861. “Para conocer la importancia y necesidad del sistema adoptado por la Comisión debe tenerse en cuenta que el fin de la legislación hipotecaria es asentar el crédito territorial en la base de la seguridad de la hipoteca y el pago de lo ofrecido”. Especialmente se refleja por ejemplo en la admisión de la hipoteca judicial fundándose precisamente en que dicha hipoteca “cabe perfectamente dentro del sistema adoptado, porque ni perjudica al crédito territorial ni disminuye el principio de la publicidad, base cardinal de que nunca se prescinde en el proyecto”.

No es de extrañar que la legislación hipotecaria no se ocupase del tema, con independencia de que es una cuestión que debía corresponder al Código civil. La prohibición de disponer recorta el poder dispositivo, lo que es evidentemente contrario al principio de la libre circulación de los bienes por una parte, y si al mismo tiempo de que el sujeto no pueda disponer voluntariamente se extiende a la imposibilidad de poder hipotecar por ejemplo, la prohibición será contraria en ese sentido, al crédito territorial.

Posteriormente la reforma de la LH de 1944 introduce el art. 26 en el que aparecen reguladas las prohibiciones de disponer. En su Exposición de motivos señala “las prohibiciones de enajenar, de singular importancia en una legislación de tan honda raigambre familiar como la nuestra no han sido reguladas en el Código civil, a diferencia de lo que acontecía en el Derecho histórico patrio y en el romano. En la vigente LH se alude a ellas en los art. 2.º, 42 y 107, pero sin determinar su alcance y valor hipotecario. Semejante laguna ha sido, en gran parte, suplida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las resoluciones de la DGRN.

A sistematizar esta materia responde la cuatrimembre clasificación que de las precitadas prohibiciones se hace. Sus efectos, por lo que al Derecho inmobiliario concierne, quedan perfectamente precisados. Mas su reglamentación adolecerá de incompleta mientras la legislación civil omite el conveniente desarrollo de una materia que por ser extraña a esta Ley, no ha sido objeto de más detenido estudio”.

En este sentido el art. 26.3 LH regula la eficacia frente a terceros de las prohibiciones de disponer impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, pero señalando “que serán inscribibles *siempre que la legislación vigente reconozca su validez*”.

Recordemos que no es misión de la Ley Hipotecaria determinar lo que es válido o no en la legislación sustativa civil, cuestión que corresponde a ésta. Así como tampoco los efectos que deriven de sus contratos y pactos acordes con dicha legislación civil. En estos supuestos ocurre lo mismo que con la clásica discusión *numerus clausus-apertus*, en la LH dice su art. 2.º.2 “otros cualesquiera reales”, pero no porque ella pueda reconocerlos por si sola, sino que en el caso de que la ley sustantiva civil regule un tipo nuevo, la LH deberá admitirlo.

A partir de la reforma de la LH de 1944 las prohibiciones de disponer voluntarias inscritas tienen eficacia real, siempre y cuando la legislación vigente reconozca su validez. En el caso de las prohibiciones testamentarias es claro en virtud de los arts. 781 y 785 C.c. No lo es tanto, como veremos en otros supuestos.

Contrariamente a nuestro Código civil, que en su regulación de la materia es muy parco, las Compilaciones forales de Cataluña y Navarra dedican bastante más atención al tema, la primera en su art. 117 (13), la segunda en sus leyes 481 y 482 (14).

(13) La prohibición o limitación de disponer sólo será eficaz si es temporal y responde a una razón lícita o al designio de beneficiar o tutelar a alguien, aunque sea al afectado por la prohibición; en caso contrario constituirá mera recomendación.

Si la prohibición o limitación de disponer se hubieren impuesto para que los bienes hagan tránsito a otra persona, se considerará establecida sustitución fideicomisaria.

La prohibición o limitación de disponer no podrá exceder de los límites que se establezcan para la sustitución fideicomisaria.

Las prohibiciones o limitaciones de disponer implicarán un cercenamiento de la facultad dispositiva de los bienes, salvo que sea otra la voluntad del testador. Si la prohibición estuviere condicionada a la autorización de una persona, se estará a lo dispuesto en el párrafo segundo, número 1 del art. 211.

(14) Ley 481: La prohibición de disponer establecida en actos a título lucrativo, inter vivos o mortis causa, a favor de personas determinadas o determinables dentro de los límites del párrafo segundo de la Ley 224, tiene siempre eficacia real y será inscribible en el Registro.

Ley 482: La prohibición de disponer establecida en actos a título oneroso tiene eficacia obligacional por el plazo máximo de diez años, siempre que se haga en favor de personas actualmente determinadas. Esta prohibición es inscribible, siempre que para ello

## II. DELIMITACION DE CONCEPTOS

Para comprender el concepto de prohibición de disponer es completamente necesario partir de tres nociones previas cuales son: derecho subjetivo; facultad de disponer y poder de disposición.

El derecho subjetivo es “la situación de poder concreto concedida a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa” (15).

Dentro del amplio campo de los derechos subjetivos es evidente que a nosotros nos interesa el derecho de propiedad definido doctrinalmente como el señorío más pleno que se puede tener sobre una cosa (16). En este sentido dice Lacruz (17) que “atendiendo al sentido gramatical y lógico de sus palabras, el art. 348 (C.c.) no hace sino caracterizar el derecho de propiedad, comparativamente, como el más amplio poder reconocido por el ordenamiento jurídico sobre una cosa, pero dependiendo su contenido de cada momento de las limitaciones establecidas por las leyes, es decir, del conjunto del ordenamiento contemporáneo, y no sólo de disposiciones concretas”.

Con De Castro (18) entendemos que la esencia del derecho subjetivo se manifiesta en un doble valor: como poder de una situación jurídica (poder de disposición) y por ser lícitos sus actos dentro de la esfera concedida (ámbito de lo lícito). Subraya este autor que “el acto del titular puede afectar (en general) a la sustancia del derecho subjetivo ab imis —mediante el poder de disposición, transmitiendo el derecho, reduciéndolo o limitándolo”.

Siguiendo también a De Castro (19) creemos que la facultad jurídica, para que alcance propio valor técnico, hay que reducirla a “la posibilidad de actuar concedida a una persona, para formar parte del contenido de una situación jurídica”. Dice el mismo autor que la peculiaridad de las facultades jurídicas se manifiesta en que no pueden ser enajenadas, renunciadas o prescritas, activa o pasivamente, más que en unión de la situación de que dependen mientras no se independicen formando nuevo derecho subjetivo; su ejercicio en cambio, para que sea legítimo o eficaz no requiere una titularidad específica, como los derechos y acciones, sino que basta el permiso, la mera posesión y el encargo.

En este sentido nosotros utilizaremos los términos “facultad de dis-

---

exista convenio expreso, y una vez inscrita en el registro tendrá eficacia real durante el plazo máximo de cuatro años.

(15) DE CASTRO, *Derecho civil en España*, Madrid 1984, p. 573.

(16) Vid. por todos DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil* III, 4.<sup>a</sup> ed. p. 154.

(17) *Elementos de Derecho civil*, III, 2.<sup>a</sup> ed. Barcelona 1988, p. 31.

(18) Ob. cit. p. 573.

(19) Ob. cit. p. 602.

poner”, como una de las facultades que forman parte del contenido y se integra dentro del derecho subjetivo de propiedad (20).

Sin embargo, es de todos sabido que, el concepto de facultad de disponer es precisamente uno de los más controvertidos en la doctrina civilista. El gran interrogante es si la facultad de disponer se halla dentro del derecho subjetivo o si, muy al contrario, es ajena a él.

Distintos términos se confunden o, mejor dicho, no se delimitan perfectamente cuando nos adentramos en el funcionamiento de la facultad de disponer. Capacidad de obligarse, capacidad de disponer, poder de disposición, facultad de disposición, legitimación, etc.

Es totalmente necesario distinguir la capacidad en general del poder de disposición. A la confusión entre estos términos conducen teorías mantenidas por algunos autores, como Ferrara, al entender que la facultad de disposición es algo distinto y ajeno al derecho del que se dispone.

La capacidad es “la cualidad jurídica de la persona que determina conforme a su estado, la eficacia de sus actos” (21).

Partimos así, de esta premisa “la capacidad es una cualidad jurídica de la persona”. Incidirá directamente en la eficacia de sus actos, pero es interna y propia de la persona en sí misma considerada. En este sentido, la capacidad es elemento integrante de cualquier supuesto de hecho que constituya relaciones jurídicas, es decir, desde el punto de vista del sujeto es lo mismo que pretenda realizar una compraventa, que renunciar a un derecho, que otorgar testamento. En general, necesitará para todo tipo de actos, capacidad, especial en algunos casos.

El poder de disposición no es un atributo general de la persona, no es una cualidad jurídica de la misma. Díez-Picazo (22) define la facultad o poder dispositivo como la posibilidad jurídica que tiene el titular de un derecho de realizar actos que afecten radicalmente a la sustancia o a la subsistencia de dicho derecho”.

Entender que el poder de disposición es ajeno o no al derecho del que se dispone, supone, como veremos, que su función, en el sentido del momento en que se pone en funcionamiento, va a ser distinta y ello va a tener múltiples consecuencias.

En gran medida precursor de la idea de que el poder de disposición se halla fuera del contenido del derecho fue Thon (23) con su clásico ejemplo: “Yo puedo arrojar lejos una piedra, pero nadie dirá que es la

(20) Señala DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid 1983, p. 709: “La facultad o poder dispositivo es la posibilidad jurídica que tiene el titular de un derecho de realizar actos que afecten radicalmente a la sustancia o subsistencia de dicho derecho. La facultad o poder de disposición forma parte del contenido y se integra dentro del derecho subjetivo, cualquiera que sea la naturaleza de éste”.

(21) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit. pp. 49-50.

(22) *Fundamentos II*, cit. p. 709.

(23) *Rechtsnorm und subjektives Recht*, p. 327.

piedra la que me da la fuerza para arrojarla; la fuerza estaba en mi antes, la piedra formaba sólo el objeto de su aplicación”.

Siguiendo a Thon, entre otros, Ferrara (24) entiende que es un error evidente sostener que la facultad de disposición es un poder que entra en el derecho de propiedad. De hecho, el propietario que enajena transmite la propiedad, en cuanto la propiedad es objeto de enajenación. Pero la fuerza que transmite la propiedad no puede formar parte de ella”. Lo que se transmite no puede ser al mismo tiempo lo que transmite” (25).

Siguiendo a estos autores, Villavicencio entiende que la facultad de disponer, ni es interna ni tampoco privativa del derecho de propiedad, sino un reflejo de la general libertad para disponer. Señala este autor que “la facultad por la que se dispone del derecho de usufructo, de un derecho de crédito, no es por naturaleza diferente de aquella por la que se dispone de un derecho total de propiedad... El hombre puede adquirir bienes y tiene, aún antes de adquirirlos, capacidad para disponer de ellos; cuando esta capacidad se concreta en una facultad de disponer actual y determinadamente, el poder que ha nacido no es distinto esencialmente, según la naturaleza del derecho sobre el cual opere” (26).

Al señalar este autor que la facultad de disponer es accesoria no tanto del derecho subjetivo sobre el qué obra, sino de la titularidad del mismo derecho, creemos que hace una sustitución de términos que a nuestro modo de ver no es estrictamente necesaria.

Subraya este autor, en primer lugar, que la transmisión del derecho no implica la transmisión de la facultad, sin embargo la facultad desaparece porque la titularidad ha desaparecido al mismo tiempo. No obstante, esta opinión conduciría a pensar, que la facultad desaparece, porque el derecho subjetivo ha desaparecido, de la esfera de su anterior titular, desde el momento en que se transmite, conclusión absolutamente estéril.

De la misma manera, si como dice Villavicencio, “la facultad acompaña a la titularidad durante su vida, sufriendo sus vicisitudes”, no vemos ningún inconveniente en sostener que la facultad acompaña al derecho subjetivo durante su vida con independencia del sujeto que ostente dicha titularidad.

Podríamos decir que al objetivizar el poder del sujeto designándolo “derecho subjetivo”, estamos considerándolo como algo distinto del po-

(24) *Trattato di Diritto civile italiano*, I, I, Roma 1921, 1325 p. 327 y vid. también Ing. sul patrim. alturi. Riv. Dir. Comm. 1937, I, pp. 199 y ss.

(25) En el mismo sentido vid. BARASSI (*I Dir r. p. nel nuovo C.c.*, Milano 1943, p. 425 y ss). Señala que el poder de disponer no es una de las facultades contenidas en el derecho. Y por esto es extraño al mismo; quien enajena la propiedad de una cosa no transfiere con ello la facultad de disponer, por el contrario, la potestad de disponer queda en él, y el adquirente pone en servicio, respecto a este derecho, su facultad de disponer.

(26) F. VILLAVICENCIO, *La facultad de disposición*, ADC, 1950, II, p. 1049 y ss.

der del sujeto a disponer de un contenido, que es precisamente esencia del derecho subjetivo.

Por último señala el citado autor que “si la titularidad ha desaparecido y se ha creado una nueva titularidad en tercera persona, la facultad de disposición del primer titular se esfuma y aparece en el nuevo una semejante facultad”. De cara a sus efectos ¿no sería lo mismo entender que con el derecho subjetivo se transmite la facultad de disponer que aparece en cabeza del nuevo titular por haber cesado en la de su transmitente?

El peligro de estas teorías es, evidentemente, su idea de la capacidad de disponer tan cercana a la capacidad de obrar.

Chiovenda (27) entiende que la facultad de disposición tiene su fuente en el general derecho de la personalidad, y más precisamente, en la capacidad de obrar; pero esta capacidad puesta en contacto con cada derecho subjetivo disponible, da lugar a otras tantas facultades concretas de disposición, que viven paralelamente junto a los derechos, autónomas no obstante su carácter instrumental (28).

Frente a todo lo anterior y siguiendo, entre otros, a Von Thür (29) creemos que la facultad o poder de disposición se encuentra dentro del derecho subjetivo. Hay que distinguir, por tanto y plenamente, entre capacidad de obrar y poder de disposición. Capacidad es una cualidad de la persona, mientras que el poder de disposición implica la relación jurídica que existe entre quien dispone y el patrimonio de que dispone (30).

La facultad de disponer de una cosa, por ej. de enajenarla está implícita en el derecho de propiedad sobre la misma, pero puede ocurrir que el propietario, aun teniendo en cuenta tal facultad de disposición, no tenga capacidad, como el propietario menor de edad.

Capacidad y facultad de disponer no se pueden confundir. La facultad de disposición nace directamente de la titularidad del derecho. El titular, por regla general, tiene poder de disposición y, sin embargo, puede ser incapaz. El capaz puede no ser propietario de nada, luego tiene capacidad y no poder de disposición.

Dice Von Thür (31) que “el poder de disponer del derecho subjetivo corresponde a su titular y se presenta como una facultad que integra el contenido del derecho. Pero existen dos excepciones: es posible que el poder de disposición del titular sea limitado y puede existir un poder de disposición sobre derecho ajenos”.

En este sentido, nosotros diferenciamos entre facultad de disponer y poder de disposición. La facultad de disponer se corresponde con la

(27) *Sulla nat. espropr.* en I Stit. dir. proc. civl., I, Napoli 1933, pp. 265-272.

(28) Vid. la crítica de DÍEZ-PICAZO en *Fundamentos* II, cit., p. 711.

(29) *Derecho civil* II.2, Los hechos jurídicos, Buenos Aires, 1947, p. 37 y ss.

(30) Vid. Enneceus-Nipperdey, 22, p. 50-51.

(31) *Ibidem*.

titularidad del ius disponendi (32). Lo normal es que la facultad de disponer corresponda al titular del derecho y en ese sentido, facultad de disponer y poder de disposición, coinciden en el mismo titular, quizás en una relación de dependencia, de éste respecto de aquélla, contenidas en el derecho subjetivo.

En otras ocasiones, no ocurre así, como por ej., en la minoría de edad, en la donación con reserva de la facultad de disponer, en los casos de apoderamiento. En todos estos supuestos, la facultad de disposición sigue dentro del derecho subjetivo del que es titular el sujeto; sin embargo, el poder de disposición se atribuye a otro sujeto distinto, pero lo que le es atribuido bien por la ley, bien por la voluntad, es el poder de disposición no la facultad de disponer.

En este sentido la facultad de disponer emanaría directamente de la titularidad del derecho subjetivo. El término titularidad expresaría la unión o conexión de un derecho con un sujeto al que pertenece.

La doctrina en general utiliza con mucha frecuencia el término legitimación. Cariota Ferrara (33), siguiendo a Cornelutti (34), autor al que se le viene atribuyendo la paternidad de la teoría unitaria de la legitimación, que por otra parte el mismo reivindica, entiende por legitimación "la específica posición de un sujeto respecto a ciertos bienes o intereses, por la que su declaración de voluntad puede ser operante respecto de estos", es decir, "una particular relación del sujeto con el objeto del negocio o de otro acto jurídico".

El término legitimación, a nuestro modo de ver, es un término demasiado amplio, precisamente porque se intenta reconducir a una categoría unitaria frente a la capacidad de obrar.

Entre nuestros autores, Ladaria (35) entiende por legitimación "el reconocimiento, hecho por la norma, de la posibilidad concreta de realizar con eficacia un acto jurídico determinado", añadiendo que "la legitimación del autor constituye un presupuesto de eficacia del acto".

El concepto legitimación se aplica en distintos campos como es el procesal, el registral, el notarial (36), etc... Y dentro del nuestro propio, en un concepto general de legitimación se comprende desde la idoneidad para devenir sujeto activo o pasivo de una determinada relación concreta, hasta cualquier lazo o relación del sujeto con el patrimonio, que hace relevante el negocio del primero para el segundo (37).

(32) Vid. en este sentido MOXO, *Propiedad limitada: prohibiciones de disponer*". *Conferencias de los cursillos 1948 y 1949, Colegio Notarial de Barcelona. Propiedad y Matrimonio*. Barcelona 1956, p. 17 y 18.

(33) *El negocio jurídico*, trad. por ALBALADEJO, Madrid, 1956, p. 528.

(34) *Teoría general del Derecho*, trad. POSADA, Madrid, 1941, pp. 257 a 273.

(35) LADARIA-CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, p. 1-2.

(36) Vid. LADARIA, ob. cit. p. 32.

(37) Vid. CARIOTA-FERRARA , ob. cit., p. 529 y ss. las excepciones a la llamada legitimación ordinaria.

Bajo nuestro punto de vista, el titular de un derecho que ostenta la facultad de disponer se halla legitimado para actuar, en este sentido titularidad y legitimación coinciden. Sin embargo en aquellos supuestos a los que antes aludíamos, en los que es posible ceder el poder de disposición, se separan perfectamente los términos legitimación y titularidad, pues mientras el titular es un sujeto, el legitimado puede ser otro (38). Por tanto, entendemos el término legitimación como el poder ejercitar la facultad de disposición. Si es el titular del derecho el que ejerce la facultad de disposición, esto es, tiene poder dispositivo, podemos hablar de titularidad o de legitimación; en el segundo supuesto, es decir, cuando actúa en virtud de su poder de disposición, únicamente de legitimación.

En este sentido, entendemos las palabras de Moxo (39), “Titularidad o legitimación es, simplemente la unión o conexión de un derecho, o de una facultad, con un sujeto al que pertenece”, siempre y cuando estemos hablando de legitimación directa.

### III. DISTINCION DE FIGURAS AFINES

Conforme al art. 23.6 de la LH son susceptibles de inscripción las prohibiciones de disponer “impuestas por el testador o donante en actos de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito” “siempre que la legislación vigente reconozca su validez”.

Con base en este precepto, son inscribibles las prohibiciones de disponer impuestas en actos a título gratuito siempre y cuando la legislación vigente reconozca su validez.

Para centrarse en el estudio de la prohibición de disponer impuesta en actos a título gratuito, hay que hacer una primera llamada que evite la confusión.

De forma muy general, que posteriormente individualizaremos, se puede hablar de dos tipos de prohibiciones de disponer y, siempre desde ahora, impuestas en actos a título gratuito. Aquéllas que de alguna manera forman parte o, mejor dicho, se hallan al lado de otra institución, como son los supuestos de sustituciones fideicomisarias, donaciones con reserva de la facultad de disponer por el donante, reversión de donaciones a favor de terceras personas ajenas al donante, o los llamados “pseudo-usufructos testamentarios; y aquellas otras que denominaremos prohibiciones de disponer puras, que son aquellas que el testa-

---

(38) Aunque aludiremos a ello posteriormente es necesario aclarar, que para nosotros el término legitimación implica un reconocimiento de licitud por parte del Ordenamiento. En este sentido a la actuación del sujeto sin poder de disposición o incluso sin titularidad sobre el derecho, en todo caso debe denominarse legitimación aparente.

(39) Ob. cit. p. 17.

dor o donante imponen pero que no entran a formar parte de otra institución, no implicando, por tanto, los supuestos enumerados anteriormente.

Generalmente, en la práctica los problemas que se han planteado han sido del primer tipo, y, como veremos, no tienen mayor complicación, fundamentalmente en cuanto a su cumplimiento, que el funcionamiento propio y específico de la institución de que se trate.

Respecto de las que hemos denominado "prohibiciones puras", veremos distintos supuestos, pues no es lo mismo que se imponga una prohibición de disponer en la que de determinada manera exista o pueda existir un beneficiario de la misma, que aquéllas en las que no exista causa suficiente, en el sentido de que no exista ningún tipo de beneficio para nadie. No debe admitirse un sistema de prohibiciones abstractas que valgan con independencia de su causa.

Por ello, es fundamental en el tratamiento de esta materia analizar los supuestos que implican uno u otro tipo de prohibición.

Por otra parte, no debe olvidar que la LH, en su art. 26.3, declara la inscribibilidad de la prohibición de disponer impuesta en actos a título gratuito, pero siempre y cuando la legislación vigente reconozca su validez. Por ello es necesario saber si, efectivamente, nuestra actual legislación reconoce la validez de las prohibiciones de disponer impuestas en actos a título gratuito y si ello es así, la pregunta se centra en saber si la prohibición de disponer tiene un régimen jurídico independiente de la institución a la que acompaña o no, y que se manifestará en toda su extensión en el caso de la llamada prohibición de disponer pura.

## 1. Donación y prohibición de disponer

En sede de donaciones, dos preceptos de nuestro Código civil son fundamentales, los artículos 639 y 641.

El art. 639 recoge el supuesto de la reserva por el donante de la facultad de disponer. En torno a él algún sector de la doctrina se ha planteado si este tipo de reserva conlleva o implica prohibición de disponer para el donatario (40). Es general, entender que la reserva del donante no implica prohibición de disponer. En este sentido señala Rodríguez-Adrados (41) que "en nuestro sistema, el donatario, es el propietario de la cosa, precisamente porque la donación es válida; y como tal propie-

(40) Vid. sobre este tema ALBALADEJO, *Comentarios al C.c. y Comp. Forales*, t. VIII-2, art. 639; CASTILLO, *Donaciones con reserva de la facultad de disponer, prohibiciones de disponer, gananciales y legítima*, ADC 1982, pp. 357 y ss.; CRISTÓBAL-MONTES, *La donación con reserva de disponer*, 1971; IRURZUN, *La donación con reserva de la facultad de disponer* (algunos problemas que plantea el art. 639 del C.c.), 1967; RODRÍGUEZ-ADRADOS, *La donación con cláusula de reserva de la facultad de disponer*, AAMN XVI, p. 419 y ss.

(41) Ob. cit. p. 475.

tario, tiene todas las facultades derivadas del dominio, y entre ellas el “*jus disponendi*”, pero su titularidad, y la de los que traigan causa de él, por actos mortis causa o inter vivos, está afecta a una causa de revocación, o de constitución de un derecho real o de una carga o gravamen, en virtud de las facultades dispositivas del donante” (42).

Sin embargo, Castillo (43) concluye que la donación con reserva de la facultad dispositiva implica prohibición de disponer. Dice este autor: “la reserva del poder de disponer al constituir un derecho en sí mismo considerado imposibilita que el donatario disponga de los bienes de su propiedad”.

Como hemos dicho, es general entender que la reserva de la facultad de disponer por el donante no implica prohibición de disponer para el donatario.

Desde un punto de vista dogmático, en puridad, ello es así. El donante, al realizar la donación, transmite el bien con la aceptación del donatario; desde ese momento, la titularidad del derecho la ostenta el donatario y, con ella, la facultad de disponer sobre el bien donado (44). El donante, sin embargo, lo que se reserva es el poder de disposición. Por tanto, el que el donante se haya reservado dicho poder no implica prohibición para el donatario, que podrá disponer de lo que tiene, que es el derecho en cuestión, sujeto a la posibilidad de que el donante ejercente en algún momento el poder dispositivo sobre el bien donado.

Es muy difícil que el donatario transmita su derecho, en este caso la propiedad del bien con la posibilidad de que posteriormente el donante ejercente el poder de disposición, no porque el donatario no quiera, sino porque es muy dudoso que encuentre un posible adquirente.

Creemos, con la mayoría de la doctrina, que la donación con reserva de la facultad de disponer no implica, por si, prohibición de disponer. Recordemos que una de las notas características de las genuinas prohibiciones de disponer es precisamente que no se reconoce el poder de disposición en nadie.

Castillo señala en este sentido que, el donatario no tiene el poder de disposición sobre el objeto en cuestión porque dicho poder se encuentra en cabeza del donante. En nuestra opinión, tal situación no se debe configurar dentro de la categoría de las prohibiciones de disponer, porque en éstas no se atribuye el poder dispositivo a otra persona. Otra cuestión, como veremos, es que al lado de la reserva de la facultad de disponer por el donante exista otra disposición por la que el donatario no pueda disponer, pero éstas son cuestiones distintas.

(42) En el mismo sentido, vid. ALBALADEJO, ob. cit. p. 267; CRISTÓBAL-MONTES, ob. cit. p. 177.

(43) Ob. cit. p. 372-373.

(44) Vid. RODRÍGUEZ-ADRADOS, ob. cit., p. 473, señala este autor “el donatario tiene también el poder de disposición derivado de su titularidad, pero subordinado, como la titularidad misma, al derecho reservado a favor del donante”.

Con independencia de la reserva de la facultad de disponer por el donante, el Código Civil en su art. 641 regula parcialmente el complejo problema de las donaciones con cláusula de reversión (45) que, en determinada manera, pueden implicar prohibición de disponer del bien donado.

El art. 641 hace referencia a dos supuestos distintos: reversión en favor del donante, válida para cualquier caso y circunstancia; y reversión en favor de otras personas, válida siempre y cuando se repiten las limitaciones que el Código civil establece para las sustituciones fideicomisarias.

La reversión en favor del donante puede producirse por el incumplimiento de la prohibición de disponer impuesta al donatario a modo de condición resolutoria. En este supuesto, es evidente que el donante deberá expresar este tipo de condición, pues la reversión en favor del donante por si misma no conlleva prohibición de disponer.

En el mismo supuesto anterior nos encontraríamos si el donante prohíbe disponer al donatario como causa de la reversión en favor de un tercero; en tal caso, el incumplimiento de la prohibición produciría la reversión. Si partiésemos de la inadmisión de prohibiciones de disponer, sería cuestionable si el donante podría conseguir el mismo resultado que se obtendría con la prohibición, bien, a través de una condición resolutoria, bien como causa de reversión. Si el resultado obtenido a través de las prohibiciones de disponer no es admisible tampoco deberían admitirse otras vías que persiguieran igual resultado que el no permitido. No es un problema de medios sino de fines.

Si el Ordenamiento admite la prohibición de disponer en contra de la libre circulación de los bienes, deberá permitirse el mismo fin a través de condiciones resolutorias o como causa de reversión en donaciones. Si no se admiten, no podrán ser utilizadas otras vías que conduzcan al mismo resultado.

Con independencia de lo anterior, la verdadera cuestión, en tema de reversión en favor de tercero, se produce cuando la reversión se acuerda en virtud de cualquier otra causa (46). ¿En estos caso existe prohibición?

Hasta que se produzca la reversión, el donatario es el titular de los bienes donados, por lo que tendrá las facultades de todo titular, no obstante con la amenaza del suceso reversalional.

---

(45) Vid entre otros: ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compliaciones formales*, t. VIII-2, Madrid 1986, com. al art. 641, p. 273 y ss.; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, t. II, Madrid 1987, p. 405; LACRUZ BERDEJO, *Donaciones con cláusula de reversión*, en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona 1958, p. 242 a 251; VALLET DE GOITISOLO, *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, p. 409 y ss.

(46) Vid. LACRUZ BERDEJO, *Donación*, cit. p. 244 las distintas hipótesis de construcción del llamamiento reversalional.

Dada la remisión del art. 641 C.c. a la sustitución fideicomisaria (47), deberá conservar los bienes pudiendo disponer de ellos con el consentimiento del donatario ulterior (48). En otro caso, estaríamos ante un supuesto parecido al recogido por el art. 639 C.c. en el sentido de que en caso de disponer, el acto de disposición deberá respetar la reversión, y llegará a ser definitivo en el supuesto de que ésta no se produzca.

Se puede observar que en todos estos supuestos, como decíamos anteriormente, si bien no existe una genuina prohibición de disponer, dicha prohibición puede formar parte de la institución de que se trate, surgiendo los mecanismos propios de la figura en cuestión.

En la práctica, la prohibición de disponer se suele utilizar normalmente para reforzar, bien donaciones con reserva de la facultad de disponer por el donante, bien en supuestos de reversión de los bienes donados pero, como decimos, estipuladas al lado de ellas y, en este sentido, con independencia de la prohibición que puede llevar insita la propia institución.

Es de citar la STS de 24 de mayo de 1926. Los antecedentes de hecho fueron los siguientes: J. y T. en consideración y para atender a las necesidades económicas del matrimonio de su hijo, entonces previsto y que posteriormente se celebró, le hicieron donación y heredamiento universal de todos sus bienes y derechos reservándose el usufructo vitalicio. Esta donación y heredamiento universal fueron sometidos a condición de que el donatario, "teniendo hijos podrá disponer libremente y no teniéndolos, tan sólo podrá disponer de 5.333,33 ptas.".

En 1921, con posterioridad a sus padres fallece el donatario sin hijos ni descendientes, dejando su herencia a su viuda. La hermana del donatario acciona contra la esposa de éste.

La sentencia, en su estudio diferencia, por una parte, la donación y, por otra, el heredamiento universal. Respecto de la primera, señala en uno de sus considerandos "que la limitación que los cónyuges donadores impusieron sobre la porción de bienes de que no podía disponer el donatario, no teniendo hijos o descendientes, sea estimada meramente un modo, ya se le atribuya el carácter jurídico de condición resolutoria, el derecho de J. quedó completamente purificado con el fallecimiento de este donatario, ocurrido sin dejar hijos o descendientes, legítimos, pero cuando ya no vivian los padres donantes; porque éstos eran los únicos que pudieron ostentar el derecho a ejercitar acción encaminada a conseguir que, una vez pasado el tiempo en orden al concepto modal e incumplida la condición resolutoria de que en este aspecto jurídico dependiera la facultad de libre disposición de todos los bienes de la donación, volvieran los que habían quedado afectos a la expresada limi-

(47) Vid. ROMÁN GARCÍA, *El Derecho de reversión legal*, Madrid, 1984, p. 138. Respecto de la relación entre los arts. 641 y 812 del C.c.

(48) Vid. ALBALADEJO, *Comentarios*, cit. p. 281.

tación dominical al patrimonio de los cónyuges donantes, en los que radicaba exclusivamente la cualidad de acreedores respecto de la obligación de conservarlos que dicha limitación se deducía contra el donatario...”.

Respecto del heredamiento se señala en otro de los considerandos “que como los instituyentes, padres no designaron la persona o personas a que debieran pasar los bienes del heredamiento en el instituido J. sin dejar hijos o legítimos descendientes, es evidente que después de la muerte del así instituido, no pudo nacer derecho que tuviera su origen en la voluntad de los cónyuges, que la omitieron y sigilaron respecto al destino ulterior de dichos bienes y, por tanto, quedaron libres en el patrimonio del instituido J. todos los que constituyan la universalidad de bienes que integraban el heredamiento, sin hallarse, al fallecimiento del instituido, sujetos a otra voluntad que la que éste, en ejercicio de su derecho, reveló en el testamento otorgado a favor de su esposa...”.

Es de subrayar, a pesar de lo dicho por el Tribunal Supremo, que no es igual considerar la prohibición como un modo que como condición resolutoria, pues de estimarse esto último, la hija de los donantes, como heredera suya, podría impugnar el acto realizado por el donatario.

Es de interés también la RDGR de 23 de octubre de 1980. Como consecuencia de un proceso ejecutivo iniciado contra A., se ordena por el Juzgado de Primera Instancia, la expedición de mandamiento de embargo dirigida al Registro de la Propiedad sobre una finca urbana propiedad del deudor. El Registrador califica con la siguiente nota: “No practicada la anotación preventiva de embargo ordenada en el precedente mandamiento, por el defecto insubsanable de figurar inscrita la finca embargada con prohibición de enajenarla ni gravarla durante la vida de la donante A. sin su consentimiento, y reservada a favor de dicha donante la facultad de vender la finca en caso de necesidad... apreciendo además el usufructo vitalicio de dicho inmueble a favor de M.”.

Con independencia de saber —cuestión que trataremos posteriormente— si la prohibición de disponer impide, además de los actos dispositivos del titular del bien, aquellos otros que indirectamente pueden producir resultado contrario a la prohibición y en contra del art. 1911 C.c., lo que es destacable de esta resolución, por ahora, es precisamente resaltar que la prohibición de disponer suele incluirse al lado de la reserva por el donante de la facultad de disponer y, en cierta manera, con independencia de ella (49). En este sentido, la Dirección en uno de sus considerando señala que “aunque menguada en la actualidad, puede consolidarse en su momento plenamente la titularidad dominical del deudor, ya que la enajenación del bien es puramente temporal, y si des-

---

(49) En este caso donación con: reserva de la facultad de disponer por el donante; prohibición de disponer en el donatario; y reserva del usufructo vitalicio, es evidente que la prohibición de disponer se impuso en interés de la donante. La acción en caso de infracción de la prohibición, clara en este supuesto, correspondería a la propia donante.

aparece la causa que lo justifica recobra el inmueble la libertad de poder ser transmitido, ya que tal prohibición en este caso no es más que un complemento de la reserva de la facultad de disponer y sujeta, como ésta última, a idéntica condición resolutoria, por lo que, dada la finalidad cautelar de la anotación que se solicita, encaminada a garantizar el derecho de los acreedores y terceras personas mediante la conservación y traba de los bienes del deudor, no hay obstáculo para la práctica de la anotación, si bien sujeta a las limitaciones hoy existentes".

Castillo (50), comentando esta resolución, señala que la Dirección en este caso entiende que la reserva de la facultad de disponer ex art. 639 no implica prohibición de disponer para el donatario. Señala este autor: "Si la resolución parte de la base de que la donación ex art. 639 es una donación sujeta a condición resolutoria, no cabe duda de que el donatario podrá realizar actos de disposición sobre los bienes donados, por lo que tal donación no supone prohibición de disponer".

Como dijimos anteriormente, desde un terreno puramente dogmático, creemos que la reserva de la facultad de disponer ex art. 639 no conlleva prohibición de disponer para el donatario. Pero en el caso de la resolución citada, existía prohibición de disponer al lado de la reserva; en este sentido, la decisión de la Dirección no se hallaba vinculada tanto a la reserva como a la expresa prohibición (51).

Sin embargo, otro problema podría plantearse en la citada resolución. Si la admisión de la anotación de embargo, como dice la Dirección, conduce a mejor garantía de los acreedores, difícil es ver esa garantía si el donante en cualquier momento, dada la reserva establecida, puede utilizar su poder de disposición sobre el bien donado. A lo anterior cabe añadir que el problema fundamental de dicho supuesto sería si llegado el momento de ejecución del bien embargado, procedería la adjudicación del mismo (52). En sede de donaciones comprobamos que el art. 639 C.c. no implica genuina prohibición de disponer y que el art. 641 que a primera vista parecería el precepto que acoge esta institución, lo único que regula es la posibilidad de reversión efectuada en favor de terceros con los límites de las sustituciones fideicomisarias.

Veremos inmediatamente que tampoco la sustitución fideicomisaria implica una genuina prohibición de disponer pues el fiduciario tiene poder de disposición y lo que no puede hacer es lesionar el derecho del fideicomisario. La prohibición de disponer supone un cercenamiento total de la facultad de disponer, por lo que ésta es una institución frontalmente contraria a la libre circulación de los bienes, que es un principio de orden público económico, fundamental en nuestro Derecho.

El último artículo de la Sección tercera del Capítulo II del Libro III

(50) Ob. cit. p. 371 yss.

(51) Vid. p. 160 del presente trabajo.

(52) Vid. pp. 160 y ss. del presente trabajo.

señala que “todo lo dispuesto en este capítulo respecto a los herederos se entenderá aplicable a los legatarios”, mientras que el art. 639 del Proyecto de 1851, también en sede de sustituciones, señalaba que “lo dispuesto en esta sección se observará igualmente en los legados y donaciones”. Nuestro art. 789 no contempla la remisión a la donación. Esto proporciona un fuerte argumento en contra de la admisión de la genuina prohibición de disponer en donaciones. Si tenemos en cuenta que la prohibición de disponer no se presume, y que su publicidad en virtud del art. 26 LH depende de su reconocimiento, de su admisión por la ley sustantiva civil, podemos concluir que es muy dudosa la admisión de la prohibición de disponer impuesta en una donación.

## 2. Sustitución fideicomisaria y prohibición de disponer

Las prohibiciones de disponer en materia testamentaria se recogen en nuestro Código civil, en el párrafo segundo del art. 785 para expresar el límite temporal de su eficacia, remitiéndose al art. 781. En este sentido, no surtirán efecto las prohibiciones de disponer perpétuas, ni aún las temporales, fuera del límite del segundo grado. Por lo que serán válidas las disposiciones que contengan prohibición de disponer dentro del límite señalado en el art. 781.

Nuestro Código civil, parco en esta materia, acoge en sede de sustitución, la prohibición de disponer testamentaria, al lado de las sustituciones fideicomisarias (53).

Pese a lo anterior, sustitución fideicomisaria (54) (55) y prohibición

(53) De forma directa el art. 785.2 es el único precepto de nuestro C.c. que menciona la prohibición de disponer. Lógico si a ello añadimos la pobreza de regulación de una materia que en nuestra historia ha sido fundamental, la sustitución fideicomisaria. Señala MARÍN LÓPEZ, *El segundo grado en las sustituciones fideicomisarias*, RGLJ, vol. 169, p. 10 que “salta a la vista la notoria desproporción que existe entre la importancia que los fideicomisos han tenido en la historia de las instituciones jurídicas españolas y las pocas normas que constituyen el régimen para ellos establecido en el Código civil, la mayoría de los cuales obedecen a la preocupación del legislador de limitar el arbitrio de los testadores, a fin de reducir el alcance de la vinculación contenida en las sustituciones fideicomisarias.

(54) Siguiendo a ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1948, p. 30), hay que señalar la distinción entre el fideicomiso puro y la sustitución fideicomisaria. “En el primero, el primer llamado ha de hacer entrega o restitución de los bienes fideicomitidos de una manera inmediata; en la sustitución fideicomisaria, la restitución se opera después de algún tiempo (transcurrido determinado plazo o cumplida una condición resolutoria), de modo que entonces el fiduciario conserva los bienes durante un tiempo, durante el cual el fiduciario conserva y tiene en su dominio y poder los bienes fideicomitidos”. Nosotros hablamos siempre de sustitución fideicomisaria.

(55) No haremos referencia al fideicomiso de residuo, en el sentido de ser verdadera sustitución fideicomisaria o no, vid. en esta materia DÍAZ ALABART, *El fideicomiso de residuo*, Barcelona 1981, p. 36 y ss., y doctrina allí citada.

de disponer, son figuras distintas. Como veremos, suelen coincidir en la práctica, aunque no suceda siempre.

Es cierto que la sustitución fideicomisaria implica de alguna manera prohibición de disponer, pero no a la inversa. Es indudable que la prohibición de disponer no conlleva sustitución fideicomisaria. La primera diferencia que hay que señalar entre ambos conceptos, en torno a su régimen jurídico, es que la prohibición de disponer no da lugar a una sustitución fideicomisaria, porque en ésta los bienes conservados por el fiduciario pasan al fideicomisario como herencia del fideicomitente mientras que los bienes que recibiese quien heredase teniendo prohibido disponer, a su muerte irían a sus herederos como herencia suya y no del testador (56).

A la inversa, suele decirse por algunos autores que si la prohibición de disponer no implica sustitución fideicomisaria, toda sustitución fideicomisaria conlleva prohibición de disponer (57), probablemente al entender que el heredero fiduciario carece de poder de disposición. Roca Sastre (58) señala como características de la sustitución fideicomisaria, bien sea a término o condición, las siguientes:

- Duplicidad o pluralidad de llamamientos no simultáneos, sino sucesivos.

- Necesidad de conservar (prohibición o impedimento de enajenar) y de restituir (gravamen restitutorio) de todo o parte de la herencia, impuesto al primero o anterior heredero o legatario llamado.

- Orden de sucesiva transmisión de los bienes fideicomitidos, los cuales siguen, en su virtud, una trayectoria o destino sucesorio pre-determinado.

Sin embargo, esta postura no es unánime. Lacruz (59) (60) señalando que la doctrina dominante entiende que el fiduciario carece de poder de disposición sobre los bienes fideicomitidos, observa que esta tesis no puede acogerse sin reservas, pues la sustitución fideicomisaria, tal como la regula el Código civil, no comporta una propia prohibición de disponer, y sí sólo, por virtud del deber de conservar y entregar del preheredero, limitaciones en su facultad de enajenar, en cuanto pueda perjudicar con ella el derecho del fideicomisario” (61) (62).

(56) Vid. ALBALADEJO, *Comentarios al C.c.* cit., com. al art. 785, p. 378.

(57) Vid. PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, tomo III-2; Barcelona 1980, p. 138.

(58) *Estudios II*, cit. p. 33.

(59) *Elementos V*, Barcelona 1981, p. 334.

(60) Vid. también LACRUZ en sus *Anotaciones al Derecho de Sucesiones* de JULIUS BINDER, Barcelona 1953, p. 239.

(61) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema IV*, Madrid 1987, p. 508, señalan que “sobre el fiduciario pesa la obligación de conservar, no simplemente con el carácter de una prescripción que le pueda ser exigida por el fideicomisario con su correspondiente responsabi-

La duda surge, pues, en torno a si la sustitución fideicomisaria lleva o no prohibición de disponer, es decir, si el fiduciario tiene poder de disposición sobre el bien fideicomitido o no (63).

No existe en nuestro Código Civil (64) un precepto semejante al §2.112 BGB que señala que el heredero fiduciario puede disponer de los objetos del caudal relictio (65). Aunque dicha disposición, para mayor seguridad del fideicomisario, se halle limitada (66).

En realidad, lo que señala el art. 781 de nuestro C.c., es que el heredero conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia. Sin embargo, como observan Díez-Picazo y Gullón (67), esa obligación de conservar "en modo alguno puede conceptuarse como estática". Señalando estos autores que el fiduciario incumpliría su obligación de conservar si por no disponer de los bienes fideicomitidos permitiese una desaparición o deterioro de los mismos.

En nuestra opinión, la obligación de conservar y transmitir los bienes que pesa sobre el fiduciario no conlleva prohibición de disponer, esto es, la prohibición de disponer de los bienes no es consustancial a la sustitución fideicomisaria. Ello tampoco quiere decir que el fiduciario pueda en cualquier momento disponer de los bienes fideicomitidos. El fiduciario, como propietario actual de los bienes, tiene poder de disposición sobre los mismos, no obstante limitado en cuanto que significa un perjuicio al derecho del fideicomisario.

lidad por incumplimiento, sino con trascendencia real, ya que limita los poderes de disposición sobre los bienes fideicomitidos *en los que perjudique a aquél*".

(62) DÍAZ ALABÁRT, ob. cit. p. 37, para argumentar que el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria, advierte que "el deber de conservar los bienes fideicomitidos (no pudiendo así disponer de ellos, como, por el contrario, sí puede el fiduciario si el fideicomiso es de residuo) no es de esencia a la sustitución fideicomisaria, a la que sólo es de esencia el orden sucesivo de herederos...".

(63) Vid. LÓPEZ LÓPEZ, *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil*, ADC 1955-II, p. 743 y ss.

(64) Vid. el art. 192 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña y la ley 234 de la Compilación de Derecho civil de Navarra, que permite al fiduciario bajo su responsabilidad y por si solo vender las cosas que no pueden conservarse, etc.

(65) La integridad del caudal relictio se asegura en virtud del principio de subrogación 2.122 BGB.

(66) §2.113 BGB "La disposición del preheredero sobre una finca perteneciente a la herencia o sobre un derecho en una finca perteneciente a dicha herencia es ineficaz en el caso de producción de la postsucesión, en la medida que frustrase o dañase el derecho del heredero fideicomisario". Señala KIPP, *Derecho de sucesiones*, en el Tratado de Enneccerus. Kipp. Wolff, anot. Roca Sastre/Puig Ferriol, Barcelona 1976, p. 473: "La ineficacia no sólo se considera existente en relación con el heredero fideicomisario; no es éste el único que puede ejercitárla, sino cualquiera. Pero está objetivamente limitada en su extensión: sólo subsiste en tanto que el derecho del fideicomisario resulta perjudicado por la disposición".

(67) *Sistema IV*, cit. p. 509.

En consecuencia, los términos sustitución fideicomisaria y prohibición de disponer no se corresponden, en el sentido de que toda sustitución fideicomisaria lleve consigo prohibición de disponer del bien fideicomitido o de que la prohibición de disponer en testamento implique sustitución fideicomisaria.

La prohibición de disponer supone un recorte en el poder de disposición del titular del derecho, pero sin crearlo en ningún otro sujeto, esto es, nos hallaremos ante una verdadera prohibición cuando no coexista un derecho subjetivo en otra persona (68).

En la sustitución fideicomisaria, el poder de disposición del fiduciario se halla limitado por la coexistencia de un derecho que ostenta otro sujeto (69). Por ello, el límite de su poder está ínsito en la configuración de su propio derecho puesto que de alguna manera se conecta con otro derecho de un tercero que es el del fideicomisario.

De forma semejante ocurre, por ejemplo, en los supuestos de opción, tanteo o retracto. En estos casos, la restricción que pueden suponer en la libre disposición deriva de la atribución de un derecho potestativo a otra persona. No serán supuestos de prohibición de disponer en la medida en que la limitación tenga su origen en la conexión de esa facultad de disponer a un tercero. En estos supuestos, señala Montes Penades (70), “existirá eficacia concurrente de un derecho ajeno”.

En la sustitución fideicomisaria ocurre algo semejante pues existe la concurrencia del derecho de otra persona. Por el contrario, ésto no sucede en las prohibiciones de disponer, en las que, como decíamos en páginas anteriores, puede existir un beneficiario o no, pero no coexiste un derecho subjetivo de otra persona. La prohibición de disponer, como venimos repitiendo, supone un cercenamiento total de la facultad de disponer. Ello no sucede en la sustitución fideicomisaria pues el fiduciario podrá disponer siempre y cuando no lesione el derecho del fideicomitente. Sin embargo, nuestro Código Civil reconoce su validez en el art. 785.II y en este sentido y en virtud del art. 26 LH tienen eficacia real.

(68) Vid. en este sentido AMORÓS GUARDIOLA, *Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente* (Comentario a la STS 12-11-1963), ADC 1965, p. 953 y ss. y 965-967; MOZO RUANO, *Propiedad limitada: Prohibiciones de disponer. Propiedad y matrimonio*, Barcelona 1956, p. 22; MONTES PENADES, *El modo testamentario y las prohibiciones de disponer*, ADC 1974-I, p. 322, entre otros.

(69) Señala MANRESA (*Comentarios al Código civil*, tomo 6, Madrid 1989, p. 136) que “si el fiduciario tiene el deber de entregar al fideicomisario la herencia sujeta a esta clase de sustitución, y los derechos del fideicomisario arrancan de la muerte del testador, cuya voluntad es el título generador de tales derechos, inducible aparece que con el fallecimiento del causante quedó *creado* un derecho a favor de éste que la ley no puede menos que respetar”.

(70) *El modo testamentario y las prohibiciones de disponer*, ADC 1974-I, p. 322.

En la práctica, las prohibiciones de disponer en testamento suelen utilizarse para reforzar supuestos de sustituciones fideicomisarias. Es el caso de las STS de 5-4-1934; 9-7-1957; 19-10-1962 y de las RDGR de 11-3-1932; 23-6-36; 21-4-1949 y 5-9-1974. En alguna ocasión a la sustitución fideicomisaria no se le añade prohibición como es el caso de la RDGR de 10-3-1944 y de la STS de 29-1-1916, si bien en este último supuesto el Tribunal Supremo entendió que la obligación de conservar los bienes en la sustitución fideicomisaria implica una prohibición de enajenar dichos bienes. En otro caso, STS 27-9-1930, entendió que de la prohibición de disponer deriva sustitución fideicomisaria, pero hay que aclarar que en este supuesto en realidad existía sustitución. Por último existen casos de prohibiciones de disponer puras, como en los supuestos de las STS de 6-2-1884 y 12-1-1907; y las RDRD de 21-10-1924; 23-3-1926; 20-12-1929; 14-10-1932; 28-3-1944; 18-4-1952; 18-1-1963; 15-11-1972; 22-2-1989 (71).

### **3. Pseudo-usufructo testamentario y prohibición de disponer**

Es bastante frecuente encontrarse, en la práctica, con prohibiciones de disponer incluidas en cláusulas testamentarias por las que el testador instituye heredero en usufructo vitalicio a una persona sin atribución coetánea de la nuda propiedad a nadie. En estos casos, el testador no designa al mismo tiempo al usufructuario y al nudo o nudos propietarios correlativos, sino plenos propietarios a partir de la muerte de dicho usufructuario.

Estos supuestos suelen formularse de la siguiente manera: "Instituyo heredera en usufructo a mi hermana pasando el pleno dominio a su muerte a los hijos que ésta tenga entonces"; o "Instituyo heredera usufructuaria a mi esposa, y a su muerte serán herederos en pleno dominio mis hermanos A y A".

A veces, al lado de este tipo de cláusulas, se prohíbe disponer de determinados bienes. Un ejemplo bastante clarificador es el caso de la RDGR de 23 de julio de 1924. "X. lega a su sobrino F. en usufructo vitalicio 75.000 ptas.; y lega al mismo F. también en usufructo vitalicio una casa. La propiedad de ambos la lega a los hijos legítimos de F. —por partes iguales a todos ellos, lo mismo a los que existan cuando la testadora fallezca que a los nacidos después—, ya que la voluntad de la testadora era que todos los hijos legítimos de F. participaran de dicho beneficio. Asimismo prohíbe expresamente la venta y pignoración de esos valores y casa durante la vida del usufructuario, y sólo cuando éste fallezca podrán disponer sus hijos del legado en pleno y absoluto dominio".

---

(71) Las distintas sentencias y resoluciones son comentadas posteriormente al analizar los problemas concretos que plantean.

Entre otros casos, se pueden citar las RDGR de 15-1-1952 y 1-2-1952. En la primera de éstas, el testador instituyó herederas en usufructo vitalicio a sus tres hijas con la prohibición de enajenar y gravar mientras vivieran dos de ellas, pues sólo podría hacer uso de tales facultades aquella que, por sobrevivir a las demás, fuese heredera en pleno dominio.

En la última de las citadas resoluciones, el testador dispuso la siguiente cláusula respecto de determinados bienes: "El usufructo de estos bienes se lo adjudica a su hijo J., padre de los nietos, a quienes les lega la nuda propiedad, cuyo usufructo durará toda la vida de éste su hijo, recayendo al fallecimiento del mismo, o sea la plena propiedad entre sus hijos, nietos del testador a quienes les adjudica la nuda propiedad. Es condición de la adjudicación de estos bienes que no se podrán gravar, ni vender hasta que los nietos lleguen todos a la mayor edad".

La cuestión fundamental en este tipo de cláusulas no es tanto la prohibición como la disposición de un derecho real limitativo del dominio, el usufructo, sin una atribución coetánea a alguien de la nuda propiedad (72) (73).

De entender que en estos supuestos existe sustitución fideicomisaria, sin prohibición de disponer añadida, no existirá problema en su régimen jurídico, pues será aplicable el de éstas. Para aquellos que entiendan, como expresan las STS 4-2-1970 y 4-12-1975 que el usufructo no requiere la nuda propiedad coetánea, de no existir expresa prohibición

(72) Vid. LACRUZ BERDEJO, *Elementos V*, ob.cit. p. 346 a 348.

(73) GONZÁLEZ PALOMINO (*Diagnóstico y tratamiento del pseudo usufructo testamentario*, AAMN, t. II, p. 450 y ss. y *Enajenación de bienes pseudo-usufructuados*, AAMN, t. V, p. 830 y ss.), entiende que "al no existir en ellas disposición actual de nuda propiedad, cuya existencia es necesaria para que se de el usufructo, y los llamados al pleno dominio son de momento desconocidos y pueden ser nondum concepti en el momento de abrirse la sucesión, no hay más remedio, si se quiere respetar la voluntad del testador, que entender que tales cláusulas llevan implícita una sustitución fideicomisaria".

Hoy es opinión generalizada que la calificación de las cláusulas de disposición del usufructo depende sobre todo de la voluntad del testador, y por tanto es cuestión de interpretación.

Según LACRUZ BERDEJO (*Elementos V*, cit. p. 346 a 348) "parece probable que si viven ya el usufructuario y quienes tras su muerte son instituidos nudos propietarios, la atribución de usufructo sea mero legado de un derecho real limitado, y no asignación de la herencia a un fiduciario.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema IV*, cit., p. 517) señalan que "si la atribución de los usufructos va acompañada de una atribución del pleno dominio a otras personas a la muerte del usufructuario, y esas personas viven al abrirse la sucesión del causante, sin estar condicionada su adquisición, no hay necesidad de pensar en una sustitución fideicomisaria. Estamos ante llamamientos al usufructo y a la plena propiedad, éste aplazado simplemente. Por tanto, desde la muerte del testador, hay usufructo con nudas propiedades coetáneas".

En cambio es general opinar de manera distinta cuando se instituye en nuda propiedad a personas futuras, pareciendo más viable la sustitución fideicomisaria. Vid. por todos DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*ibidem*).

de disponer el usufructuario sólo podrá disponer de lo que tiene, su derecho de usufructo. Si en ambos supuestos existe expresa prohibición de disponer, seguirá ésta su régimen jurídico propio.

#### IV. CONCEPTO Y REQUISITOS DE VALIDEZ DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Es general entender por prohibición de disponer la privación o restricción del poder de disposición que lleva anejo un derecho subjetivo y que impide que éste pueda ser enajenado, gravado o de otro modo ser objeto de disposición, con mayor o menor amplitud o sin llenar determinados requisitos (74).

Como vimos en páginas anteriores, las prohibiciones de disponer impuestas en testamento se admiten por nuestro Código civil en el art. 785.2. Dicho precepto hace alusión únicamente al límite temporal de su eficacia, remitiéndose al art. 781 del mismo cuerpo legal (75).

En virtud de lo anterior, para que sea válida una prohibición de disponer, no puede ser perpétua y siendo temporal, deberá cumplir lo previsto por el art. 781 C.c. (76) (77).

Literalmente el art. 785.2 no exige ningún otro requisito de validez de las prohibiciones de disponer. Sin embargo, históricamente, desde el famoso fragmento de Marciano en el Corpus (D.30,114,14) que imperó en el ius commune y fue recogido por la Ley de Partidas (5,5,44), siempre se exigió que el establecimiento de prohibiciones de disponer respondiese a una causa razonable.

Gregorio López, al comentar esta ley, se refiere a Baldo y a la Glosa, pues mantienen la innecesidad de expresar la causa de la prohi-

(74) Vid. ROCA SASTRE, ob. cit. p. 702.

(75) En el Derecho alemán, el §137 del BGB dispone: "La facultad de disposición sobre un derecho enajenable no puede ser excluida ni limitada por negocio jurídico. La eficacia de una obligación de no disponer de un derecho semejante no es afectada por esta disposición". Se distingue así el ámbito obligacional de la eficacia real. Vid. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts.*, Tomo II, Das Rechtsgeschäft. Berlín, Heidelberg, New York 1979, 3.<sup>a</sup> ed. §17.7, pp. 362 y ss. Vid. LARENZ, *Derecho civil*, Parte General, Madrid 1978, pp. 435 y ss. y pp. 647 y ss. V. concretamente el estudio de la prohibición de disponer como aseguramiento jurídico-real junto a la anotación preventiva por JURGEN JOHLER, *Das Verfüngsverbot gemäß §938 Abs. 2 ZPO im Liegenschaftsrecht München 1984*. Se admiten, sin embargo, las sustituciones fideicomisarias como veremos.

En el Derecho italiano el art. 1379 del Codice civile dispone que "La prohibición de enajenar establecida por contrato tiene efecto sólo entre las partes y no es válida si no está constituida entre convenientes límites de tiempo y no responde a un apreciable interés de una de las partes". Vid. para la sustitución fideicomisaria el art. 692 del Codice civile. Vid. para la donación art. 795 del mismo cuerpo legal. Vid. GALGANO, *Diritto Privato*, Padova, 1988, pp. 311 y ss.

(76) Vid. en este sentido la STS de 4-11-1975.

(77) Vid. art. 117 Comp. Cataluña; y ley 481 Comp. Navarra.

bición de disponer, “porque atendida la calidad de la cosa ya se presumía que el testador se propuso quedara en poder de la familia, y habiendo podido mover al testador una sola causa se tiene ella por expresa, de suerte que si la causa se deja comprender por la intención del testador, se tendrá por expresa. Gregorio López dice que se requiere la expresión de causa cuando la prohibición es en provecho de la persona cuya libertad se coarta; pero no, si tiene por objeto una persona distinta que deberá suceder en la cosa.

La Compilación de Derecho Civil de Cataluña, que regula de forma mucho más amplia esta materia, dispone que su art. 117.1 que “la prohibición o limitación de disponer sólo será eficaz si es temporal y responde a una razón lícita o al designio de beneficiar o tutelar a alguien, aunque sea al afectado por la prohibición; en caso contrario constituirá mera recomendación.

Si la prohibición o limitación de disponer se hubieren impuesto para que los bienes hagan tránsito a otra persona, se considerará establecida sustitución fideicomisaria.

La prohibición o limitación de disponer no podrá exceder de los límites que se establecen para la sustitución fideicomisaria.

Las prohibiciones o limitaciones de disponer implicarán un cercenamiento de la facultad dispositiva de los bienes, salvo que sea otra la voluntad del testador. Si la prohibición estuviere condicionada a la autorización de una persona, se estará a lo dispuesto en el párrafo segundo, número 1, del artículo 211” (78).

La Ley 481 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra señala que “la prohibición de disponer establecida en actos a título lucrativo inter vivos o mortis causa, a favor de personas determinadas o determinables dentro de los límites del párrafo segundo de la Ley 224, tiene siempre eficacia real y será inscribible en el Registro”.

Como se puede observar, nuestro Código Civil en esta materia, no se puede comparar con nuestra tradición que, sin embargo, ha sido recogida en nuestras Compilaciones Forales.

A pesar del silencio del Código, parte de nuestra doctrina entiende que es necesaria causa razonable para la validez de la prohibición impuesta (79). En este sentido Roca Sastre (80), señala: “La facultad de disponer de los derechos subjetivos es algo consustancial en la mayoría de ellos, de suerte que la prohibición de disponer de los mismos es en principio inadmisible, como si fuese contra natura”. Y en función de ello observa que “parece lógico que el valor jurídico de la prohibición

(78) Vid. ROCA TRIAS. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XXVIII-1, Madrid 1982, pp. 283 y ss.

(79) Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit. p. 715; LACRUZ, *Elementos*, III-1, Barcelona 1979, p. 194; ALBALADEJO, *Derecho civil*, Barcelona 1989, pp. 289 y ss.; MONTES PENADES. *El modo testamentario...*, cit. p. 324; MOXO, *Propiedad limitada...*, cit. p. 38.

(80) Ob. cit. p. 715.

de disponer se halle supeditado a una causa motivadora, justa y no caprichosa, en la que se apoye o funde. Sólo en ese caso puede reconocérsele eficacia jurídica; en otro supuesto ha de considerarse a la prohibición de disponer como un mero ruego carente de valor jurídico, un nudum praceptum, una simple recomendación” (81).

Nos parece indudable que el fundamento de la prohibición de disponer debe radicar en una causa razonable o interés digno de protección (82). Ello, por múltiples razones.

En principio, no se debe olvidar que nuestro Ordenamiento Jurídico no ha considerado en ningún momento el recorte a la libre disposición como un interés protegible, más bien todo lo contrario. Todo lo que implique una negación del poder de disposición consustancial al derecho de propiedad, y a principios como la libre circulación de los bienes, se mira con reservas. En este sentido no es fácil mantener que cualquier sujeto, aunque sea en un acto a título gratuito, pueda limitar hasta el punto de negar, aun cuando sea de forma temporal, la facultad de disposición de una forma abstracta, por qué sí, sin un motivo razonable o algún interés para alguien (83). A ello añadir la posible inembargabilidad de los bienes y la consiguiente frustración de los intereses de los acreedores.

Por otra parte habría que pensar que de existir una prohibición de este tipo, y en el supuesto de incumplimiento, ¿quién tendría acción para exigir su cumplimiento?

En la práctica se han planteado bastantes supuestos en torno a este tema, si bien en la mayoría de los casos era aplicable el Derecho de Cataluña. El Tribunal Supremo ha examinado esta cuestión en las STS de 6-2-1884; 12-1-1907; 25-6-1945. En las dos primeras, el Tribunal Supremo declara la nulidad de la prohibición por falta de causa.

En la STS de 25-6-1945 manifestó en uno de sus Considerandos que “si los pactos de no enajenar, concebidos en términos absolutos, deben reputarse, en general, inadmisibles —principio formulado en la antigua

(81) En contra SANZ, *Instituciones II*, p. 463, MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las obligaciones de no vender y las prohibiciones de disponer*, RDP 1964-I, p. 89 y ss., especialmente p. 103 y 104. Señala este último autor que “no pesaba en el ánimo de los redactores del Código civil ni tampoco en los civilistas más cercanos, la inclusión dentro de la materia referente a prohibiciones de disponer del elemento causal que había exigido la legislación tradicional española, y así estas limitaciones han llegado hasta nosotros en un sitio no demasiado confortable y mutiladas en sus requisitos, por lo que hay que mantener que con arreglo al sistema de nuestro Código civil las prohibiciones de disponer no requieren para su validez la expresión de una causa.

(82) V. LASARTE ALVAREZ, *La fundamentación causal de las prohibiciones testamentarias de disponer*, La Ley, 1983-1, pp. 1122 y ss. y allí doctrina citada.

(83) En este sentido dice DE BUEN (*Notas a Colin-Capitant*, Madrid 1984, p. 291) que “si la prohibición de enajenar no estuviera fundada en un interés legítimo, sería contraria al espíritu informador de nuestra legislación, según el cual el dominio debe ser en principio libre y sus restricciones han de estar fundadas en motivos razonables”.

máxima ‘pactum de non alienando res propiam non valet’, inspirada en diversos textos del Corpus Iuris Civilis—, no así cuando tales pactos obedecen a un interés digno de protección, criterio éste que se refleja en la Ley 44, título 5.<sup>o</sup> de la Partida 5.<sup>o</sup>, la cual al establecer la ineficacia de las prohibiciones de enajenar impuestas en testamento, reconoce, sin embargo, su validez cuando obedezcan a “razón guisada”, señalando por vía de ejemplo, casos en que se estimaba admisible la prohibición; y, dado el texto del art. 1.255 del Código civil, deben reputarse válidas en nuestro Derecho vigente las cláusulas de inalienabilidad de bienes determinados, convenidas en contemplación a un interés legítimo...” (84).

La Dirección General de los Registros se ocupó de esto en RDGR de 15-1-1918; 20-12-1929; 11-3-1932; 14-10-1932; 21-4-1949; 1-2-1952, entre otras.

La RDGR de 20-12-1929, en un supuesto en que existía una prohibición de disponer impuesta por un testador a su hija “durante la vida de su esposo”, entendió que “para decidir si el moderno ordenamiento civil niega a la voluntad así expresada su incondicional apoyo, y en atención a que las prohibiciones de disponer no son verdaderos derechos reales cuya inscripción perjudique a los terceros adquirentes, sino restricciones impuestas por persona capacitada para ello, que limitan las facultades de un titular sin atribución del correlativo derecho a otras personas, debe examinarse la solución jurídica adoptada por el Derecho romano o, mejor dicho, los resultados a que ha conducido la evolución de la doctrina que ha concluido por imponerse en Cataluña y ha recibido la sanción del Tribunal Supremo” (85).

Sin embargo, la RDGR de 23-3-1926, en un caso en el que a una persona se le había legado un bien con la condición de no poderlo enajenar durante su vida, entendió en uno de sus Considerando que “es innegable que el núm. 2 del art. 785 C.c. solamente declara nulas las disposiciones que contengan prohibición perpétua de enajenar o la temporal, fuera del límite señalado en el art. 781 y de un modo implícito, admite las que se refieren a la vida del heredero o legatario, sin otorgar a la expresión de la causa el valor decisivo que en la doctrina anterior tenía”.

(84) No se puede fundamentar la admisión de prohibiciones de disponer con base en el art. 1255 C.c. Efectivamente las partes podrán establecer los pactos cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, pero dichos pactos, es de todos sabido, vincularán efectivamente a las partes. El problema de las prohibiciones de disponer es su eficacia frente a terceros en la medida en que se produzca su incumplimiento, pues inter partes constituyendo una obligación, su incumplimiento derivará en indemnización de daños y perjuicios, no afectando a los terceros que contrataron con el que se hallaba sometido a dicho pacto.

(85) Señala ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., p. 734, nota 1, que aunque esta Resolución recayó en materia de Derecho civil especial de Cataluña, su tono es suficientemente general para atribuirle valor general a toda España.

Díez-Picazo (86), si bien con respecto a la sustitución fideicomisaria, observa que “no cabe duda que la regulación de la Compilación de Cataluña es, en esta materia, mucho más completa, y mucho más ordenada que la de nuestro Código civil. Los fideicomisos y las sustituciones fideicomisarias tienen en Cataluña una tradición histórica y una aplicación práctica muy superior a la que se poseen en el resto de los Derechos peninsulares. Por ello, no parece que sea aventurado sostener que muy bien puede la Compilación, aun siendo un Derecho especial, servir de pauta para integrar las lagunas del Derecho Común”.

Lo expresado por este autor, respecto a la sustitución fideicomisaria, es extensible, sin duda alguna, al supuesto de las prohibiciones de disponer.

En el Ordenamiento francés, el sistema que admite las prohibiciones de disponer establecidas en donaciones y legados, se exige a este tipo de disposiciones que tengan una duración temporal y exista un interés digno de protección (87).

La ley de 3 de julio de 1971 admitió en el Derecho francés las prohibiciones de disponer en actos gratuitos, solución que ya venía manteniéndose por la jurisprudencia de este país desde la segunda mitad del siglo XIX. Con posterioridad a esta ley el art. 900.1 del Code dispone que las cláusulas de inalienabilidad que afecten a bienes donados o legados son válidas si son temporales y justificadas por un interés serio y legítimo (88).

Las prohibiciones de disponer al suponer un obstáculo a la libre circulación de los bienes, es evidente que para su validez deben responder a un interés legítimo.

En conclusión, puede decirse que admitidas en nuestro Derecho las prohibiciones de disponer en actos a título gratuito, deben responder a un interés legítimo o causa razonable y tener el límite temporal exigido. Las prohibiciones de disponer que no cumplan estos requisitos deben ser nulas y considerarse no puestas (89). En este sentido señala Roca Trías (90) que en el caso de que el testador incumpla con los requisitos

(86) *Posibilidad de enajenar bienes sometidos a sustitución fideicomisaria*, en Dictámenes jurídicos. Madrid 1981, p. 413 y 414.

(87) Vid. WEILL-TERRE-SIMLER, *Droit civil. Les Biens*. París, 1985, pp. 114 y ss. MARTY-RAYNAUD, *Droit civil. Les Biens*, París 1980, pp. 66 y ss. LARROUMET, *Droit civil. Les Biens. Droits Reels Principaux*, París 1988, pp. 209 y ss. Con anterioridad vid. COLIN-CAPITANT, *Curso Elemental de Derecho civil*, Anot. De Buen, T. II, vol. 2, Madrid 1984, pp. 188 y ss.

(88) Hoy, la Jurisprudencia francesa exige las mismas condiciones en cláusulas de este tipo establecidas en actos a título oneroso. Vid. WEILL-TERRE-SIMLER, ob. cit. p. 118.

(89) Señala MONTES, ob. cit. p. 326 que “cuando una prohibición de enajenar no reúne los requisitos de validez, es simplemente nula, y no se convierte en una obligación de no enajenar”.

(90) *Fundamentos de Derecho civil de Cataluña* de PUIG FERRIOL/ROCA TRÍAS, cit. p. 140.

de temporalidad en el sentido de perpetuidad y no exista razón ilícita y de acuerdo con el art. 117-1 de la Compilación de Cataluña “la disposición no es válida como tal, convirtiéndose en mera recomendación, lo que equivale a privarla de toda eficacia vinculante, dado que el heredero o legatario gravado no tiene por qué seguir la voluntad del testador. La disposición no es nula ni se considera como no puesta; subsiste, aunque con una característica distinta y, consiguientemente, sin eficacia vinculante” (91).

## V. EL PODER DE DISPOSICION EN EL ITER TRANSMISIVO DE LA PROPIEDAD

Si la finalidad de nuestro trabajo es llegar a entender la función que cumple la prohibición de disponer eficaz, pretendiendo con ello conocer las consecuencias de su incumplimiento y partiendo de que la prohibición supone un cercenamiento del poder de disposición, es imprescindible analizar en qué momento del iter transmisivo de la propiedad es necesaria la libre disposición de los bienes.

La propiedad en nuestro Derecho se transmite en virtud de ciertos contratos mediante la tradición —arts. 609 y 1.095 C.c.—. Para que las partes puedan celebrar válidamente un contrato es imprescindible que puedan obligarse; sin embargo, para producir la alteración patrimonial es necesaria la libre disposición de los bienes. En virtud del art. 1160 C.c. no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla.

Como es sabido, en nuestro ordenamiento el sistema de las adquisiciones derivativas inter vivos está regido por el principio de la causalidad (92), contrato más traditio, siendo el primero justa causa de la segunda. Señala Pantaleón (93) “La concorde voluntad de las partes de adquirir y transmitir en abstracto, o carece de una tal eficacia traslativa por falta de una iusta causa, o no es sino un añadido inútil al acuerdo de voluntades ya consumado, constituyente del negocio causal de que se trate. Para que una transmisión patrimonial se produzca es preciso un negocio jurídico verdadero y válido, legalmente bastante para transferir el derecho, real o de crédito, objeto de la misma; pero no hace falta ningún negocio jurídico más”.

En nuestro Derecho, por tanto, no se puede identificar el título con el supuesto de hecho de la adquisición del derecho. Como dice Mi-

(91) La misma autora, ibidem, señala que para el supuesto en que excedan los límites establecidos en el art. 180, la prohibición no es eficaz, sino en lo que excede de los límites marcados en esta disposición, subsistiendo en lo demás.

(92) Vid. DE CASTRO, *Negocio jurídico*, ob. cit. p. 296 y ss.

(93) *La cesión de créditos*, ADC 1988, pp. 1033 y ss. p. 1037.

guel (94) "con arreglo a la tradición del Derecho común recogida por nuestros autores, el título concurre con unos u otros hechos a integrar dos distintos supuestos de adquisición fundamentalmente: la efectuada por tradición y la efectuada por usucapión".

En el supuesto de adquisición de la propiedad por tradición, el complejo supuesto de hecho está formado por el contrato, traditio y titularidad del transmitente siendo necesaria, para la validez del contrato, la capacidad para obligarse en los contratantes y, para la validez de la traditio la libre disposición de los bienes, derivada de la titularidad del transmitente.

## 1. Contrato de compraventa y transmisión del dominio

En el caso de la compraventa, es claro que la propiedad se trasmitirá mediante la traditio, siendo la venta iusta causa traditionis. Esto es indudable incluso para Vila Ramos que recientemente cuestiona el carácter absoluto de la regla del art. 609, título y modo, proclamando la abstracción del sistema español, y por tanto construyendo una traditio cuya eficacia viene determinada por la concorde voluntad de las partes de adquirir y transmitir (95) (96).

En sede de compraventa y en virtud del art. 1457 C.c., es necesario para celebrar válidamente este contrato que los contratantes puedan obligarse, y en ningún momento contractual es necesaria la titularidad del transmitente ni por tanto la libre disposición de los bienes. En nuestro Derecho el contrato de compraventa produce únicamente obligaciones, es decir, por si sólo no transmite la propiedad. Partiendo de la necesidad de la propiedad en el transmitente, lo que es claro es que en nuestro ordenamiento la venta no transmite la propiedad "por si sola". Dice Miquel (97): "la propiedad se transmite mediante la tradición a consecuencia de la venta (art. 609), por lo que la propiedad del transmitente la exige la tradición y no la venta". En este sentido el poder de disposición que deriva de la titularidad del transmitente lo exige la tradición y no la venta.

Para una concepción causal (98), la causa de la traditio es un nego-

(94) MIQUEL GONZÁLEZ, José M.: *La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1979, p. 349 y ss.

(95) Vid. VILA RAMOS, *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del Código civil español*, Barcelona 1989, p. 11 y p. 146 y ss.; vid. BADOSA COLL, *Justo título*, Enciclopedia Seix, t. XIV, pp. 660-712.

(96) Vid. VILA RAMOS, p. 170. Para esta autora lo dicho en el texto es avalado por el art. 1901 del C.c.

(97) Comentario a la STS de 5-5-1983, Cuadernos Civitas, n.º 3, pp. 719 y ss. V. también Comentario al art. 609 y al art. 397, en *Comentario al Código civil*, Ministerio de Justicia, en prensa.

(98) Desde el texto de PAULO: "nunquam nuda traditio transfert dominium sed ita

cio jurídico antecedente o simultáneo que justifica la transmisión del dominio (99). Así existe una íntima conexión entre el negocio jurídico precedente y la traditio de tal forma que las irregularidades que afecten al negocio arrastrarán también a la traditio.

Sin embargo, desde una concepción abstracta de la traditio, justa causa sería la común voluntad de adquirir y transmitir, y no un negocio obligatorio antecedente, lo que significaría que podría ser eficaz la traditio aun en la irregularidad del negocio antecedente (100).

En virtud de todo lo anterior, en nuestro ordenamiento podemos hablar al mismo tiempo de validez contractual e ineficacia real. En este sentido, subraya Miguel (101), aunque refiriéndose al caso de venta de cosa ajena: “no es cierto lo que a veces se dice sobre la venta de cosa ajena: —es válida pero ineficaz—. Es válida y eficaz; ahora bien, eficaz para los efectos que produce por sí sola que son los obligacionales. De ahí no deriva, sin embargo, que la venta no tenga trascendencia para los efectos reales. Lo que sucede es que aquí su papel es concurrente con otros requisitos y que integra un supuesto de hecho de esos efectos reales diferente según que el transmitiente sea o no propietario”.

En este sentido, como veremos más adelante, la venta realizada infringiendo una prohibición de disponer voluntaria no es nula como en alguna ocasión han mantenido algunos de nuestros autores y nuestra jurisprudencia; el contrato es válido puesto que para contratar no hace falta tener la libre disposición de los bienes, al igual que en el caso de venta de cosa ajena (102) no hace falta ser propietario sino únicamente tener capacidad para obligarse. Será ineficaz el complejo supuesto de hecho al no tener el tradens la libre disposición de los bienes en el momento de la traditio traslativa del dominio (103).

si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit propter quam traditio sequeretur”. D. 41, 1, 31, Pr.

(99) Vid. URSICINO ALVAREZ, *El problema de la causa de la tradición*, Madrid, 1945.

(100) Vid. HECK, *El negocio jurídico real abstracto*, RCDI 1965, pp. 1443 y ss.; SERRANO SERRANO, *Iusta causa traditionis*, RCDI 1934, pp. 495 y ss.; 678 y ss.; 721 y ss.; 801 y ss.; 883 y ss.; RCDI 1935, pp. 17 y ss.; 81 y ss.; 161 y ss.; 241 y ss.; y 321 y ss.; vid. DE LOS MOZOS, *Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español*, ADC 1971, pp. 1027 y ss. y *La doctrina de F.C. von SAVIGNY en torno a la transmisión del dominio*, RGLJ 1967-II, p. 72 y ss.

(101) Comentario a la STS de 5-mayo-1983, ob. cit. p. 724.

(102) Vid. Comentarios a la STS 4-3-1988 por JORDANO FRAGA, ADC 1989, p. 1349 y por RODRÍGUEZ MORATA, CCJC 16, p. 163 y ss. y CCJC 19, p. 73 y ss.

(103) Señala MIQUEL, José M., *La posesión de bienes muebles*, ob. cit. p. 355-356, que “la falta de propiedad del transmitente no es un vicio del título... Me parece que lo válido debe ser eficaz”, aclarando en nota 13: “me refiero a los efectos que el título por si solo pueda producir. Si es que los efectos dependen de otros elementos del supuesto de hecho, la falta de efectos no se reconduce al título”.

En toda esta materia, además, se debe actuar con precaución a la hora de hacer traslaciones de otros ordenamientos al nuestro, pues las diferencias son fundamentales. En los Derechos francés e italiano la transmisión del dominio se opera por el solo consentimiento de las partes sin necesidad de traditio. En estos el título, por el principio consensualista de la transmisión, sí produce por sí solo los efectos trascendentales (104).

Necesariamente, por ejemplo, los autores italianos (105) han de distinguir entre validez y eficacia del negocio jurídico porque en su sistema el título por sí sólo transmite la propiedad, debiendo entonces distinguir en él, la validez como tal acto y la producción de efectos, pero todo ello en el título que produce la transmisión, por supuesto, debemos aclarar, con independencia de la titularidad del transmisor.

En este sentido dice Mengoni (106) respecto de la venta que “cuando están completos los elementos de la *fattispecie* del art. 1470, esto es, el consentimiento, legítimamente manifestado por los sujetos capaces de hacer, sobre la cosa y sobre el precio, por una causa lícita, el acto de disposición es perfectamente válido, esto es idóneo a la transmisión de la propiedad, mas no por ello sólo es también eficaz. Del art. 1478 se deduce que, para la realización de la modificación del derecho, es necesaria la presencia de un ulterior elemento extraño a la estructura de la venta, más con esta concurrencia a formar la *fattispecie* compleja de la transmisión: tal elemento consiste, normalmente en la titularidad del derecho por parte del disponente”.

En nuestro sistema, las cosas suceden de otra manera. En el título no se puede distinguir entre validez y eficacia porque efectivamente lo que es válido es eficaz y a la inversa lo que es eficaz es válido (107), pero refiriéndonos únicamente al título que por sí solo no transmite el dominio. Cuestión distinta es que el título sea válido “o” eficaz en cuanto a tal título y, sin embargo, no se produzca la transmisión de la propiedad en nuestro caso, o en general los efectos, porque el supuesto de hecho no esté completo por falta de los requisitos, titularidad en el transmisor y poder de disposición, necesarios en el momento de la tradición.

(104) El art. 711 del C.c. francés dice: “La propriété des biens s’acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l’effect des obligations”, vid. también el art. 1.138 del mismo cuerpo legal.

La misma idea la expresa el C.c. italiano en su art. 922 y el art. 1376 manifiesta: “Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato”.

(105) Vid. MONACCIANI, *Azione o legittimazione*, Milano 1951, p. 111.

(106) Gli Acquisti <a non domino>, Milano 1949, p. 17.

(107) V. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos II*, cit. p. 676 y ss.; V. también del mismo autor *La tradición...*, cit. p. 565 y ss.

tio. Entonces podremos hablar de validez y eficacia, pero de dos momentos distintos en el complejo supuesto de hecho: validez o eficacia del título y validez o eficacia real de la traditio.

La comparación también es difícil respecto del Derecho alemán. En él la adquisición derivativa de la propiedad de bienes inmuebles mediante la transmisión de una propiedad anteriormente existente, se realiza en virtud de negocio jurídico seguido de inscripción (§873,925) (108).

En el ordenamiento jurídico alemán se distinguen el negocio obligacional y el negocio con efecto jurídico-real, desligándose uno de otro, y siendo abstracto el acuerdo traslativo.

A diferencia por tanto de nuestro Derecho las irregularidades del negocio traslativo no afectan al negocio dispositivo (109).

Al mismo tiempo, hecha la distinción entre negocio obligatorio y dispositivo, el primero exige en el sujeto capacidad para obligarse mientras que el segundo requiere no sólo la capacidad de obrar sino también el poder de disposición.

Entre nuestros autores, Villavicencio (110), entiende que este principio se proyecta también en nuestro sistema civil.

Observa este autor que “En virtud del art. 1.457 C.c., para celebrar el contrato —obligatorio: art. 1.445 C.c. de compraventa, es necesario que los contratantes puedan obligarse. Pero, para producir la alteración patrimonial —manifestada en la adquisición de la otra parte mediante la tradición: arts. 609, 1.095 C.c.—, es necesaria la persistencia de la capacidad y además un elemento nuevo antes no exigido: la facultad para disponer libremente de la cosa. Así se deduce de la racional interpretación del art. 1.160 del C.c. El pago de una obligación de dar cosa no fungible —al menos— es en nuestro Derecho un verdadero negocio dispositivo. Son las dos vertientes del hecho de la entrega que, entre otras cosas, explican el mecanismo de la consignación: vertiente solutoria y vertiente dispositiva”.

(108) En virtud del §873 BGB: Para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho y para la transmisión o el gravamen de éste es necesario el acuerdo (Einigung) del titular y de la otra parte acerca de la producción de la modificación jurídica y la inscripción de dicha modificación jurídica en el registro inmobiliario salvo que la ley prescriba otra cosa.

El §925 establece que el acuerdo para la transmisión de la propiedad de una finca, entre enajenante y adquirente, necesario a tenor del §873 (Auflassung) tiene que declararse en presencia de ambas partes y ante una autoridad competente.

(109) Vid. entre otros LARENZ, *Derecho civil, parte general*, Jaén 1978, pp. 433 a 444; WOLFF en *Enneccerus Kipp, Wolff, Tratado de Derecho civil, derecho de cosas*, tomo III-1, Barcelona 1971, §38, pp. 223 y ss.

(110) Ob. cit. p. 1025 y ss.

Es indudable que para celebrar un contrato únicamente es necesaria la capacidad de las partes para obligarse, el contrato sólo produce obligaciones entre las partes que lo otorgan (111). Y tampoco dudamos que para producir la alteración patrimonial es necesario otro requisito completamente distinto de la capacidad para obligarse, el poder de disposición que siendo innecesario en el contrato se requiere en el momento de la traditio (112).

No obstante, en virtud del art. 1.160 C.c., la capacidad para obligarse es necesaria en ambos momentos, obligatorio y traslativo, con independencia de que la traditio no requiera en nuestro Derecho un acuerdo real abstracto (113).

Villavicencio parte además del contrato de compraventa, e inmediatamente entiende después la traditio como un pago (art. 1.160 C.c.). Esta afirmación debe matizarse. En el supuesto de la compraventa, y dentro del sistema de nuestro Código civil, la obligación del vendedor no es la

(111) Ello es evidente conforme al art. 1254 C.c. Ahora bien, si los efectos del contrato se amplían a la constitución de derechos reales, por ejemplo la hipoteca, entonces la cuestión es distinta. (V. art. 1857 II, C.c.).

(112) Vid. DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Actos de disposición sobre bienes gananciales*, Libro Homenaje a VALLET DE GOITISOLO, Madrid 1988, concretamente pp. 199 y ss.; vid. GIMÉNEZ DUART, "La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge" AAMN XXVIII, pp. 235 y ss.; GIMÉNEZ DUART en torno a la afección inicial de todos los bienes señala que "El otro cónyuge puede entrar en el negocio de atribución patrimonial de tres formas diferentes: a) Cocontratando (entrada in obligatione)..., b) Asintiendo la atribución (entrada in attributione)... La diferencia estructural entre este caso y el anterior estriba en que en aquél el cónyuge ha consentido el negocio por entero, el título y el modo, el contrato y el desplazamiento del bien, mientras que en este segundo caso el consentimiento se limita al modo, atribución o desplazamiento".

DE LA CÁMARA, en su crítica a GIMÉNEZ DUART, manifiesta que "la tradición no es más que un requisito complementario, indispensable para que la propiedad se transmita pero que de suyo no agota el supuesto de hecho traslativo... Es en el contrato donde radica el centro de gravedad de la transmisión y en el que se manifiesta la voluntad de transferir y así lo corrobora que el C.c. sólo se ocupe de la tradición al regular el contrato traslativo por excelencia, es decir, la compraventa, y como simple cumplimiento de la obligación de entrega que pesa sobre el vendedor. De ahí se infiere, pienso, que en la compraventa y en los contratos traslativos en general, hay algo más que un puro negocio obligacional porque, normalmente, incorpora también el *animus transferendi et accipiendo dominii* aunque la disposición sólo se consume cuando la tradición, en cualquiera de sus diversas variantes, haya tenido lugar".

Sin llegar a decir que la traditio sea un negocio real abstracto, estamos convencidos de que, en la sistemática del C.c., no es en el contrato donde radica el centro de gravedad de la transmisión. Otra cuestión es que en la práctica se incorpore en el contrato el acuerdo traslativo pero ambas son cosas distintas. No debemos olvidar que la titularidad del transmitente o el poder de disposición no lo exige la venta sino la entrega.

(113) Cfr. PANTALEÓN, *Cesión de créditos*, cit. p. 1037: "La tradición, necesaria como regla en nuestro Derecho para la adquisición derivativa inter vivos de la propiedad y demás derechos reales, no es sólo que no pueda ser considerada un contrato o acuerdo real abstracto, sino que, sencillamente, no tiene en modo alguno carácter negocial".

de transmitir la propiedad (114), sino la de poner la cosa en poder y posesión del comprador. Por ello, en el marco del art. 1.160 C.c., no entendemos la traditio como un pago de una obligación de transmitir la propiedad. El cumplimiento de esta obligación de entrega en la compraventa no exige el poder de disposición. Por ello la obligación de que trata el art. 1.160 es una obligación distinta de la que nace del contrato típico de compraventa del Código civil. La obligación a que se refiere dicho precepto puede explicarse como obligación asumida implícita o explícitamente por el vendedor y que será lo normal pero no es la típica.

## 2. El pago en el art. 1160 del Código civil

Por pago se entiende generalmente, todo acto de realización o de ejecución de una prestación debida en virtud de una relación obligatoria. El pago tiene dos aspectos. En primer lugar es un acto de cumplimiento del deber jurídico (deuda) que pesa sobre el deudor. Como consecuencia de ello el pago es la manera que tiene el deudor de liberarse de la obligación (solutio) (115) (116).

Díez-Picazo (117) partiendo de la idea de acto debido señala que “toda tradición, toda transmisión derivativa de la propiedad viene siempre a ejecutarse como consecuencia de un negocio anterior, sea este un negocio causal o abstracto... La tradición se encontraría así siempre entre los actos de ejecución de un negocio anterior y sería según esta idea, un acto de cumplimiento, un acto solutorio o un pago. Esta idea que configura la tradición como un pago tiene también algún apoyo en la letra de nuestro C.c., donde el problema de la libre disposición de la cosa y de la capacidad para enajenar, como requisito de la tradición, está contemplado por el art. 1160”.

En el marco del sistema romano de obligaciones explica D'Ors (118)

(114) V. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit. p. 675.

(115) Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos* I, cit. p. 621 y ss.

(116) Vid. en esta materia BERCOVITZ, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, com. art. 1160, tomo XVI-1, Madrid 1980, p. 50 y ss.; LACRUZ, *Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad*, Temis, núm. 2; CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid 1986; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pago y transmisión de propiedad* (el art. 1160 del Código civil), Madrid 1990.

(117) “*La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español*, ADC 1966, p. 555 y ss.; Vid. también FERRINI, *Manuales di Pandette*, 4.<sup>a</sup> ed. por Gross, Milán 1953, p. 303 y ss.

(118) *Elementos de Derecho Privado Romano*, 1960, p. 279. Lo recuerda José M.<sup>a</sup> MIQUEL en su trabajo inédito *El art. 1160 del Código civil español; sus principales problemas de interpretación*.

que la obligación del vendedor no es una obligación de “dare” sino de “facere” (119) (120) (121).

En este sentido señala Miquel (122): “Así aparece claro que es un error suponer que en las obligaciones con prestación de entrega (en general) de una cosa, la entrega se identifique con la *solutio*. Es claro que la entrega de una cosa *ex causa venditionis* no es una *solutio*, porque el vendedor no queda liberado y además la *solutio* funciona como causa de la tradición y título de la usucapión”.

Ya en nuestro Código civil Albaladejo (123) concluye que “al definir el contrato el art. 1445 sólo habla de entrega sin exigir transmisión de dominio” y que “el art. 1461 sólo obliga al vendedor a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta. Le obliga a entregar y, en tanto y en cuanto debió entregar, le obliga a sanear. Si sobre el vendedor pesa un deber, entregar, y no lo cumple, responderá de ese incumplimiento. Y si no hay tal responsabilidad es evidente que el deber no existió”.

En puridad de conceptos tendríamos por una parte que en virtud del art. 1445 por el contrato de compraventa uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella. Que en virtud del art. 1461 C.c. el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta. Por tanto, el vendedor mediante el contrato no se obliga a transmitir la propiedad sino a entregar. No es una obligación de resultado pero sí de medios, en el sentido de poner todos los medios a su alcance conforme a la buena fe para transmi-

(119) “*Credere* es certum dare, dare es hacer propietario a otra persona mediante un acto personal, que no ha de ser necesariamente un *tradere*, pues el entregar es un “hacer y no un dar”. Este dar cosa cierta que constituye el *creditum* no es un dar definitivo, sino temporal, un dar con restitución debida: un prestar. El que recibe en préstamo una propiedad ajena queda obligado a restituir. La obligación crediticia sancionada por la *condictio* es, por tanto, una obligación de dar una cosa cierta que se recibió (*certum dare optere*). Cuando el deudor hace que el acreedor recupere la propiedad prestada, él queda liberado de su obligación. *Solvere* es, así, “dar” al acreedor lo que se le debe; sólo el que hace propietario al acreedor queda liberado de su obligación. Esta *solutio* procede del acto de nexi liberatio del derecho arcaico, pero aquí ya no es el deudor el que es *solutus*, por un acto del acreedor que cobra, sino que es el mismo deudor quien *solvit* y soluta es la *res credita* que se restituye”. D’ORS, ob. cit., p. 276.

(120) Señala MAX KASER, *Derecho Romano Privado*, ed. Reus, Madrid 1968, p. 158 que “el vendedor de una cosa no está obligado en principio a transferir la propiedad de la cosa al comprador y sí solamente a transferirle la posesión de la misma libre de toda facultad de intervención en ella fáctica o jurídica, en favor del vendedor mismo o de un tercero. Así mismo el vendedor deberá mantener al comprador en la tranquila posesión y pacífico disfrute de la cosa”.

(121) Vid. JOAN MIQUEL, *Lecciones de Derecho Romano*, Barcelona 1984. Concretamente en cuanto a la compraventa en Roma, vid. pp. 283 y ss.

(122) *El art. 1160 C.c...*

(123) *La propiedad en la compraventa*, en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona 1955, pp. 145 y ss.

tir la propiedad, esto es, para entregar, y la entrega si es traslativa del dominio (124).

Con todo, si el pago, en el sentido primero, es liberarse y el vendedor no está obligado a transmitir habrá cumplido la obligación de entrega aunque no sea propietario o no tenga la libre disposición. Pero habrá cumplido parcialmente pues continúa obligado a mantener al comprador en la posesión pacífica de la cosa, y en este sentido no queda liberado de todas sus obligaciones.

Es distinto el supuesto en que el vendedor asegure ser propietario porque entonces se entiende implícitamente que responde de esta cualidad. Si existe una prohibición de disponer, el vendedor responderá por incumplimiento de la obligación implícitamente asumida de transmitir el dominio. Si a pesar de la existencia de la prohibición de disponer, y por lo tanto, sin facultad para ello, nos obligamos en virtud de la compraventa a transmitir la propiedad, el contrato será válido aunque la entrega no transferirá el dominio. Pero al habernos obligado a transmitir existirá incumplimiento de la obligación surgida del contrato. Sin perjuicio de todo ello, el comprador podrá impugnar el contrato por dolo si el vendedor le ha hecho creer que su poder de disposición no tenía limitaciones.

En nuestro caso, existiendo prohibición de disponer eficaz, el contrato sería válido pues, como venimos repitiendo, no es necesario para obligarse ni ser propietario ni tener la libre disposición de la cosa. Si entendemos que la entrega es un pago, al no tener el poder de disposición y conforme al art. 1160 C.c., sería ineficaz. Y en cualquier caso el vendedor continuará obligado a mantener al comprador en la posesión pacífica de la cosa, por lo que debemos preguntarnos si en tal supuesto el comprador deberá esperar a la evicción.

## VI. EL INCUMPLIMIENTO DE LA PROHIBICION DE DISPONER EFICAZ

El estudio de las consecuencias del incumplimiento de la prohibición de disponer exige contemplar varias relaciones entre varios sujetos. Los sujetos son: el que incumple la prohibición realizando la venta; el beneficiado por la prohibición; y por último el tercero que contrata con aquél que infringe la prohibición.

En primer lugar, nos ocupamos de la relación entre el que incumple la prohibición y el beneficiado por la misma. Posteriormente estudiare-

---

(124) Es explicativa la ley 567 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra: "Por el contrato de compraventa, el vendedor se obliga a entregar la libre posesión de la cosa vendida; queda igualmente obligado a hacer todo lo posible para que el comprador adquiera la propiedad sobre la misma. Asimismo se obliga el vendedor al saneamiento por evicción y vicios ocultos, salvo que las partes hubieren pactado lo contrario".

mos la relación entre vendedor sin poder de disposición y comprador. Al hilo de ambas nos fijaremos en la relación entre beneficiado por la prohibición y tercero.

### **1. Relación existente entre el que infringe la prohibición y el beneficiado por la misma**

Cuando las prohibiciones de disponer se utilizan para reforzar supuestos de sustituciones fideicomisarias, vimos con anterioridad, que la relación entre fiduciario y fideicomisario no ofrece mayor problema, que el propio de esta institución. El fideicomisario siempre podrá accionar contra el fiduciario en el caso de que éste lesione el derecho de aquél, y ello únicamente en virtud del fideicomiso. Si además existe prohibición de disponer que supone un cercenamiento absoluto del poder de disposición y por tanto de mayor entidad que la propia sustitución fideicomisaria, el fideicomisario siempre podrá impugnar la transmisión realizada por el fiduciario (125).

Distinta regulación subyace en las prohibiciones de disponer puras, es decir, aquellas que no se utilizan para reforzar la vinculación propia de otra institución.

En ellas hay que distinguir fundamentalmente la existencia de un beneficiado por la misma. Aquellas prohibiciones de disponer que se imponen por el testador o donante sin ningún tipo de beneficio para nadie, de ningún modo deben ser objeto de protección por nuestro Ordenamiento Jurídico.

Como venimos repitiendo a lo largo del presente trabajo, la libre circulación de los bienes es un principio de orden público económico fundamental en nuestro Derecho. En materia de prohibiciones de disponer se enfrentan, por así decirlo, de un lado y en materia testamentaria, la voluntad del testador y, tanto en testamentos como en donaciones, la causa gratuita soporte causal de la transmisión, frente al principio de la libre circulación de los bienes.

Si el legislador, fundamentalmente en sede de testamentos, legitima la posibilidad de cercenar el poder de disposición en el derecho de propiedad, debe necesariamente existir un interés digno de protección para que el Ordenamiento sancione de alguna manera el incumplimiento de esta disposición.

Las prohibiciones de disponer se imponen normalmente en favor de determinados sujetos que así son los beneficiados por la prohibición.

El beneficiado por una prohibición puede ser el propio sujeto sometido a ella, como en los supuestos contemplados por las STS

---

(125) Vid. STS 27-9-1930; 5-4-1934; 4-3-1952; 9-7-1957; 19-10-1962; 13-6-1979 y las RDGR 11-3-1932; 23-6-1936; 10-3-1944; 15-1-1952; 1-2-1952; 22-6-1943; 21-4-1949; 5-9-1974.

12-1-1907; 24-5-1926; 1-3-1932 y las RDGR 23-3-1926; 20-12-1929; 14-10-1932; 28-3-1944 y 18-1-1963. Puede ser un tercero como en los casos contemplados por la STS 6-2-1884 y las RDGR 18-4-1952; 15-1-1972; 10-10-1972 y 22-2-1989. E incluso existe algún caso en que el beneficiado puede ser el mismo sujeto que impone la prohibición. Esto sólo sucederá en el caso de prohibiciones de disponer impuestas en donación, pues el mismo donante puede ser el beneficiado por dicha prohibición como en el supuesto contemplado por la RDGR 23-10-1980.

### *1.1. Supuestos en los que el beneficiado por la prohibición es el mismo sujeto sometido a ella*

En estos casos es evidente que si es el propio beneficiado por la prohibición el que dispone, no podrá impugnar dicha disposición en contra del negocio jurídico realizado, alegando su propio incumplimiento de la prohibición (126) (127). A pesar de que se afirme que el negocio jurídico contrario a la prohibición es nulo de pleno derecho, de lo que derivaría una legitimación para cualquiera incluido el propio vendedor, la distinción entre contrato obligatorio y acto dispositivo (tradición) permite mantener la validez del primero y afirmar la ineficacia del segundo.

En estos supuestos hay que hacer distintos matices. En primer lugar, puede suceder que el testador o donante regule el posible incumplimiento de la prohibición. Aquí estaríamos más bien ante supuestos de condiciones resolutorias si el causante por ejemplo ordenase que en caso de disponer pasasen los bienes a otra persona o si el donante condiciona el incumplimiento como causa de revocación de la donación.

Con independencia de ésto, es fundamental delimitar los supuestos en los que existan otros herederos o bien ejecutores testamentarios, de aquellos otros en que ésto no ocurra.

En este sentido, es interesante la RDGR de 14 de octubre de 1932. El testador instituyó herederos universales y albaceas a un matrimonio con la condición de que durante treinta años no vendiesen las fincas que integraban la herencia. Los herederos solicitan la inscripción de los bienes libres de tal prohibición. El registrador niega la inscripción dicien-

(126) Vid. STS 1-3-1932, comentada en p. 120 del presente trabajo.

(127) V. STS 13-3-1920, explicada por DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, Barcelona 1963, pp. 335-336. En el caso de esta sentencia el mismo enajenante invocaba la prohibición de enajenar. Señala DÍEZ-PICAZO, "la imposibilidad en que la demandante se encontraba para impugnar la enajenación realizada por su causante en contra de una prohibición de disponer, guarda una relación muy escasa con la regla que impide venir contra los propios actos. Se trata más bien: a) de una invocación de la propia irregularidad ("allegatio propriæ turpitudinis"; referencia al art. 1306 C.c.) y b) de que la acción de impugnación por haberse infringido una prohibición de disponer no corresponde al enajenante, sino a las personas que en cada caso sean beneficiarias de la prohibición.

do “que si bien las escrituras particionales o de manifestación de herencia, acompañadas del testamento correspondiente, constituyen un título inscribible con arreglo al art. 3 de la LH, por crear un estado de derecho nacido del cumplimiento dado a la voluntad del testador, no es menos cierto que, según la doctrina del Tribunal Supremo y de esta misma Dirección no es lícito apartarse de ellas del sentido literal de las disposiciones testamentarias, ya que, en efecto, así deben entenderse éstas si no aparece que fue otra la voluntad del testador; que aún en el supuesto de que alguna cláusula adolezca de falta de claridad, en tanto las partes interesadas no la impugnen en el correspondiente juicio declarativo y en mérito de ésta sea revisada, ha de surtir efectos legales, no pudiendo mientras tanto, inscribirse en el Registro derechos que aparecen confusos y oscuros”. La Dirección confirma el auto apelado.

En este caso los herederos deberían acudir a la vía ordinaria e impugnar la prohibición, evidentemente por falta de causa. Con independencia de ello, nos preguntamos si ante la falta de otros herederos y siendo ellos mismos albaceas, en el caso, por ejemplo, de que vendieran: ¿quién estaría legitimado para impugnar dicha transmisión? Se reduciría la cuestión a la relación comprador-vendedor que trataremos seguidamente.

Por otra parte, es posible que el comprador quede satisfecho manteniendo su adquisición, en el caso de que no haya ningún beneficiado por la prohibición, aun cuando no pueda inscribir dicha adquisición en el Registro de la Propiedad por impedírselo la prohibición, en tanto no se obtenga la declaración de nulidad o ineficacia de la misma. Una prohibición cuyos efectos no puede reclamar nadie por no existir beneficiado alguno, hay que entender que es ineficaz y, por tanto, se puede obtener la declaración de su nulidad, pero en tanto esto no suceda, la inscripción está bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 III LH) y por tanto impide el acceso al Registro de enajenaciones contrarias a ella.

Así nos encontraríamos ante otra vía que fomentaría el desacuerdo entre realidad registral-extraregistral. Pero desde otro ángulo se podría observar que la prohibición de disponer sin beneficiado alguno no impide la libre circulación de los bienes aunque sea al margen del Registro de la Propiedad.

En todos aquellos casos en que existan otros herederos o bien ejecutores de la voluntad del causante a ellos corresponderá ejercitar la acción de impugnación de la transmisión (128).

La contravención de la prohibición tiene como sanción la nulidad

---

(128) En Francia señalan WEILL-TERRE-SIMLER, ob. cit. p. 122-123, que la nulidad está construida sobre el tipo de una acción de nulidad relativa pudiendo ser susceptible de confirmación y no pudiendo ser invocada más que por la persona en cuyo interés se estableció la prohibición. Si la cláusula se ha dispuesto en interés del enajenante o de un tercero, estos pueden accionar. Cuando se trata de proteger al donatario, según una opinión se le reconocería la acción de nulidad pero se le negaría entonces al donante.

de la transmisión, por lo que el bien enajenado, debe entenderse, no ha salido del patrimonio del enajenante. En este sentido se debe admitir que si el testador no señaló cuál era la sanción de dicho incumplimiento se debe respetar su voluntad y ésta en principio es que el heredero sea el propietario del bien aunque no pueda disponer de él.

Es por otra parte improbable el supuesto en que el testador imponga, a los herederos, la prohibición de disponer inter vivos y mortis causa y no señale persona alguna que reciba los bienes en segundo lugar. No hemos encontrado ningún caso. Normalmente se impone la prohibición de disponer inter vivos y en el caso de que sea mortis causa se establece sustitución fideicomisaria.

En materia de donaciones es curioso el supuesto contemplado por la STS de 24 de mayo de 1926, ya comentada en otro lugar (129). Los donantes disponen que el donatario “teniendo hijos podrá disponer libremente y no teniéndolos, tan sólo podrá disponer de 5.333 ptas.”. El donatario fallece, sin descendencia y con posterioridad a los donantes, dejando sus bienes a su esposa. La hermana del donatario ejercitó la acción pidiendo que los bienes al fallecer su hermano sin descendencia volviesen a la línea de la que procedían.

Salvo voluntad contraria del donante o testador, debe entenderse que los actos de disposición mortis causa no están incluidos en la prohibición de disponer (130). Debe pensarse que el efecto sucesorio es inevitable, el testador señala la concreta y específica dirección de la sucesión, no la sucesión misma (131). Efectivamente si el testador pretende que los bienes hagan tránsito tendrá que establecer una sustitución fideicomisaria, si no dice nada debe entenderse que lo que prohíbe es precisamente la disposición inter vivos.

## *1.2. Supuestos en los que el beneficiado por la prohibición es el mismo sujeto que la impone*

Sólo nos encontraremos este tipo de supuestos en los casos de prohibiciones impuestas en donaciones. Este fue el caso contemplado por la RDGR de 23 de octubre de 1980. La donante prohíbe enajenar o gravar la finca, objeto de la donación, durante su vida sin su consentimiento, reservándose además el usufructo vitalicio (132).

En estos supuestos el acto de disposición llevado a cabo por el donatario sin el consentimiento del donante es claramente nulo. Será el donante el que pueda impugnar la transmisión realizada por el donatario

(129) Vid. p. 42 del presente trabajo.

(130) Vid. en este sentido PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, ob. cit., p. 143.

(131) V. IRTI, *Disposizione testamentaria rimesa all'arbitrio altrui*; Milán 1967, pp. 17-19.

(132) Vid. comentario de esta RDGR en p. 160 del presente trabajo.

sin su consentimiento. Las consecuencias del incumplimiento de la prohibición de disponer serán distintas dependiendo de la regulación que el propio donante establezca para dicho incumplimiento. Si el donante señala, como sanción del incumplimiento de la prohibición, la revocación de la donación misma, el objeto sobre el que ésta recaiga retornará al patrimonio del donante. Aquí es necesario subrayar que, el bien retornará al patrimonio del donante no como consecuencia del incumplimiento de la prohibición de disponer, sino como efecto de la condición resolutoria. Si el donante no señaló ninguna consecuencia del incumplimiento de la prohibición, a modo de condición resolutoria, sino que sencillamente impuso la prohibición, el bien volverá al patrimonio del donatario pero no al del donante.

### 1.3. *Supuestos en los que el beneficiado por la prohibición es un tercero*

En ocasiones el beneficio suele consistir en el cobro de una pensión. Por ejemplo en el caso contemplado por la RDGR de 18 de abril de 1952 la causante lega unas fincas con la prohibición de venderlas durante cuarenta años, estando sujetas, las fincas, durante el citado término al pago de una pensión anual a las Hermanas de la Caridad de la ciudad.

En estos casos lo que parece existir, en realidad, es un censo temporal (133), lo que nos conduciría a cuestionar la admisión de esta figura. A parte de los supuestos de cargas reales típicas a las que el Código civil se refiere (censos, foros, superficie y gravámenes semejantes a la enfiteusis), pueden cabrer otras al amparo del numerus apertus de los derechos reales. El Código civil hace referencia a otros tipos de créditos o rentas reales que no son census como en los casos, entre otros, de los arts. 336 y 355 III (134). Estas cargas atípicas si recaen sobre bienes inmuebles tienen la consideración de inmuebles (arts. 336 y 334.10 C.c.). Puede ocurrir, como es el supuesto recogido por el art. 336 C.c., que la pensión sea hereditaria afectando a determinada familia, en cuyo caso, en virtud del art. 785.3 C.c. se aplicará el límite del segundo grado.

Podemos comprobar que nuestro Código Civil contempla expresamente en su artículo 336 la renta vitalicia como carga real (135) (136). Sin embargo, la D.G.R.N. a pesar de acoger en sus decisiones la doctrina del numeros apertus es curioso que niegue constantemente la posibilidad de establecer rentas vitalicias como carga real sobre inmuebles determinados.

De admitir la renta vitalicia como derecho real, que sería el caso de

(133) Admitido por nuestro Código civil el censo vitalicio, se debe afirmar la admisión del censo temporal.

(134) V. en este sentido PEÑA, *Derechos reales*, cit., pp. 311 y 312.

(135) V. en el mismo sentido PEÑA, *ibidem*.

(136) V. art. 336 de la Compilación de Cataluña.

la citada Resolución, precisamente el beneficio consistiría en la facultad de obtener del titular del bien gravado una renta, pensión o prestaciones, cualquiera que fuese el titular del dominio. Nos parece que esto debe ser así, lo que nos conduce a pensar en lo innecesario de la prohibición que gravaría excesivamente al sujeto sometido a ella sin ninguna consecuencia práctica, pues si lo que se intenta proteger en estos casos es al beneficiado por la prohibición, éste se halla plenamente satisfecho y garantizado con la renta vitalicia configurada como carga real.

Otras veces el testador impone la prohibición en consideración a alguna persona determinada, que en estos casos no tiene por qué ser el mismo sometido a ella. En estos casos el testador pretende que el bien no salga del patrimonio hasta que se cumplan determinadas circunstancias.

En el supuesto de la RDGR de 22 de febrero de 1989, impone el testador la condición de que la finca no podrá ser enajenada en forma alguna por su heredera, su nieta, hasta el fallecimiento de su hijo, padre de la heredera, ni aún por éste mismo, y si su hijo falleciera tampoco podrá ser enajenada hasta que su nieta cumpla veintiún años (137).

En estos casos el beneficiado por la prohibición podrá impugnar la transmisión realizada y asimismo podrá hacerlo el ejecutor testamentario.

## 2. Relación existente entre el vendedor-comprador

El problema que nos planteamos se centra en la compraventa realizada por el heredero o donatario, sujetos a la prohibición de disponer impuesta por el testador o donante, con un tercero, infringiendo, por tanto, la prohibición.

Lo primero que debemos plantear es el momento de eficacia de la prohibición de disponer. Como vimos en su lugar, la prohibición de disponer es un cercenamiento de la facultad de disponer, temporal y con causa suficiente.

La doctrina comúnmente seguida suele señalar que, aunque no se puede negar el influjo que la Ley Hipotecaria ejerció en la doctrina del título y el modo, este influjo no ha llegado nunca a modificar las reglas del Derecho sustantivo (138). De acuerdo con esta línea creemos que los derechos reales, salvo excepciones como la hipoteca, se constituyen, modifican y extinguen fuera del Registro de la Propiedad. En este sentido las prohibiciones de disponer serán eficaces con independencia del Registro de la Propiedad, su validez y eficacia será previa a su publicidad registral. Por tanto, con independencia de su inscripción, en virtud

(137) V. comentario a esta Resolución en p. 164 del presente trabajo.

(138) V. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos II*, cit., p. 679.

de la prohibición, si el sujeto sometido a ella vende, sin facultad de disponer, no habrá transmitido la propiedad.

Con arreglo a lo anterior, existen supuestos de testamentos o donaciones en los que el testador o donante imponen una prohibición de disponer sin existir, bien la inmatriculación de la finca o bien la inscripción del título (donación o testamento). En ellos el acto realizado incumpliendo la prohibición no transmitirá el dominio.

Un paso más allá podríamos dar si estando inmatriculada la finca e inscrito el título (donación o testamento) no ocurre lo mismo con la prohibición. Esto nos llevaría a preguntarnos si la protección de dispensa el Registro a los terceros adquirentes se otorga con las condiciones del art. 32 Lh o del art. 34 de la misma Ley (139).

Ambos supuestos pueden plantearse de manera distinta si se acepta que las prohibiciones de disponer con posible eficacia real requieren la inscripción constitutiva en el Registro de la Propiedad. A favor de esta postura se pueden dar varios argumentos: en primer lugar, las prohibiciones de disponer no tienen ningún tipo de publicidad posesoria, por lo que no cabe otra que la publicidad registral; en segundo lugar, las prohibiciones de disponer son contrarias a la libre circulación de los bienes, por lo que deben someterse a los requisitos más exigentes de publicidad; y en tercer lugar, se debe tener en cuenta que el art. 785.2 es la única regla que hace referencia directa a las prohibiciones de disponer y sólo para limitarlas, mientras que el art. 26 LH, y aunque aquí el argumento sea puramente literal, no contradice al Código civil cuando señala que las prohibiciones de disponer o enajenar “*se harán constar*” en el Registro de la Propiedad y “*producirán efecto*” con arreglo a las siguientes normas (140).

De admitir la inscripción constitutiva para la eficacia real de las prohibiciones de disponer, obtendríamos dos regímenes jurídicos distintos de las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título gratuito. Aquellas prohibiciones de disponer no inscritas, únicamente originarán un vínculo obligacional, de manera que la infracción de la prohibición dará lugar a indemnización de daños y perjuicios pero el acto realizado será válido. El régimen jurídico de éstas se equipararía al de las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título oneroso. De otra par-

---

(139) Partimos de un concepto unitario de tercero hipotecario con PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1986, pp. 591 y ss. vid. allí la polémica (art. 32-34 LH).

(140) En este sentido señala DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos II*, cit., p. 715): “Cuando la prohibición de disponer recae sobre bienes inmuebles, para ser eficaz y oponible frente a terceros es menester que aparezca inscrita en el Registro por virtud del juego de los cardinales principios de fe pública. Nuestra LH ha regulado por ello la inscribibilidad de las prohibiciones de disponer y lo ha hecho en sentido restrictivo. De esta suerte, las prohibiciones de disponer no inscribibles y las inscribibles pero no inscritas quedan derogadas a la categoría de obligaciones negativas con efectos inter partes”.

te, aquellas prohibiciones de disponer inscritas en el Registro de la Propiedad tendrán eficacia real, eficacia originada por la inscripción y el acto realizado incumpliendo la misma será nulo en su vertiente traslativa.

La admisión de este punto de vista daría lugar a una mejor solución práctica. Es de todos sabido la importancia de la publicidad en la constitución y en la transferencia de los derechos reales, en especial cuando recaen sobre bienes inmuebles. Precisamente la mayor o menor seguridad del tráfico está en función de la publicidad. El desarrollo de la circulación de la riqueza y el fomento del crédito territorial, objetivos de índole económica deseables están en función de la seguridad del tráfico. Precisamente en materia de prohibiciones de disponer que como hemos dicho no tienen ningún tipo de publicidad posesoria, no cabe otra que la publicidad registral.

Desde el aspecto declarativo de la inscripción existente en nuestro Ordenamiento, para la creación, modificación y extinción de los derechos reales, salvo excepciones, las prohibiciones de disponer impuestas en actos a título gratuito serían eficaces con independencia de su inscripción. El acto realizado incumpliendo la prohibición será nulo en su aspecto traslativo.

De cara a los terceros, es evidente que la prohibición de disponer no inscrita no les afecta cuando dichos terceros estén protegidos por la fe pública registral, que serán mantenidos en su adquisición.

Este fue el caso contemplado por la STS de 9-7-1957. El testador, padre de la demandante y del difunto marido de la demandada otorgó testamento en el que prelegó a su hijo una finca de la que no podría disponer libremente mientras no contrajese legítimo matrimonio, no tuviese del mismo uno o más hijos y no hubiese cumplido veinticinco años. Instituyó heredero universal también a su hijo y para el caso de que éste premuriese al testador o sobreviviéndole falleciera sin hijos de legítimo matrimonio le sustituyó por una hija (demandante). El hijo del testador falleció sin hijos e instituyó en su testamento heredera universal a su esposa (demandada). Posteriormente, la demandada, inscrito ya su derecho, vendió la finca a un tercero que a su vez también inscribió. La demandante solicita la nulidad de las dos inscripciones y reivindica la finca. Se oponen a la demanda la demandada y el tercero.

El TS en sus considerandos señala que "el demandado recurrente está plenamente comprendido en los supuestos de ese artículo para que se le mantenga en su adquisición, aunque después de ella se anule el derecho de quien le transmitió la finca, pues ha inscrito su derecho en el Registro, la adquirió de buena fe, que se presume según el párrafo segundo del art. 34 LH, y nadie le ha discutido a título de compra y, por tanto, oneroso y de persona que aparecía de la inscripción vigente a la sazón que podía transmitirla, ya que no se menciona en él que estuviera la finca sujeta a limitación ninguna que impidiera a la titular de ella su

libre disposición, y esta inscripción surtía efectos contra terceros aunque no habían transcurrido dos años de la muerte de su causante porque estaba comprendida en la excepción del art. 28 LH “que la sentencia recurrida al pronunciarse sobre la finca y su actual propietario no ha tenido en cuenta que la limitación para disponer que implica el fideicomiso no puede producir el efecto que éste pretende contra el comprador, pues para esto era indispensable que constara en el Registro de la Propiedad de acuerdo con el art. 13.1 LH, y al no aparecer así, según el art. 37.1 LH, no se da contra ese tercer poseedor la acción formulada en la existencia de fideicomiso que esgrime la actora”. En función de lo anterior “la actora no tiene acción para exigir la resolución de la venta de la finca”. Por último, la primitiva demandante no hace petición alguna subsidiaria para el caso en que la resolución no tenga lugar (141).

A pesar de lo anterior, es claro que en el supuesto de prohibición no inscrita, si el tercero conocía la inexactitud registral, destruida la presunción, no se hallaría protegido por el art. 34 LH y no siendo tercero hipotecario no adquiriría el dominio.

El problema tendría consecuencias completamente distintas, si como dijimos anteriormente, considerásemos constitutiva la inscripción en esta materia. Si la prohibición no está inscrita ninguna consecuencia tendría frente a terceros, pues en ese caso la prohibición únicamente originaría un vínculo obligacional que no afectaría en ningún caso al comprador del bien sobre el que recaía la prohibición (142).

Si la prohibición de disponer está inscrita, el comprador no consolidará su adquisición no por el hecho de que esté inscrita, sino porque no será tercer hipotecario, pues para serlo tiene que inscribir su derecho, y como veremos en la mayoría de los casos el registrador, ante una prohibición de disponer en el título anterior, no inscribe.

En el plano de los derechos reales, para la adquisición de la propiedad, la buena o mala fe del vendedor no tiene importancia, si la tiene, sin embargo, la buena o mala fe del comprador (143).

(141) Siendo el supuesto contemplado por la sentencia una sustitución fideicomisaria, siempre podrán surgir los mecanismos propios de la institución por actos del fiduciario lesivos para el fideicomisario.

(142) Nos aproximaremos a la regulación existente en el Derecho alemán, por lo menos en aquellos casos en que la prohibición no estuviese inscrita, por lo que frente a terceros no tendría eficacia alguna, pudiendo tener, eso sí, valor obligacional. Como vimos, en el sistema alemán no se admite, en virtud de negocio jurídico, la limitación o exclusión de la facultad de disponer. No obstante se origina un vínculo obligacional. De esta manera la disposición que infrinja una prohibición será válida, aunque podrá dar lugar a indemnización. (V. entre otros, LARENZ, ob. cit., p. 436, y ENNECCERUS, en ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho civil, parte general II, primera parte*, Barcelona 1981, p. 57 y ss.). Vid. SOERGEL, BGB Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil §1-240. 11.neubearbeitete Auflage; Kohlhammer 1978, v. §137, pp. 651 y ss. Vid. Staudinger BGB 12, Auflage §90-240, München 1980, v. §137, pp. 433 y ss. Vid. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band I, Allgemeiner Teil, Ludierhand 1987, v. §137, pp. 491 y ss.

(143) Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, *La buena fe y su concreción en el ámbito del Dere-*

Centrándonos en nuestro supuesto (prohibición de disponer inscrita), ¿qué sucede en el terreno obligacional?

En el plano obligacional cobra importancia la buena o mala fe del vendedor, y por supuesto, también la tiene la buena o mala fe del comprador.

Partimos de la base de que la inscripción no establece una presunción iure et de iure, de que es por todos conocida (144), sin defensa alguna para el comprador, y menos en el supuesto de dolo del vendedor. Por otra parte, que la carga esté inscrita no significa que el vendedor irremediablemente debía conocerla, aunque este supuesto es mucho más difícil, hipotéticamente no se debe excluir.

El comprador no puede alegar simplemente el desconocimiento de la prohibición inscrita; el vendedor tampoco puede quedar completamente libre alegando solamente dicha inscripción.

En la práctica, cuando se realizan compraventas en la que el vendedor se hallaba sometido a prohibición de disponer, cuando el comprador pretende la inscripción, el registrador no inscribe. En el caso contemplado por la Dirección en la RDGR de 15-1-1952, tres titulares usufructuarias vitalicias de unas fincas con prohibición temporal de enajenar, las venden verbalmente al hijo de una de ellas, quien a su vez transmitió por escritura a su padre y al marido de otra usufructuaria, éstos pretenden la inscripción a su favor sin la indicada prohibición intentando la reanudación del trámite sucesivo.

Entre sus consideraciones señala la Dirección que: "el auto presidencial ha puesto de manifiesto la intención de los herederos de burlar las cláusulas testamentarias mediante una confabulación familiar; y en suma, si prospera la pretensión de los recurrentes se legitimaría un acto que presenta los caracteres técnicos de los realizados en fraude a la ley, y contra lo dispuesto en el art. 26 LH se privaría de eficacia a una prohibición de enajenar válidamente inscrita sin las garantías y solemnidades necesarias para tal fin" (145).

*cho civil*, cit. Señala el autor que "la buena fe llamada psicológica hace una valoración ética que la pretendida concepción ética de la buena fe, y por otra parte es la aceptada por el legislador en los arts. 433 y 1950 C.c. y en el art. 34 LH. Ni siquiera existen razones morales para modificar la valoración hecha por el legislador. En estos casos el juez debe limitarse, no destruida la presunción de buena fe, a la labor de subsunción".

(144) Vid. DE ANGEL YAGÜEZ, *Algunas consideraciones en torno al artículo 1.483 del Código civil*, RCDI 1971-II, pp. 1.345 y ss.

(145) Vid. también la RDGR de 10-3-1944. En un supuesto de sustitución fideicomisaria en Cataluña, la fiduciaria con consentimiento de los posibles fideicomisarios realiza una compraventa. El registrador niega la inscripción. La Dirección considera que "aparte del fiduciario han intervenido en la venta —representados por su madre— los fideicomisarios presuntos, nietos del testador, para transmitir sus respectivos derechos futuros, pero la concurrencia o el consentimiento de estos herederos no produce la transferencia total del derecho de propiedad, porque el testador ha llamado a los hijos que de su legítimo matrimonio tuviere el fiduciario, y queda siempre en pie, como defecto por

En el supuesto contemplado por la RDGR de 1-2-1952, la Dirección también niega la inscripción. Por escritura de compraventa, M, P y R como administradores con facultad de vender los bienes adjudicados por D. Luis a sus nietos, hijos de su hijo D. José vendieron a D. Marcos un caserío. Dicho caserío pertenecía en plena propiedad a los nietos de D. Luis quienes al morir su padre consolidaron el usufructo que éste tenía, con la nuda propiedad que les había sido legado por su abuelo, el que dispuso en su testamento que los bienes "no se podrían gravar ni vender hasta que los nietos lleguen todos a la mayor edad". Nombró administradores a R y P añadiendo que si por cualquier circunstancia fuese conveniente o necesario, a juicio de éstos venderlos podrían hacerlo con obligación de invertir su importe en valores seguros que quedarían sujetos a las mismas condiciones.

Entre sus considerandos argumenta la Dirección: "que admitido el poder dispositivo de los vendedores se privaría a los plenos propietarios actuales del caserío de facultades que son contenido normal de la propiedad según el Código civil, en contra de la orientación favorable a la libertad del dominio que preside nuestra legislación, y con la posibilidad de que sufran perjuicios los dueños por la enajenación efectuada, con el simple compromiso de invertir el precio en valores seguros, sin el consentimiento y quizás sin el conocimiento de titulares registrales con plena capacidad de obrar"; "que la interpretación teleológica de la prohibición de enajenar impuesta en el testamento y las circunstancias acreditadas en el expediente revelan la intención del testador de privar a su hijo de la disposición de los bienes, confiriéndole solamente el usufructo, acaso por estimar que no reunía condiciones necesarias para su recta administración y conservación; y que esta legítima finalidad puede ser protegida temporalmente por el ordenamiento jurídico, pero su alcance y efectividad han de apreciarse en relación con todas las cláusulas del testamento, ley de la sucesión, y hechos posteriores que no permiten concluir, como se hizo en la escritura calificada, que por ser menor uno de los cuatro nietos subsistan la administración y las excepcionales facultades dispositivas establecidas por el testador, en atención a la adjudicación de los bienes hecha en usufructo y nuda propiedad".

Nos parece evidente el acto excesivo por parte de los administradores, que desde luego no debieron acreditar la necesidad que exigía la disposición del testador. Tampoco nos parece muy oportuno por parte de la Dirección argumentar este tipo de supuestos fundándose en la orientación de nuestra legislación favorable a la libertad del dominio, pues en el caso de las prohibiciones de disponer únicamente lo dificultan.

---

ahora insubsanable, la posibilidad por nadie contradicha, de que nazcan otros hijos a quienes también alcance el llamamiento".

La posibilidad de enajenación en el fideicomiso catalán se admite (art. 196 Compilación de Cataluña). Es evidente en este supuesto la diferencia que existe entre la sustitución fideicomisaria y la prohibición de disponer.

En cualquier caso, estas resoluciones evidencian que, lógicamente, el registrador en estos supuestos sólo puede limitarse a inscribir o no, quedando la vía ordinaria abierta para enjuiciar la validez o no de la prohibición, la eficacia o ineficacia de la transmisión y la validez o no del contrato (146).

---

(146) Un supuesto similar es el contemplado por la RDGR 22-6-1943. La cuestión que se planteó ante la Dirección se debió a los siguientes hechos: Instituida una persona heredera en usufructo de la mitad de la herencia con la condición de que los bienes así adquiridos habrían de pasar en pleno dominio a los hijos que tuviere, cuando se calculara razonablemente pensando que por ley física o natural no habría de tener más sucesión. Ello con la limitación de que los hijos no adquirirían ni entrarían en posesión de su parte respectiva hasta el día en que el último de ellos alcanzare la mayor edad. Entre los bienes se encontraba una casa que posteriormente dicha persona vendió. Se plantea si es inscribible la compraventa efectuada.

La Dirección entre sus considerandos señala: "que en el testamento otorgado por don L. aparece instituida su hija como heredera usufructuaria en la mitad de la casa, con la siguiente ampliación: —cuando con el transcurso del tiempo se calculara, razonablemente pensando, que por ley física o natural, su citada hija no tuviera sucesión, los bienes que hubiera usufructuado con arreglo a la citada disposición, los adquirirían en pleno dominio y por iguales partes los hijos legítimos que a la sazón tuviere, con la sola limitación de que estos no adquirirían ni entrarían en posesión de su parte respectiva hasta el día en que el último de ellos cumpliera la mayor edad, a menos que antes de ocurrir este hecho, falleciese la doña S— y por mucha libertad que se dejase a la instituida para interpretar esta cláusula y provocar la adquisición del pleno dominio a favor de los hijos legítimos en un momento dado, no puede admitirse que por el solo hecho de haber quedado viuda, único dato en que se apoya la escritura que ni siquiera consigna la edad de la expresada señora, pueda estimarse que razonablemente pensando no ha de tener sucesión, por lo que resulta justificada la parte de la nota calificadora que, fundándose en la falta de previa inscripción a favor de los vendedores, deniega la inscripción de la venta en cuanto se refiere a la nuda propiedad", "que por lo tocante a la afirmación hecha en la misma nota sobre la falta de capacidad de los hijos de doña S., también ha de reconocerse la deficiencia del poder dispositivo de los mismos: Primero, porque en el testamento aludido consta con toda claridad la limitación de que los hijos llamados —no adquirirían ni entrarían en posesión de su parte respectiva hasta el día en que el último de ellos tuviese la mayor edad— y según consta en la escritura tres eran menores de edad cuando se realizó el otorgamiento; segundo, que, aún dando solamente un valor relativo a la contradicción implícita en la cláusula examinada que, por un lado, ordena, respecto de los bienes, que los hijos legítimos los adquirirán, e inmediatamente establece que no adquirirán, es indudable que, por lo menos, existe una prohibición de enajenar válida con arreglo al núm. 2 del art. 785 C.c., en su relación con el art. 781 del mismo Código, y tercero, porque la autorización judicial obtenida para llevar a cabo la enajenación podrá suplir la falta de capacidad de los menores, pero no la carencia de poder dispositivo para perfeccionar la transferencia de dominio desde el patrimonio de los mismos al del comprador"; "que la alegación del recurrente, relativa a que la enajenación del pleno dominio llevada a efecto, con autorización judicial, no altera las disposiciones testamentarias a que estaba afecto el inmueble, sino que se limita a transformar el objeto, sustituyendo éste por el precio, no se compadece con la doctrina reiteradamente sustentada por este Centro, según la cual las prohibiciones de enajenar impiden el ejercicio de las facultades que normalmente corresponden al titular, porque sin implicar propiamente una falta de capacidad jurídica oponen un veto al desenvolvimiento de las atribuciones concedidas usualmente al propietario; y si bien las prescripciones fundamentales del régimen hipotecario son refractarias

La doctrina en general entiende que el acto realizado infringiendo la prohibición es nulo (147). Sin embargo, como dice Lacruz (148): “la prohibición válida sustrae al gravado la facultad de disponer, de modo que sus actos de enajenación son, no nulos (puesto que pueden tener los requisitos del art. 1261 C.c.), sino ineficaces”.

En este sentido hay que entender que el acto sea nulo, es decir, no hay transmisión de la propiedad, pero igual que en el caso de venta de cosa ajena, el contrato es válido y eficaz (149).

Descartamos así la posible nulidad radical o absoluta de la compraventa realizada. De ser así, cualquier sujeto interesado estaría legitimado para pedir dicha nulidad.

La compraventa realizada por el que no puede disponer, al hallarse sujeto a la prohibición, no implica falta de causa en el contrato, que de existir sí determinaría la nulidad radical (arts. 1275; 6.3; 1261; 1300 y 1301 C.c.). Tampoco es nula por falta de objeto. Podría ser nula si el objeto no estuviese determinado, no existiese en el momento de celebrarse el contrato o fuese ilícito o extra commercium (arts. 1271-1273 C.c.). En este último caso la prohibición voluntaria de disponer no convierte el bien en res extra commercium, cuestión que en todo caso dependerá de una prohibición legal. En todos estos supuestos la venta sería nula, pero también lo sería si no existiese prohibición de disponer.

En la práctica se ha planteado el problema del incumplimiento de la prohibición de disponer por el vendedor en varias ocasiones. Entre otras la STS 1-3-1932 contempló el siguiente supuesto: D. Luis Grau dis-

a las prohibiciones de enajenar, que gravan la propiedad y entorpecen el comercio jurídico inmobiliario, corresponden por otra parte las limitaciones impuestas en testamento, a la previsión de los testadores, que han sido admitidas por nuestra legislación y reconocidas por este Centro directivo”; “finalmente, que para levantar esa prohibición de enajenar es insuficiente la autorización judicial obtenida al amparo del art. 164 C.c. como si se tratara de bienes que se hallan en el patrimonio de los menores, sin sujeción a limitaciones del poder dispositivo, y así se ha reconocido en múltiples ocasiones por este Centro directivo”.

Esta Dirección general ha acordado revocar el auto apelado y declarar que la escritura objeto de este recurso no se halla extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales.

(147) Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos II*, ob. cit., p. 713; ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, ob. cit., p. 296; CHICO y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. I, Madrid 1989, p. 500; MONTES PENADES, ob. cit., p. 323; ROCA TRÍAS, ob. cit., p. 289; EGUSQUZA, *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Barcelona, 1990, p. 61.

(148) *Elementos III-1*, ob. cit., p. 193.

(149) En el sistema francés, según WEILL-TERRE-SIMLER, ob. cit., p. 121, para algunos, las cláusulas de inalienabilidad establecen una incapacidad personal del donatario o legatario limitada a actos concretos sobre un bien determinada, pero este análisis tiene una objeción: incapacidad no puede ser creada por convención. Así la Jurisprudencia tiende a admitir aquí una verdadera *indisponibilidad real* del bien.

Respecto de la publicidad registral de las prohibiciones de disponer y su eficacia frente a terceros, vid. LARROUMET, ob. cit. p. 213 a 215.

Recordemos el sistema consensualista francés de transmisión de la propiedad.

puso en su testamento "Lego a mi hija Vicenta la casa que tengo en... y la prohíbo que enajene o hipoteque, pero podrá disponer de ella libremente para después de su muerte", e instituyó herederos a sus tres hijos quienes aceptaron la herencia y entregaron el legado. Posteriormente, en 1924, doña Vicenta por escritura pública vende para después de su muerte a uno de sus hermanos la casa legada. Fallecido éste, doña Vicenta interpone demanda en 1929 contra la esposa de su hermano en calidad de representante legal de la hija de ambos y contra ésta como heredera necesaria de su padre. La actora solicita que se declare la inexistencia del contrato de compraventa alegando fundamentalmente inducción a la venta por parte de su hermano y la infracción de la prohibición de disponer impuesta por su padre. El Juzgado de Primera Instancia declaró inexistente el contrato. La Audiencia Territorial de Barcelona revoca la sentencia de Instancia absolviendo a la demandada.

El Tribunal Supremo señala en sus Considerandos: "que el primer motivo del recurso, en que se invocan como infringidos los arts. 1271, 1275 y 1276 C.c. se funda sustancialmente en el supuesto de que el contrato de compraventa contenido en la escritura pública de 18-11-1924 es simulado y, por tanto, inexistente por falta de precio y por falsedad de la causa a fin de tratar de eludir la prohibición impuesta por el testador al ordenar el legado a favor de su hija...; más como la Sala sentenciadora al absolver de la demanda estimó en uso de su facultad soberana al apreciar las pruebas que hubo consentimiento no afectado por error, dolo o fraude, objeto cierto y determinado, y causa que por tratarse de un contrato oneroso es el precio por parte del vendedor... y por último, que no se había probado la supuesta simulación alegada, no combatiéndose esa apreciación de hechos en la forma que para casación exige el número séptimo del art. 1692 de la Procesal, es indudable que no existieron las infracciones legales aducidas y el supuesto del recurrente no puede prevalecer"; "que al invocarse por la parte recurrente la aplicación indebida del art. 1302 y la infracción del 1300 C.c., parte también del supuesto que el Tribunal a quo, confundiendo la inexistencia con la nulidad, aplicó indebidamente a aquélla la prescripción de cuatro años referente tan sólo a la nulidad por vicio en el consentimiento o en cualquier otro de los requisitos fundamentales, pero lejos de ser así la Sala de Instancia, distinguiendo perfectamente la inexistencia, esto es, la celebración de un contrato con carencia total de alguno o algunos de los requisitos esenciales, adoleció, no obstante, alguno de estos, de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley, estimó, al dictar su fallo absolutorio como antes se dijo, que el contrato de compraventa objeto de la litis no era inexistente por reunir los elementos esenciales para su validez, pero que caso de que la vendedora hubiese obrado con falta de capacidad civil o mejor de poder dispositivo tal como si tenía o no facultad para enajenar y si podría o no ir contra sus propios actos, ello no implicaría inexistencia y si una acción de nulidad que habría prescrito y como esas afirmaciones del Tribunal de instancia se ajustan a la sala doc-

trina jurídica y no existe la confusión alegada, es visto que el motivo no puede prosperar". El Tribunal Supremo declara no haber lugar a la casación.

En principio, se trata de un supuesto bien planteado en el sentido en que ya hemos visto. Una cuestión es la posible transmisión del bien por el sujeto sometido a prohibición, y otra es la posible validez del contrato, título de la transmisión.

En el caso de esta sentencia la vendedora, es claro, que no podía alegar su propia infracción de la prohibición alegando el principio de que nadie puede provocar la evicción si está obligado por ella. La nulidad radical del contrato parece que sí en función de la falta de alguno de los requisitos del art. 1261 C.c. Es en este sentido en el que la sentencia distingue entre nulidad radical y anulabilidad, correspondiendo el plazo de los cuatro años a esta última.

Sin embargo, hay que resaltar lo dicho por el Tribunal Supremo cuando señala, refiriéndose a la sentencia recurrida que "el contrato de compraventa objeto de la litis no era inexistente por reunir los elementos esenciales para su validez, pero que caso de que la vendedora hubiese obrado con *falta de capacidad civil o mejor de poder dispositivo tal como si tenía o no facultad para enajenar y si podría o no ir contra sus propios actos, ello no implicaría inexistencia y sí una acción de nulidad que habría prescrito* y como esas afirmaciones del Tribunal de instancia se ajustan a la sana doctrina jurídica y no existe la confusión alegada, es visto que el motivo no puede prosperar".

Si efectivamente el contrato de compraventa era válido, al reunir las condiciones de validez (art. 1261 C.c.), la actora, a no ser que alegara error, no puede impugnar el contrato y menos la prohibición en virtud de la doctrina de los actos propios.

También es de aclarar que la falta de poder dispositivo en la vendedora no engendraría en ningún caso una acción de nulidad (anulabilidad) que habría prescrito. Aquí el problema es diferente, se podría haber impugnado la *transmisión* pero evidentemente dicha impugnación no podía partir de la propia vendedora sino del beneficiado por la prohibición. En todos estos supuestos, cuando el beneficiado por la prohibición es el mismo sujeto al que se le ha prohibido disponer, sin ningún tipo de beneficio para nadie más, es muy difícil que prospere la acción, a no ser que en el caso de prohibición testamentaria exista un albacea o encargado de cumplir la voluntad del testador, como veremos.

Supuesto similar al anterior fue el contemplado por la STS 19-20-1962. D. Francisco V. otorgó testamento en 1880, por el que legaba una serie de bienes inmuebles a su hermano D. Ramón, con diversas obligaciones algunas extinguidas cuando se produjo la sucesión de este último y la de celebrar determinados sufragios por término de 100 años, añadiendo literalmente "en inteligencia de que los bienes indicados quedaran afectos por todo este tiempo a la mencionada carga y unidos a la casa natalicia del testador, sin poder dividirse en ese in-

terregno y solamente al transcurso de dicho plazo habrán de reputarse libres de aquel gravamen y divisibles entre los descendientes del heredero instituido”.

A su vez D. Ramón, padre de cuatro hijos, otorgó testamento en 1909 haciendo constar que en cumplimiento de la voluntad de D. Francisco y declarando que dado que estaba reducido a la condición de usufructuario, dejaba los bienes legados en usufructo a su esposa doña Lorenza y en nuda propiedad a su hijo D. José (demandado) añadiendo que a su muerte podrá éste elegir entre sus descendientes legítimos quien haya de sucederle si al fallecer no se ha cumplido el término a que está sometida la divisibilidad. De los hijos de D. Ramón habían fallecido tres, con independencia de D. José que sobrevivió. De los posibles descendientes de D. Francisco quedaron: el actor, D. Manuel, que era hijo de la primera, el segundo falleció sin hijos y tres hijos de la tercera. Posteriormente, D. José realiza una serie de compraventas sobre los citados bienes y D. Manuel por sí y en nombre de la comunidad hereditaria formada por sus hermanos interpone demanda, contra D. José y los que con él contrataron, solicitando la nulidad de las compraventas realizadas.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda y declarando inexistentes los contratos de compraventa realizados. La Audiencia, revoca la anterior y estima la excepción de falta de acción en el actor.

El TS señala en sus considerandos: “que D. Francisco V. constituyó con dicho legado una institución fideicomisaria en que era fiduciario el legatario, su hermano D. Ramón, con el derecho de disfrutar y administrar los bienes legados y con la obligación de cumplir la obra pía que se le encomendaba y de conservar indivisos, afectos a la carga y unidos a la casa referida los bienes legados durante los cien años dichos, a cuyo transcurso se dividirían entre los descendientes del fiduciario; lo que equivale a una prohibición de enajenar, disgregar o dividir los bienes en los cien años, pasados los cuales se repartirían entre los descendientes de D. Ramón; y como quiera que el actor no se le ha negado su cualidad de descendiente directo del fiduciario, es evidente que este último venía obligado a conservar los bienes para lo que fueran descendientes suyos al finalizar el plazo de cien años”, “que D. Ramón, en cumplimiento de la voluntad de su hermano D. Francisco, sabía y así se titulaba, que era sólo usufructuario... sin que sea obstáculo para ello que el testador empleara la frase de que le dejaba los bienes en (nuda propiedad) ya que a más de que confiesa que no le pertenecía y nadie puede dar lo que tiene, del contexto de las disposiciones antes transcritas se desprende que quiso dejar a su esposa el disfrute del usufructo de los bienes de por vida y a su hijo la titularidad de ese usufructo para cuando muriera su madre y que impropiamente califica de nuda propiedad”, “que al actor, como descendiente directo de D. Ramón, le asiste un de-

recho expectante sobre los bienes hoy sometidos a fideicomiso y está legitimado para oponerse a la enajenación, dispersión o división de tales bienes, debiendo casarse y anularse la sentencia recurrida que le niega tal derecho y acepta la excepción de contrario formulada, de que carece de legitimación activa para ello; sin que sea preciso entrar, por tanto, en el estudio de los dos últimos motivos del recurso, que además, se interponen con carácter subsidiario”.

En el caso de esta sentencia se debe partir ante todo de la limitación impuesta por el primer causante, *una vez cumplido el término por el que se celebraran las cargas pías, los bienes quedarán libres del gravamen y se dividirán entre los descendientes del instituido heredero*”. En este sentido se planteaban distintas cuestiones: En primer lugar un supuesto de pseudo-usufructo testamentario, en el primer testamento sin actual nuda propiedad, por tanto equiparable a una sustitución fideicomisaria y en el segundo, el testamento de D. Ramón, que como vimos en su momento podía entenderse que existía un fideicomiso, y en ese caso el actor estaba legitimado en calidad de posible fideicomisario y D. José no podía disponer en virtud de la prohibición, o bien como entienden Díez-Picazo y Gullón (150) cuando la atribución de los usufructos va acompañada de una atribución del pleno dominio de los bienes a otras personas a la muerte del usufructuario, y esas personas viven al abrirse la sucesión del causante, no hay necesidad de pensar en una sustitución fideicomisaria, en ese caso nos encontraremos ante llamamientos al usufructo y a la plena propiedad, éste aplazado simplemente, por tanto usufructo con nuda propiedad coetánea, que parece ser el supuesto de la sentencia, pero en cualquier caso con prohibición de disponer hasta que pasase el término de los 100 años, pues si moría con anterioridad los bienes pasaban a otro descendiente con la misma carga, y el actor se hallaría legitimado en virtud de un derecho expectante a su favor; o bien si se entiende como en los casos de las STS 4-2-1970 y 4-12-1975 que se deja en suspenso la nuda propiedad, postura que ya dijimos no compartimos, en cualquiera de los casos D. José no podía disponer, en el primero como posible fiduciario, en el segundo por estar sujeto a prohibición de disponer y en el tercero como usufructuario tampoco podía disponer de la propiedad de los bienes.

En segundo lugar se plantea por el demandante y se acoge por la Primera Instancia la nulidad de la compraventa. El Tribunal Supremo no entra en esta cuestión, pues curiosamente los recurrentes no lo piden centrando su petición básicamente en la legitimación del demandante. Sin embargo hay que entender que lo resuelto por la Primera Instancia sería la nulidad de la transmisión y no la nulidad del contrato. El actor en cualquier caso podrá impugnar la transmisión por falta de poder de disposición en el transmitente, al no ser cosa juzgada. Los ad-

---

(150) *Sistema IV*, cit. p. 517.

quirientes tendrán las acciones pertinentes que en este caso evidentemente no se plantean.

En el caso de la STS de 23-11-71 si bien era un supuesto totalmente distinto pues se trataba de un usufructo con facultad de disponer en caso de necesidad. Ante una compraventa realizada por el fiduciario, los fideicomisarios interponen la demanda solicitando la nulidad del acto de disposición. La Primera Instancia y la Audiencia declaran nulas las escrituras de compraventa pero *por haber sido simuladas con expresión de causa falsa* para defraudar a los herederos fideicomisarios. El TS confirma la sentencia de la Audiencia (151).

En estas líneas creemos haber puesto de manifiesto algo exigible en principio, la distinción entre el contrato y la transmisión del dominio, siendo a esto último a lo que afecta, precisamente, la falta de poder dispositivo.

Infringida la prohibición por el que realiza la venta, los posibles beneficiados por ella podrán impugnarla, pero podrán impugnar la transmisión nunca el contrato realizado, pues éste es res inter alios acta. El vendedor sujeto a prohibición no podrá impugnar la transmisión, en contra del negocio jurídico realizado, alegando su propio incumplimiento de la prohibición.

Sin embargo, cuestión que debe plantearse es qué acciones puede tener el comprador.

Aunque la prohibición sea eficaz, y por tanto, inscrita puede suceder que el comprador no la conociese.

Realizada la compraventa, el vendedor sin duda responderá en caso de evicción (arts. 1475 y ss. C.c.). Concretamente, en virtud del 1478 el comprador tendrá derecho a exigir del vendedor: la restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta; los frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio; costas del pleito; gastos del contrato y los daños e intereses, etc... si se vendió de mala fe.

La evicción en nuestro caso, sólo podría plantearse cuando el verdadero propietario reivindique. Ello, únicamente ocurrirá cuando exista sustitución fideicomisaria, pues en otro supuesto, el beneficiado por la prohibición no tendrá acción reivindicatoria frente al que compró, puesto que no es propietario. Unicamente si lo que pretende es la nulidad de la transmisión tendrá una acción declarativa de carácter negativo para impedir la transmisión.

Por lo tanto, en los supuestos en los que el testador imponga expresamente, al lado de la sustitución, la prohibición de disponer, el beneficiado de ésta, si es el fideicomisario tendrá acción frente al que compró, pero no en virtud de la prohibición sino en virtud de su posición

---

(151) Vid. también la STS 11-2-1972.

como fideicomisario, por tanto heredero del fideicomitente y así ostentando un derecho actual.

Antes de producirse la evicción, ¿qué acción puede ejercitar el comprador frente al vendedor, cuando aquel pretende inscribir y el Registrador no inscribe?

Hemos señalado que, en la concepción de la compraventa del Código civil, el vendedor en virtud del contrato de compraventa no se obliga a transmitir el dominio sino únicamente a poner en poder y posesión del comprador el bien objeto de la venta, si bien con el matiz de la posible extensión de la entrega, pues ésta podría entenderse como obligación de medios, en el sentido de poner todos los medios a su alcance, entre los que podría incluirse la posibilidad de registrar.

Salvo en aquellos supuestos en los que, de alguna manera, el vendedor se haya comprometido a transmitir, no cabrá la resolución por incumplimiento (art. 1124 en conexión con el 1107). En este sentido, ¿qué acciones tiene el comprador?

En virtud del art. 1160, veíamos que el pago no es válido si el que lo hace no tiene la libre disposición de los bienes, y que la mayoría de nuestros autores ven en la traditio un pago de una obligación de dar.

Bercovitz (152) señala que, si el pago realizado por quien no tenga la libre disposición no es válido, el acreedor podrá “Rechazar la cosa; devolver la cosa o ponerla a disposición del deudor, exigiendo el pago en condiciones de eficacia, salvo que exista una regulación específica para la obligación; rechazar el pago que le pueda corresponder realizar en las obligaciones bilaterales (art. 1100) o, pedir la resolución de la obligación bilateral, salvo que exista una regulación específica para la obligación (art. 1124)”.

En nuestro caso, si entendiésemos la traditio como un pago de una obligación de transmitir la propiedad en sentido absoluto, es evidente que el comprador podrá rechazar la cosa; podrá devolverla o mejor si le interesa quedarse con el bien, y exigir que el vendedor (deudor) levante la prohibición si es que puede. Podrá también, asimismo, rechazar el pago que le pueda corresponder.

Frente a lo dicho por Bercovitz, creemos que el problema se encuentra en la posibilidad de resolver. Poder resolver por incumplimiento supone, obviamente, incumplimiento del otro. Siguiendo la sistemática de nuestro Código civil, el vendedor que no hace propietario al comprador no incumple por este hecho, luego el vendedor responderá en tanto y cuanto se produzca la evicción. Por lo que en estos supuestos no existiendo nulidad del contrato (art. 1261) el comprador únicamente podrá atacar dicho contrato por vicio del consentimiento, fundamentalmente creemos que por dolo esencial y grave del vendedor, y como mí-

---

(152) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, t. XVI-1, Madrid 1980, com. art. 1.160, pp. 50 y ss. p. 53.

nimo omisivo (arts. 1267 y 1270 C.c.), pues, lógicamente, éste conocería la prohibición (art. 1301 C.c.).

En la mayoría de los supuestos de incumplimiento de la prohibición de disponer existirá, probablemente, dolo por parte del vendedor. En este caso, el comprador podrá ejercitar la acción de anulabilidad por dolo (art. 1270 C.c.), hallándose obligado el que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios (153).

En el hipotético supuesto, si no imposible, de que ambos contratantes sean de buena fe, la única vía existente para el comprador podría ser la de impugnar el contrato por error (154) (155).

La acción podrá ser ejercitada, únicamente, por la parte que padece el vicio, teniendo un plazo de cuatro años que para algunos autores es de prescripción (156), mientras que para la mayoría es de caducidad (157). En los casos de error procedería la anulación del contrato sin posible indemnización, pue el deber de resarcir y la responsabilidad tienen su fundamento en la culpa y por tanto sería necesario que una de las partes hubiese actuado de buena fe y la otra de mala fe. Así tampoco existiría cuando ambas fuesen de mala fe (158).

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, creemos que el comprador ante la negativa del Registrador a inscribir, inscrita la prohibición, podrá acudir al art. 1483 de nuestro Código civil, sin esperar a que se produzca la evicción.

Dicho artículo ofrece la solución mínima ante el problema del incumplimiento de la prohibición y de cara a dicho comprador.

(153) Vid. MORALES MORENO, *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad*, ADC 1982, pp. 591 y ss. Señala este autor: "Si tanto en el dolo causal como en el incidental existe un engaño provocado (de modo más o menos intencionado) por contratante en el otro, que puede justificar una indemnización, la reparación del daño causado no es efecto exclusivo del dolo incidental, y también parece posible en el dolo causal. La manera de expresarse el art. 1.270 no significa que la indemnización sea un efecto exclusivo del dolo incidental, sino más bien que es el único efecto admitido en esta forma de dolo. Por tanto, es posible, que el contratante que ha padecido el dolo causal no impugne el contrato, porque le convenga más mantenerlo o porque haya transcurrido el plazo correspondiente, pero exija indemnización. También le cabe pedir la indemnización, además de la anulación del contrato, en la medida en que lo justifique la satisfacción de su interés. No es posible establecer, por tanto, una absoluta contraposición entre el dolor causal y el dolo incidental", p. 603.

Sobre la extensión del daño DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos I*, ob. cit., p. 204) señala que la doctrina es pacífica al entender que el deber de resarcimiento por culpa in contrahendo alcanza sólo al llamado "interés contractual negativo pero no al interés positivo".

(154) Vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, ob. cit., pp. 101 y ss.; MORALES MORENO, *El error en los contratos*, Madrid 1988.((155)) Incluso podríamos imaginar la impugnación por error de derecho por parte del vendedor. Vid. MORALES MORENO, *La incidencia del error de derecho en el contrato*, Centenario del Código civil.

(156) Vid. DELGADO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII-2, Madrid 1981, p. 253.

(157) Vid. por todos DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos I*, ob. cit. p. 319.

(158) Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos I*, ob. cit. p. 311.

De Angel (159), en su magnífico estudio del art. 1483 C.c., analiza el art. 1405 del Proyecto de 1851 homólogo de nuestro 1483, observando que dicho precepto estaba pensado en el Proyecto de García Goyena para el supuesto de que la carga o servidumbre estuviese inscrita (160). Señala este autor (161) que “si bien es cierto que técnicamente el error y el dolo no pueden ser causa de rescisión ¿qué otra justificación pueden tener las dos acciones del art. 1483, que no sea el error sufrido por el comprador? Repárese en que el texto del párrafo primero del 1483 está perfilando (nítida y expresivamente) un supuesto de error”.

Por tanto, en este caso debemos entender, “rescisión” en el sentido de posible anulación. Partiendo, el citado autor, del Proyecto de 1851, observa que en él se optó por una fórmula intermedia “ni imponer exclusivamente al comprador el peso de la carga inscrita, sin recurso alguno para él, ni sujetar la venta a la reglamentación general de la anulabilidad por error o dolo. Solución: permitir que el comprador “rescinda” la venta (anule), pero en un plazo especialmente riguroso”.

En nuestro supuesto y teniendo en cuenta que el concepto de dolo por omisión funcionará en todos los casos en que conociendo el vendedor la existencia de la prohibición, que será el supuesto normal, debió haberlo declarado con arreglo a un elemental criterio de rectitud en los negocios y no lo hizo, siempre ante el error probado del comprador este podrá ampararse en el art. 1483 C.c. Incluso con independencia de que el vendedor desconociese la prohibición, supuesto prácticamente imposible, el comprador podrá durante un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura, rescindir, o solicitar la indemnización; y transcurrido el año, sólo podrá reclamar la indemnización dentro de un período igual, a contar desde el día en que haya descubierto la carga (art. 1483). A parte, por supuesto, de la posible anulabilidad por dolo.

Tal y como señalábamos anteriormente, la vía del art. 1483 es la solución mínima, pues en la mayoría de los supuestos existirá dolo por parte del vendedor, por lo que el comprador tendrá siempre la posibilidad de anular por dolo.

Hasta ahora hemos partido de la concepción de la compraventa en nuestro Código civil. Distinto será el supuesto en que las partes hayan pactado bien de forma expresa, o que se pueda deducir, la obligación de transmitir. En la práctica por la vía del art. 1258, se puede entender integrado el contrato con esa obligación (162).

Supuesto similar al anterior, en cuanto al régimen de su incumpli-

(159) DE ANGEL YAGÜEZ, *Algunas consideraciones en torno al artículo 1483 del Código civil*, RCDI 1971-II, pp. 1345 y ss.

(160) Loc. cit. p. 1.377 y ss.

(161) Loc. cit. p. 1375.

(162) V. en este sentido RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, Barcelona 1990, pp. 61 y ss.

miento, sería el caso en que el vendedor se obligase frente al comprador a levantar la prohibición.

En ambos casos, si no existe traditio traslativa por falta de poder de disposición, o bien el vendedor no levantó la prohibición, existirá incumplimiento contractual. Y en este sentido el comprador podrá acudir al art. 1124 en conexión con el art. 1107 de nuestro Código civil (163).

Es curioso el caso contemplado por la STS 12-1-1907. La testadora lega a su sobrino una casa con la condición de que mientras viva no podrá gravarla, cederla, venderla ni de otra manera enajenarla por actos entre vivos, pudiendo, no obstante, disponer de la misma para después de su muerte a su libre voluntad. Sin comprender la prohibición los actos de enajenación forzosa. Fallecida la testadora, el legatario A. vende la finca mediante escritura pública a J. manifestando en dicha escritura que “ostentaba sobre tal inmueble el pleno dominio, toda vez que la prohibición impuesta por la testadora adolecía de nulidad por no aparecer causa que determinase tal prohibición, ni persona alguna favorecida por ella, ni sanción penal que completase la condición que la prohibición implicaba; y que por tales motivos había resuelto vender a D.J. la expresada casa, con todos los derechos a ella correspondientes, incluso el dominio, cediéndole además todas las acciones que al vendedor compitiesen para pedir y obtener en caso necesario la nulidad de la repetida prohibición”. Aceptada por el comprador la venta se otorgó escritura pública que fue presentada para su inscripción en el Registro. El registrador denegó la inscripción señalando “no admitida la inscripción del documento que precede, por cuanto al legar P. la finca vendida, privó al legatario A. de disponer de la misma por actos entre vivos, con cuya condición se inscribió a su favor”.

J., comprador, interpuso demanda contra todos los herederos incluido A., aclarando que “sin que por ello se entendiera que el actor abdicaba de las acciones que contra aquél, y por razón de la venta, pudiera competirle”, pidiendo que se declarase nula y sin ningún valor ni efecto la prohibición, en consecuencia válida y eficaz la compraventa realizada, y se condenase a los demandados, en las respectivas calidades de legatario, albaceas y heredero que ostentaban, a reconocer la procedencia de tales declaraciones, y a aquel o aquellos que se opusieran a la indemnización de daños y perjuicios que con su oposición causasen al actor.

El heredero contestó a la demanda señalando fundamentalmente “que el actor era persona extraña a la sucesión testamentaria y aún legítima de la persona que había otorgado el testamento, ni aparecía favorecido ni mencionado en el mismo, por lo cual carecía de acción para

---

(163) Vid. MONTES PENADES, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVI-I, Madrid 1989, com. al art. 1124, pp. 1171 y ss.; vid. CARRASCO PERERA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV-1, Madrid 1989, com. al art. 1107 C.c., pp. 709 y ss.; vid. PANTALEÓN PRIETO, *Resolución por incumplimiento e indemnización*, ADC 1989, pp. 1143 y ss.

impugnar la última voluntad de la causante, ni demandar al heredero” y “que el hecho de reclamar la liberación de una condición una persona a quien no le había sido impuesta y que conocía la existencia de la misma antes de contratar con aquél a quien se le impuso, implicaba en el demandante una rectificación de actos propios que traería como consecuencia la alteración esencial de los tiempos, personas y acciones, por lo que el comprador debió dirigirse al vendedor y éste a su vez, como legatario, al heredero instituido; que la condición bajo la cual se había hecho el legado, era válida y eficaz, y había sido infringida por el legatario después de aceptarla y consentirla”, “que el comprador no había adquirido ningún derecho sobre el inmueble vendido, por hallarse éste inscrito en el Registro y no reconocer la ley validez ni efectos a los actos o contratos contra la misma, ni menos que los particulares puedan tomar por si lo que en todo caso, deben pedir en forma al Tribunal competente”. Los albaceas, a su vez, contestaron a la demanda señalando “que no eran ya tales albaceas, pues su misión hubo de terminar desde el momento en que partieron el caudal hereditario, y, por lo tanto, cumplido el albaceazgo, la representación de la testadora pasó plenamente al heredero”. Al mismo tiempo también el legatario contestó a la demanda aceptando los hechos de la misma y acompañó un dictamen de derecho, contrario a la validez de la cláusula testamentaria y solicitó al Juzgado dictase sentencia de acuerdo con lo pedido por el actor.

El Juzgado y la Audiencia declararon nula la prohibición y en consecuencia válida la compraventa. Interpuesto recurso de casación por el heredero el Tribunal Supremo no lo estima fundamentalmente en virtud de la inexistencia de causa o finalidad de la prohibición.

La curiosidad de este caso radica, precisamente, en la llamada en garantía del art. 1482 C.c., precepto bastante olvidado en nuestros días, pues en la práctica en los últimos años ha existido lo que podríamos denominar una traslación del sistema de la evicción al sistema de la nulidad. Como hemos visto en algunas sentencias del Tribunal Supremo se llega al caso de impugnaciones de la transmisión dejando para posterior pleito la posible virtualidad del contrato realizado por el vendedor sujeto a prohibición y comprador. Comprador que posteriormente deberá accionar ante los tribunales.

## VII. HIPOTECA DE BIENES AFECTOS A PROHIBICIONES DE DISPONER

La facultad de disponer sobre un derecho es un elemento de ese derecho, y por ello, la disposición misma es un acto del ejercicio del derecho. De acuerdo con ello, es disposición la del propietario sobre un

derecho de propiedad, pero también lo es la vinculación de la propiedad a un derecho real limitado a favor de tercero (164).

La prohibición de disponer, como sabemos, supone un cercenamiento de la facultad de disponer. Sin ella el propietario no podrá disponer de su derecho de propiedad, pero tampoco podrá constituir un derecho real limitado a favor de tercero, como es el caso del derecho de hipoteca. En virtud de los arts. 1857 C.c. y 138 LH es requisito esencial del contrato de hipoteca, entre otros, que el sujeto que la constituya tenga la libre disposición de sus bienes. En este sentido es obvio que la prohibición de disponer entraña la de hipotecar (165), paralizando, registralmente, la vida hipotecaria de los inmuebles afectados.

Distinto alcance puede presentar la prohibición de vender, pues en principio su ámbito debe ser menos amplio que el de la general prohibición de disponer. La prohibición de disponer conlleva un cercenamiento total de la facultad de disponer no así la prohibición de vender (166).

Esta distinción se manifiesta claramente en la hipoteca de bienes afectos a prohibición. Es claro que la prohibición de disponer encierra la de hipotecar, y que evidentemente la prohibición de gravar también. Sin embargo, la prohibición de vender ¿entraña la de hipotecar? De acuerdo con el art. 1857.3 del Código civil la persona que constituya la hipoteca debe tener la libre disposición de los bienes. Sin embargo, ¿debemos entender los términos "libre disposición" en toda su extensión?, es decir, ¿el art. 1857.3 C.c. exige la libre disposición total de los bienes?

En esta materia es esencial atender a los términos en los que se haya expresado la prohibición. En principio es una cuestión de interpretación de la disposición testamentaria que contenga la prohibición.

Si, por ejemplo, el testador prohíbe disponer pero admite, expresamente, gravar, todos estaríamos de acuerdo en que se puede constituir una hipoteca. Teniendo permitido hipotecar, creemos, que el registrador no podría negar la inscripción en virtud de la existencia de una prohibición de disponer. En este sentido debe entenderse la "libre disposición" exigida por el art. 1857.3, como libertad para constituir la prenda o la hipoteca, según se trate.

El problema se plantea, realmente, cuando el testador prohíbe vender, sin mayor aclaración. Aquí, es quizás donde la labor interpretadora debe cumplir toda su función, pues, como sabemos, quien constituye una garantía real sobre sus bienes los está sometiendo potencialmente al riesgo de la eventual enajenación. En estos casos, lo que debe tenerse en cuenta, bajo nuestro punto de vista, es, de una parte, el tiempo de vigencia de la prohibición, y de otra, el momento de cumplimiento de la obligación garantizada, y por tanto en caso de incumplimiento, el de ej-

(164) V. LARENZ, *Derecho civil*, cit. p. 434.

(165) V. por todos ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit. p. 737.

(166) Pensemos por ejemplo en la posibilidad de donar.

cución de la hipoteca. Si la duración de la prohibición es menor al tiempo pactado para la ejecución de la hipoteca, pensamos que debe admitirse la constitución de esta garantía (167). En caso contrario creemos que no.

La trayectoria seguida por la Dirección General de los Registros parece encajar en el sentido expuesto en estas líneas. Podría pensarse en un primer momento que el criterio de la Dirección ha variado con el paso de los años, no obstante creemos que no ha sido así.

El criterio de la DGRN se puede comprobar en la RDGR de 20-12-1929. En garantía de una deuda M hipotecó entre otros bienes una finca que le pertenecía por título de herencia de su madre F. en virtud de lo dispuesto por ella en su testamento. Entre otras disposiciones testamentarias F. *prohibió la venta, gravamen o enajenación* de cualquier modo de los bienes que su hija adquiriera, por virtud del propio testamento, durante la vida de su esposo, pudiendo en tal caso, solamente disponer de los mismos por actos de última voluntad a favor de sus propios descendientes, y si sobreviviere a su esposo, tendría la facultad absoluta de disponer tanto por actos inter vivos como de última voluntad; y para el caso de que la repetida hija premuriese a su esposo sin dejar descendencia pasarían los bienes a J. y éste premuerto a su madre F.C., sobrina de la testadora.

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, se anotó “Denegada la inscripción por haber prohibido expresamente la causante F. en su testamento a su hija, la hipotecante, vender, gravar y enajenar sus bienes, mientras esta última estuviese casada”.

La Dirección confirma el auto apelado. Entre sus considerandos, en los que recoge los antecedentes históricos de las prohibiciones de disponer, señala que “la prohibición ha sido mencionada en la inscripción del Registro y debe conservar su virtualidad mientras no sea anulada en la forma prescrita por los artículos 24 y 41 de la Ley Hipotecaria, si el ordenamiento jurídico no impusiera otra solución, como en el caso del núm. 4 del artículo 107 de la misma y situaciones jurídicas de igual naturaleza” (168).

---

(167) En contra de lo dicho en el texto, podría pensarse en lo dispuesto por el art. 1129 C.c., pero dicho precepto, que en principio parece estar pensado para favorecer al acreedor, en este caso se volvería en contra suya, puesto que si la prohibición está vigente no podría venderse el bien aún por ejecución forzosa.

(168) Vid. también la RDGR de 11 de marzo de 1932. En este supuesto el testador instituye herederas universales a sus dos hijas. La primera adquiriría la mitad indivisa de una casa y los restantes bienes del testador los adquirirían ambas herederas por mitad, imponiéndoles prohibición de enajenar y gravar por actos inter vivos. Asimismo el testador estableció sustitución fideicomisaria para el caso de que sus hijas no tuvieran descendientes. Ambas hermanas otorgan una escritura de préstamo con anticresis y seguro de vida.

La Dirección señala que la prohibición de enajenar y gravar por actos inter vivos impuesta por un testador en Cataluña, a sus hijas, con sustitución fideicomisaria recíproca, e inscrita en el Registro impide la inscripción de un préstamo con anticresis y seguro de vida.

La Dirección mantiene el mismo criterio en la RDGR de 23-6-1936, si bien en un caso en que la prohibición se impuso reforzando una sustitución fideicomisaria y en un supuesto en el que anteriormente se había admitido la inscripción de la hipoteca, curiosamente, y por tanto lo que se discutió era el título del adquirente, posterior a la ejecución de la misma. Los hechos fueron los siguientes: J. dueño, según el Registro de la mitad indivisa de una casa adquirida a título de legado con la prohibición de vender, por haber dispuesto el testador que a la muerte del legatario había de pasar el legado a sus hijos, la hipotecó junto con la otra mitad en garantía de un préstamo. Se inscribió la hipoteca haciendo constar que E. hijo de J. dispensaba a este último de las limitaciones expresadas y le autorizaba a hipotecar. A instancia del acreedor se siguió procedimiento ejecutivo ordinario para el cobro del crédito. Presentada la escritura en el Registro, el registrador anotó “inscrito el precedente en cuanto a la mitad de la finca” y “no admitida la inscripción respecto a la otra mitad por falta de capacidad legal para disponer de la misma J. puesto que la adquirió a título de legado de su tío C. quien le impuso en su testamento la prohibición de venderla obligándole a conservarla para sus hijos con cuya condición aceptó dicho legado, y no siendo subsanable este defecto, no procede la anotación preventiva”.

Entre sus considerandos, la Dirección señala: “que la LH tiende siempre a amparar al titular inscrito, y tratándose del derecho de hipoteca, la inscripción que es de evidente valor constitutivo, debe mantenerse en todas sus consecuencias, porque fundada en la cualidad enajenable de la cosa o derecho sobre que se impone el gravamen, de admitir circunstancias no tenidas en cuenta al extender la inscripción hipotecaria, se podría llegar a la implícita declaración de nulidad de asientos practicados en los libros del Registro que están bajo la salvaguardia de los Tribunales de Justicia”; “que ante la prohibición de vender impuesta por testamento al hipotecante J., respecto a la mitad indivisa de la finca hipotecada, sin entrar en el examen de la discutida doctrina del valor jurídico de las prohibiciones de enajenar, en relación con los efectos reales u obligaciones que puedan producir, es indudable que deben circunscribirse, en el caso de colisión de derechos causada por el ejercicio de la acción hipotecaria, a dejar a salvo los intereses de los posibles perjudicados por la eficacia de la transmisión”; “que robustecida la posición del adquirente por la dispensa y conformidad prestadas por E. a su padre en las escrituras de constitución de la hipoteca y de adjudicación, podrá en su día quedar sin efecto la sanción, por la inexistencia de otros interesados y consolidarse la adquisición provocada por la ejecución de la hipoteca”. Esta Dirección revocando en parte el auto ape-

---

vida sobre bienes de la herencia; no siendo de aplicar al caso, por constar la finalidad perseguida por el estatuyente, la teoría de los nudos pactos o preceptos del Derecho Romano”.

lado, ha acordado declarar inscribible la escritura de 24 de agosto de 1933 en cuanto a la mitad indivisa de la finca cuya inscripción ha sido denegada por el Registrador; debiendo hacerse constar en la inscripción que quedan a salvo los derechos de los posibles favorecidos con la limitación impuesta en el testamento.

Distinto supuesto fue el abordado por la Dirección en su Resolución de 18-4-1952. El único problema que se planteó en el recurso fue el de resolver si podía inscribirse en el Registro de la Propiedad una escritura de hipoteca constituida sobre determinadas fincas afectas a la prohibición temporal de venderlas.

Entre sus Considerandos la Dirección General señaló: "que según los antecedentes aportados al recurso, la causante M. legó a su sobrino el dominio de una finca y nuda propiedad de otras tres, sitas en Lorca, con la condición de no poderlas vender durante un plazo de cuarenta años, contados desde el fallecimiento de aquella, que ocurrió el 13 de marzo de 1924, y durante el citado término las fincas estarían sujetas al pago de una pensión anual de veinticinco pesetas, la primera, y de cincuenta, las otras tres, que deberían satisfacerse a las Hermanas de la Caridad de dicha ciudad"; "que las prohibiciones de disponer a que se refieren los arts. 785.2 del C.c. y 26 LH, suelen emplearse con frecuencia por los testadores para asegurar disposiciones modales y con diversas finalidades, pero son miradas con prevención por la doctrina, y aunque algunos autores vean en ellas un medio para cumplir la función social de la propiedad, en cuanto suponen limitaciones del dominio, debe restringirse su alcance conforme tiene declarado la jurisprudencia de este Centro Directivo"; "que la palabra vender utilizada para formular la prohibición debe entenderse conforme al art. 675 C.c. en su sentido literal, por lo que no ha de estimarse en este caso comprendida la constitución de hipoteca, toda vez que si tal derecho lleva consigo un ius distrahendi es para el supuesto de que no se cumpla la obligación asegurada, y no impide que el acreedor y deudor convengan en subordinar su ejercicio hasta el momento en que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por la causante", "que, conforme a los arts. 1857.3 del C.c. y 138 LH, sólo pueden constituir hipoteca voluntaria quienes tengan la libre disposición de sus bienes, y si bien tales preceptos han sido analizados por autorizados comentaristas en un doble sentido subjetivo y objetivo, comprensivo tanto de la capacidad necesaria para hipotecar como de la ausencia de prohibiciones de disponer, no deben confundirse la capacidad, fundada en la aptitud psíquica de la persona, con las limitaciones indicadas del poder patrimonial, por lo que cabría deslindar la capacidad del deudor hipotecario de su poder de disposición afectado por habersele prohibido durante un plazo la venta de los inmuebles", "que en la escritura objeto del recurso se establece: que la obligación garantizada por la hipoteca se constituyó con una duración máxima de quince años y vencimiento en el 18 de agosto de 1964; que el acreedor se comprometió a no ejecutar el crédito hasta transcurrido el período de vi-

gencia de la prohibición de vender, que terminará el 13 de marzo de 1964, o —hasta que por cualquier evento quede aquella sin eficacia—, y como, además, expresamente se pactó que el préstamo hipotecario no devengaría intereses, no puede darse lugar a una ejecución por su impago al amparo del art. 146 de la Ley en caso alguno”.

El mismo criterio se mantiene por la Dirección General en su RDGR de 18-1-1963. Se planteó la cuestión en torno a si podía inscribirse en el Registro de la Propiedad una escritura de préstamo con garantía hipotecaria que recaía sobre una finca que aparecía gravada con la obligación de no poderla enajenar los herederos durante un plazo de diez años, en virtud de lo ordenado por la causante en su testamento.

La Dirección General que confirmó el Auto apelado consideró : “que las prohibiciones de enajenar, por las que se limita la libre disposición de los bienes, son tratadas con desfavor por las disposiciones legales, en cuanto que si en algunas ocasiones aparecen justificadas para el logro de ciertos fines lícitos, al sustraer a la circulación los inmuebles afectados, los hace poco aptos para el crédito territorial y crea de otra parte situaciones confusas, y por eso el art. 26 LH., en su par. 3.<sup>a</sup>, establece que se harán constar en el Registro de la Propiedad sólo las impuestas en testamento y demás actos a título gratuito, siempre que la legislación vigente reconozca su validez”, “que el art. 117 de la Comp. Cataluña, concorde en este aspecto con el derecho común, regula las prohibiciones de disponer con un carácter restrictivo —por implicar un cercenamiento de la facultad dispositiva de los bienes, salvo que sea otra la voluntad del testador—, según se expresa el último párrafo de dicho precepto, y por ello sólo serán eficaces si tienen un carácter temporal, responden a una razón lícita y no traspasan los límites establecidos para la sustitución fideicomisaria, pues en caso contrario constituyen tan sólo una mera recomendación”; “que si bien dentro del concepto de venta no se comprende el de constitución de hipoteca, toda vez que conforme declaró la RDGR 18-abril-1952, en este último derecho, el ius distracti hendi tiene lugar únicamente en el caso de que se incumpla la obligación asegurada, en previsión de esta posibilidad acreedor y deudor habrán de convenir y subordinar su ejercicio hasta que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por la causante, pues de otra forma se lograría por vía indirecta burlar la prohibición impuesta, al no conservarse los bienes dentro del patrimonio durante el plazo señalado y quedaría desvirtuada la voluntad de la testadora, por lo que al no reunir el préstamo hipotecario concluido las anteriores condiciones, existe un obstáculo registral que impide su inscripción”.

Como se puede observar, la Dirección entiende que acreedor y deudor podrán pactar la posible ejecución de la hipoteca con posterioridad al término de vigencia de la prohibición de disponer. Cumplido lo anterior la Dirección admite la inscripción de la hipoteca.

En rigor, las prohibiciones de disponer eficaces, una vez inscritas,

producen el efecto general de impedir el acceso al Registro de los actos de disposición afectados por tal prohibición (169). Y si, como vimos, disposición es la del propietario sobre su derecho de propiedad, pero también lo es la vinculación de la propiedad a un derecho real, cual es la hipoteca, este acto dispositivo no podría ser inscrito. No obstante también es cierto que la razón de este impedimento es, precisamente, que la constitución de una hipoteca puede naturalmente conducir a la venta por ejecución de la hipoteca. Ante una prohibición de vender, si ello es imposible, porque la ejecución pueda tener lugar transcurrido el plazo establecido a la prohibición, deja de existir la razón que motivaba el cierre registral.

### VIII. EMBARGO DE BIENES AFECTOS A PROHIBICIONES DE DISPONER

En virtud del art. 1911 C.c., la responsabilidad universal recae tanto sobre los bienes presentes como sobre los bienes futuros. La verdadera y auténtica seguridad de los acreedores está en la capacidad económica de su deudor para hacer frente a sus obligaciones. Un deudor solvente es un deudor responsable (170).

El problema que nos planteamos es la eficacia que puede tener una prohibición de disponer frente a los acreedores del titular del derecho real afectado por ella cuando, para el cobro en vía forzosa o judicial de sus créditos, instan el embargo y enajenación del bien sobre el que recae.

Entre nuestros autores venía sosteniéndose la inembargabilidad de los bienes afectos a prohibiciones de disponer eficaces. En este sentido señala Roca Sastre (171) que “la prohibición de disponer adultera o desnaturaliza el dominio o derecho real y provoca una situación anormal, porque entorpece el comercio jurídico separando del torrente circulatorio bienes cuya característica es su enajenabilidad, y registralmente paralizan la vida hipotecaria de los inmuebles afectados, originando situaciones jurídicas ambiguas al hacer inembargables los bienes sujetos a la prohibición, volviéndose inútiles para el crédito territorial”. Otros autores como Díez Picazo y Gullón sostienen que “desde un punto de vista sustantivo, la solución justa es admitir la posibilidad del embargo y su constancia registral, pero no la ejecución subsiguiente hasta que hubiese desaparecido la prohibición” (172).

Dos cuestiones se vienen enfrentando en esta materia. Por una parte, la posibilidad de que admitiendo la anotación de embargo fácilmente podrían eludirse y quedar burladas las prohibiciones de disponer en

---

(169) V. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, cit. p. 737.

(170) V. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos II*, cit. p. 388-389.

(171) *Derecho Hipotecario II*, cit., p. 716.

(172) V. *Sistema III*, cit. p. 63.

virtud de procedimientos simulados o convenidos entre las partes. De otra, la posible privación de responsabilidad de los bienes sujetos a prohibición. A ellas se ha hecho constante alusión por nuestra doctrina así como por la Dirección General.

El criterio de la DGRN ha ido evolucionando pues en un principio no admitía este tipo de anotaciones, mientras que la última Resolución que tenemos en esta materia, como veremos, entiende que la limitación temporal de la facultad de disponer sobre bienes determinados no es incompatible con la posible ejecución forzosa sobre ellos por deudas de su titular. No obstante tenemos que señalar que dicho cambio no ha sido radical, sino que el criterio de la Dirección ha ido variando paulatinamente.

Es demostrativa del criterio inicial de la Dirección la RDGR de 21-4-1949. El problema planteado en este expediente se limitó a resolver si la escritura de compraventa del derecho de usufructo vitalicio del "Cortijo de San Antonio", otorgada el 2 de julio de 1946 por el juez..., en nombre y rebeldía de A., puede inscribirse o no en el Registro de la propiedad, por tener el usufructuario su derecho inscrito como legatario, con sustitución y prohibición de enajenar y disponer.

Entre sus considerandos la Dirección señaló: "que bien supongan las prohibiciones de disponer una alteración interna del derecho, una falta de capacidad o una limitación a la facultad de disponer de la finca, en cuanto entrañan una restricción sancionada por la ley al ejercicio de un derecho subjetivo, han gozado de escasa simpatía en las modernas leyes civiles, por lo cual los Tribunales solamente admiten su validez cuando sean temporales y estén justificadas por una finalidad seria y legítima, sancionando los actos realizados en contra de las mismas con la simple nulidad y excepcionalmente con la resolución del derecho del favorecido"; "que en cuanto a la venta del derecho efectuada en ejecución de sentencia, que cualquiera que sea el criterio que se sustente sobre el vendedor y sus facultades, bien sea el Estado representado por el órgano jurisdiccional que interviene sin ser titular del derecho real que no le pertenece, bien el Juez actúe como órgano de disposición ex ministerio legis, o bien se trate de una expropiación de la facultad dispositiva que priva al dueño de usar de ella, en oposición a las exigencias del interés general, siempre se advierte que si la enajenación judicial no constituye infracción voluntaria de la prohibición de enajenar y, en tal sentido, nada debiera oponerse al pleno desarrollo de sus efectos jurídicos, obligacionales y reales, la voluntad subrogatoria de la autoridad judicial en el proceso de ejecución no puede traspasar los límites del derecho subjetivo del obligado ni de su poder dispositivo"; "que frente a nuestra legislación civil, que apenas desenvuelve las prohibiciones de enajenar, el art. 26 LH en vigor preceptúa que las impuestas por el testador serán inscribibles siempre que la legislación reconozca su validez, con lo que, admitida su eficacia, la finalidad pretendida por la testadora en el caso del recurso, que aspiraba a que la finca se disfrutase por personas unidas

por lazos de parentesco con los nudos propietarios y a prever a su hijo del peligro de dilapidaciones, fácilmente podría eludirse y quedar burlada merced a procedimientos simulados o convenios entre las partes que la intervención de los tribunales encargados de velar por la legalidad y pureza del procedimiento no pueden eliminar en absoluto según reconoció la R. 30-12-1946”; “Que la norma contenida en el art. 1911 del C.c., conforme al cual el patrimonio del deudor responde de sus obligaciones no basta para atribuir eficacia a la enajenación forzosa mediante la subasta llevada a cabo por la autoridad judicial, toda vez que el usufructo transmitido formaba parte del haber del deudor, con las referidas limitaciones testamentarias”; “por último, que para evitar los peligros apuntados, prestar el debido acatamiento a las normas hipotecarias y respetar la voluntad de la testadora, suprema ley de la sucesión, parece necesario exigir, para que sea inscribible la escritura de compraventa, otorgada en rebeldía del deudor, cuyo derecho consta inscrito en el Registro, sujeto a la prohibición de enajenar, en asiento que se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales, que previamente se declaren por éstos cuál sea el alcance y preferencia de la discutida prohibición y si la enajenación forzosa da lugar a la extinción del derecho del usufructuario, y consiguientemente surte efectos la sustitución”.

El Centro Directivo sigue manteniendo el mismo criterio en la RDGR de 5-9-1974. La cuestión a dilucidar por la Dirección General se centró en si era o no inscribible un testimonio judicial dictado por la Audiencia Territorial de Valencia por el que se adjudicaron al Estado dos inmuebles pertenecientes al procesado, cuando de los asientos del Registro parecía que éste último tenía limitada su facultad dispositiva al no poder enajenar las mencionadas fincas que habían de hacer tránsito a su fallecimiento a la persona o personas instituidas por el causante en su testamento.

La Dirección General confirmó el Auto apelado y la Nota del Registrador. Entre sus considerandos señala: “que el art. 26 de la LH. permite que tengan acceso al Registro las prohibiciones de enajenar impuestas por el testador en acto de última voluntad, siempre que la legislación vigente reconozca su validez, lo que sucede en el presente caso, en que la limitación se encuentra fundada en el art. 781 del C.c., y al estar este asiento bajo la salvaguardia de los Tribunales —art. 1 LH—, produce todos sus efectos, y en consecuencia obstaculiza el ingreso del documento calificado, hasta tanto desaparezca la prohibición o se declare en su caso su invalidez”; “que lo anterior no se opone al principio general de responsabilidad patrimonial universal establecido en el art. 1911 del C.c. según el cual el deudor responde con todos sus bienes de las obligaciones que haya contraído, que ha de ser respetado, pero ello no obsta para que al atribuir el dominio pleno de ambas fincas al Estado en virtud de las subastas realizadas se hayan traspasado los límites del derecho subjetivo del obligado, así como de su poder de disposición

con olvido de los posibles derechos que terceras personas ostentan sobre los referidos inmuebles; y por último “que al dar primeramente acceso en el Registro a la anotación preventiva de embargo sobre los inmuebles y después rechazar la inscripción de los mismos a favor del Estado, puesto que la anotación practicada por su finalidad cautelar va encaminada a garantizar el derecho de los acreedores y terceras personas mediante la conservación y traba de los bienes del deudor pero no tiene fuerza para privar de efectos a una prohibición temporal que para transmitir el dominio pesa sobre las fincas discutidas”.

Hasta aquí el criterio mantenido por la Dirección en ambas resoluciones es la inembargabilidad de los bienes afectos a prohibiciones de disponer. Sin embargo, dicho criterio empieza a cambiar con la RDGR de 23-10-1980 en la que admite la anotación preventiva de embargo. Como consecuencia de un proceso ejecutivo iniciado contra A., se ordena por el Juzgado de Primera Instancia la expedición de mandamiento de embargo dirigida al Registro de la Propiedad sobre una finca urbana propiedad del deudor. El Registrador califica con la siguiente nota: “No practicada la anotación preventiva de embargo ordenada en el precedente mandamiento, por el defecto insubsanable de figurar inscrita la finca embargada con prohibición de enajenarla ni gravarla durante la vida de la donante A sin su consentimiento, y reservada a favor de dicha donante la facultad de vender la finca en caso de necesidad... pareciendo además el usufructo vitalicio de dicho inmueble a favor de M” (173).

---

(173) Se interpuso recurso gubernativo en el que se hizo referencia a las tres cuestiones expuestas. Por razones obvias nos fijaremos únicamente en la relativa a la prohibición de disponer. En el recurso se señala que “en cuanto a la prohibición de enajenar y gravar, el art. 26 LH permite el acceso al Registro de estas prohibiciones en los casos que contempla, entre ellos cuando se establece por voluntad del donante del bien que se trata, sin que esta prohibición de disponer suponga falta de capacidad jurídica del afectado sino tan sólo un veto al desenvolvimiento de las facultades que normalmente comporta el derecho de propiedad; que estas prohibiciones pueden encuadrarse dentro de los pactos, cláusulas y condiciones que autoriza el art. 1.255 del C.c., debiendo ser interpretadas estrictamente en cuanto suponen un entorpecimiento del tráfico jurídico inmobiliario y porque la propiedad, según el art. 348 del mismo Código, ha de presumirse libre; que la prohibición de disponer del bien ha de afectarle al donatario en cuanto recorte su posibilidad de enajenarla voluntariamente sin que en el presente caso esta prohibición de disponer goce de operatividad, ya que el titular no está pretendiendo venderla ni gravarla sino que es uno de sus acreedores quien trata de recuperar su crédito contra el mismo en base a una sentencia judicial firme, por lo que esta prohibición no puede obstar a que un acreedor del dueño afectado por ella trabe y anote en embargo del bien implicado”.

Respecto de esta misma cuestión el Registrador informó “la prohibición de disponer, al estar inscrita en el R. de la P., art. 26.3 L.H., goza de plena eficacia y produce la nulidad de los actos o negocios jurídicos que la contradigan, los actos de disposición hechos por el titular registral sobre la finca en que recae la prohibición de disponer son nulos y el beneficiario de la prohibición ostenta una acción de nulidad contra el acto de disposición y que al estar inscrita la prohibición de disponer se produce el cierre del Registro,

La Dirección General revoca el Auto apelado y la nota del Registrador. Entre sus considerandos señala: "que la prohibición de enajenar válidamente establecida con arreglo al art. 26 LH impide todo acto de disposición sobre el inmueble y como quiera que el embargo está dirigido a procurar la venta del bien embargado hay que concluir que de los asientos registrales surge un obstáculo que parece en principio impedir la anotación solicitada"; "que no obstante lo anterior, es preciso observar que, aunque menguada en la actualidad, puede consolidarse en su momento plenamente la titularidad dominical del deudor, ya que la enajenación del bien se puramente temporal, y si desaparece la causa que lo justifica recobra el inmueble la libertad de poder ser transmitido, ya que tal prohibición en este caso no es más que un complemento de la reserva de la facultad de disponer y sujeta, como esta última, a idéntica condición resolutoria, por lo que dada la finalidad cautelar de la anotación que se solicita, encaminada a garantizar el derecho de los acreedores y terceras personas mediante la conservación y traba de los bienes del deudor, no hay obstáculo para la práctica de la anotación si bien sujeta a las limitaciones hoy existentes".

---

que para que un bien pueda estar embargado debe reunir las siguientes condiciones: 1.<sup>o</sup> que el bien pertenezca al deudor; 2.<sup>o</sup> que pueda ser enajenado y 3.<sup>o</sup> que no exista prohibición de disponer sobre él;... que no son embargables los bienes que por voluntad de los particulares no son enajenables y aparecen inscritos en el R. de la P., ya que el titular de este bien carece de poder de disposición y el embargo conduce a la venta del bien trabajo por el acreedor, venta que aparece prohibida e inscrita en el Registro; que permitir el embargo y prohibir la venta sería una recurso fácil para burlar la prohibición de disponer, pues bastaría que el dueño de la finca adquiriese obligaciones por una norma igual al precio de venta y no las cumpliera para que los bienes fuesen embargados y vendidos; que en el presente recurso existe una colisión de derechos, con falta de regulación específica para su resolución, entre la prohibición de disponer inscrita en el Registro, con eficacia real y que hace nulo cualquier acto de disposición que la contradiga, y una anotación preventiva de embargo cuyo objeto es la afección registral de un bien y que determina que en su caso salga a subasta y se otorgue escritura de venta a favor del comprador, que ante tal situación jurídica la nota de calificación fue denegatoria, puesto que si bien la prohibición de disponer no puede oponerse frente a la expropiación forzosa a aquellos actos de disposición en que exista un interés de utilidad pública o social, si puede oponerse a una anotación preventiva que tiene por misión garantizar obligaciones que han sido contraídas voluntariamente por el titular registral, debiendo tenerse en cuenta que si bien aparece la finca inscrita a nombre de dicho titular y formando parte del patrimonio del deudor, art. 1911 del Código, esta finca forma parte de dicho patrimonio con las limitaciones y condiciones que aparezcan inscritas; que la prohibición de disponer protege una serie de intereses, tanto respecto del donante como del donatario o incluso del usufructuario, que quedarían burlados por la anotación preventiva de embargo y posterior venta de la finca inscrita".

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador basándose en que al servir la anotación preventiva de embargo de elemento constitutivo del acto judicial de traba de embargo, de forma que el Registro actúa en funciones de elemento constitutivo del derecho de garantía resultante, más se puede anotar el embargo de inmueble cuyo titular no puede disponer de él, ni gravarlo, por prohibición que consta explícitamente en el Registro.

Frente a esta línea en la RDGR de 22 de febrero de 1989 (174) la Dirección afirma taxativamente que las prohibiciones voluntarias de disponer no alcanzan a la enajenación por ejecución forzosa, derivada de la responsabilidad patrimonial universal.

Los antecedentes de hecho que dieron lugar a esta resolución fueron los siguientes: EC aceptó con fecha 21-2-1984, una letra de cambio por importe de 13 millones de ptas. con vencimiento el día 20-7-1984, de la que JV era tenedor como librador. Llegado el vencimiento no es hecha efectiva siendo protestada por falta de pago en tiempo y forma. Promovido juicio ejecutivo ante el Juzgado de Primera Instancia y admitida la demanda, dicho Juzgado despachó ejecución contra los bienes de la deudora por las cantidades reclamadas, declarándose en rebeldía. El día 1-10-1984 se dictó sentencia y resultó embargada, anotándose el embargo en el Registro de la Propiedad de Talavera el 1-2-1985, una finca rústica propiedad de la demandada, que la adquirió por herencia de su abuelo en concepto de mejora, imponiendo el testador la condición de que la finca objeto de la misma no podrá ser enajenada en forma alguna, por ningún concepto, por EC hasta el fallecimiento de su hijo F ni aún por éste mismo, y si éste falleciere tampoco podrá ser enajenada hasta que la prenombrada nieta cumpla 21 años. Seguido el procedimiento se adjudica la finca en tercera subasta al propio actor. Requerida la deudora para el otorgamiento de la escritura y sin hacerlo, el Juzgado acordó de oficio el otorgamiento de la escritura pública. Presentada la escritura en el Registro, el registrador suspende la inscripción por la citada prohibición de disponer.

Entre sus Fundamentos de Derecho señala la Dirección principalmente “que la seguridad económica del deudor no puede mantenerse a costa de tan considerables quebrantos para la organización jurídica de la colectividad, debiendo restringirse el efecto de las prohibiciones de disponer a una pura exclusión de la facultad de disponer libre y voluntariamente del derecho en cuestión, pues aún implicando una relativa amortización, contra el principio general de libre tráfico de los bienes, sólo compromete el interés particular del titular sin repercusión directa y apreciable sobre el orden público y sin que quepa estimar la alegación de que con tal interpretación resultan aquellas fácilmente burladas e inoperantes por la vía de simulación de deudas y de las connivencias procesales, pues las normas no deben ser interpretadas desde la exclusiva perspectiva de su eventual incumplimiento (art. 3 C.c.), no pueden desconocerse los remedios jurídicamente arbitrados a tal efecto (arts. 6 y 7 C.c.), ni pueden menospreciarse los intereses generales en aras a la consecución de fines particulares (art. 1255 C.c.”); “que la cláusula ha de entenderse como vinculante o limitativa para el adquiriente *mortis causa*”.

---

(174) Vid. el comentario a esta resolución de CAPILLA RONCERO, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 20, pp. 387 y ss.

sa —a quien la cláusula propiamente se dirige— y no como regla que altere las normas de responsabilidad patrimonial, pues ésta es materia excluida de la autonomía de la voluntad”.

Efectivamente, como dice Capilla (175), en el caso contemplado por esta resolución, se trataba de una prohibición de disponer “pura”. Pero el hecho de que sea pura no significa que carezca de causa suficiente. Hemos puesto de manifiesto, en nuestro estudio, que las prohibiciones de disponer suelen acompañar a otro tipo de instituciones y en este sentido las refuerzan. En otras ocasiones las prohibiciones de disponer no acompañan a ninguna institución sino que únicamente el causante o donante cercena el poder dispositivo de su heredero o donatario. Estas son las llamadas prohibiciones de disponer “puras”. Sin embargo, siendo puras pueden responder a una causa razonable o a un interés legítimo o no. Si no responden a dicho interés, si no existe ningún beneficio para nadie, nuestro Ordenamiento no debe protegerlas.

En el supuesto de la resolución que comentamos, parece que existía una prohibición de disponer pura pero no sin causa, pues el beneficiado por ella podía ser el padre de la heredera, en un caso y la propia heredera hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, en otro.

No obstante lo anterior, lo fundamental de esta resolución es precisamente el cambio de línea en el Centro Directivo.

Se considera en esta ocasión que las prohibiciones de disponer no pueden constituir impedimentos absolutos que dejen sin efectos principios elementales como es el de la responsabilidad patrimonial ilimitada establecida en el art. 1911 del C.c.

Este criterio nos parece razonable. Como decíamos anteriormente, la verdadera y auténtica seguridad de los acreedores está en la capacidad económica de su deudor para hacer frente a sus obligaciones. Por otra parte, es de todos conocido, que de la responsabilidad por deudas solamente quedan excluidos aquellos bienes que la ley declara especialmente inembargables.

Como dice la Dirección en uno de sus Fundamentos de Derecho: “La responsabilidad universal patrimonial tiene una evidente función estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía a priori, en cuanto que advierte al deudor y asegura al acreedor que su satisfacción se procurará a costa de cualquier bien de aquél, salvo los estrictamente excluidos por la ley misma; esta función quedaría eliminada si se admitiese la inejecutabilidad de los bienes sujetos a prohibición de disponer y obligaría al eventual acreedor a considerar, previamente a la concesión de su crédito, no sólo la importancia del patrimonio del deudor, sino además la concreta situación jurídica de los bienes y derechos que lo integran con el consiguiente entorpecimiento del tráfico jurídico”.

Aunque refiriéndose al art. 1807 del C.c., y por tanto a la posible

---

(175) Ob. cit. p. 396.

inembargabilidad de la renta vitalicia, observa Guilarte (176) "que la voluntad de los interesados, ni aún en los negocios constituidos a título gratuito, resulta eficaz para alterar el régimen de la responsabilidad universal y consecuentemente el de la embargabilidad de los bienes, sino cuando expresamente se le haya atribuido por la ley la facultad de imponer el carácter de inembargable a un bien concreto".

En nuestro supuesto, nos parece que aunque el Ordenamiento admite la prohibición de disponer, esta admisión no se puede interpretar ampliamente. Y en este sentido, creemos que dicha admisión no debe amparar la responsabilidad limitada de los bienes del deudor.

En otra resolución de la Dirección vimos que una de las causas que se mantenían para la inadmisión de la anotación de embargo era que fácilmente así podrían eludirse y quedar burladas las prohibiciones de disponer en virtud de procedimientos simulados o convenidos entre las partes.

No obstante, para evitar lo anterior existen otros remedios jurídicos que no implican el entorpecimiento del tráfico jurídico en virtud, además, de prohibiciones de disponer que son obviamente materia de interpretación restrictiva.

En este sentido, deberían diferenciarse distintos supuestos: Aquellos actos voluntarios contrarios a la prohibición que evidentemente son nulos en su vertiente traslativa. Y aquellas enajenaciones forzosas que deben ser plenamente válidas, en aras del principio de la responsabilidad patrimonial universal en virtud del art. 1911 de nuestro Código civil. Otra cuestión es que en estas enajenaciones forzosas pueda existir fraude o simulación, para ellas ya disponemos de estas figuras.

Por otra parte, se deben distinguir, como lo hace Capilla (177), las modalidades de ejecución forzosa que se cobijan al abrigo del art. 1911. La línea seguida por la citada resolución debería seguirse en los supuestos de responsabilidad "que nace como consecuencia del incumplimiento de obligaciones afectando potencialmente a todo el patrimonio del deudor, articulada mediante la llamada ejecución dineraria por el equivalente".

---

(176) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXII-1, Madrid 1982, comentario al art. 1807, pp. 534 y ss.

(177) Ob. cit. p. 396.

# Término y vencimiento anticipado: antecedentes históricos

MARIO E. CLEMENTE MEORO

Profesor titular de Derecho Civil. Universidad de Valencia

**SUMARIO:** Introducción.—I. Derecho romano. 1. Consideraciones previas.

El término en el Derecho romano. 2. Tipos de término. Término y condición. 3. Efectos del término. 4. Vencimiento anticipado de las obligaciones en Derecho romano. 5. La insolvencia del deudor. a) La restitución de la dote. b) El deudor del Fisco. 6. La no prestación de las garantías. a) *Missio in possessionem legatorum servandorum causa*. b) *Missio in bona si heres sui suspectus*. d) Dote. 7. La disminución o desaparición de las garantías. 8. Recapitulación.—II. Derecho histórico castellano. 9. Aspectos generales relativos al término en el Derecho histórico castellano. a) El término y la condición. Distinciones. b) Efectos del término. 10. Supuestos de vencimiento anticipado en el Derecho histórico castellano. a) Insolvencia del deudor. a') La restitución de la dote. b') El peculio adventicio. c') La fianza. d') La prenda. b) Desaparición o disminución de las garantías. 11. Recapitulación.—III. La doctrina española de los siglos XVI al XVIII. 12. El principio general. 13. Problemas que suscita el principio general. a) Si puede el juez declarar de oficio la inexigibilidad de la obligación. b) Supuestos de fuga o pobreza. El deudor sospecho. 14. Las excepciones al principio general. a) La restitución de la dote. b) La fuga, la insolvencia y el concurso del deudor. c) La desaparición de la hipoteca. d) El Fisco como acreedor. 15. Recapitulación.—IV. La codificación. 16. El Código Civil francés. La doctrina de Pothier. 17. Supuestos de vencimiento anticipado en el Código Civil francés. a) La quiebra del deudor. b) La disminución de las garantías. 18. Influencia del Código Civil francés en otras legislaciones. a) Bolivia. b) Chile. c) Portugal. d) Argentina. 19. El Código Civil italiano de 1865. 20. Proyectos y anteproyectos españoles. a) El Proyecto de Código Civil de 1836. b) El Proyecto de Código Civil de 1851. c) El anteproyecto del Código Civil (1882-1888). 21. Influencia del Código Civil español en otras legislaciones.

## 1. INTRODUCCION

Con la finalidad de tutelar los intereses del acreedor en la relación obligatoria se establecen en nuestro Ordenamiento jurídico una serie de supuestos de vencimiento anticipado. A través de los mismo se prueba que el Derecho de obligaciones no es un Derecho de carácter neutral, un Derecho que trate de conseguir un equilibrio en la relación jurídica entre deudor y acreedor, sino todo lo contrario. En ocasiones, y esta es una de ellas, toma partido e incluso renuncia a alguno de sus más acusados principios para hacer efectiva su labor protectora. El vencimiento anticipado supone la quiebra de la regla según la cual los pactos deben ese respetados, supone una limitación del principio de la autonomía privada, y, sin embargo, no son pocos los casos en que se establece. La piedra angular del sistema, en nuestro Ordenamiento, se encuentra en el art. 1.129 del Código Civil, pues establece el vencimiento anticipado, en general, de las obligaciones, no de un concreto tipo de ellas. Sin embargo, desde su promulgación han proliferado extraordinariamente los supuestos que, con igual o distinta denominación, con el mismo o diferente alcance, establecen la misma consecuencia jurídica: el vencimiento anticipado de una obligación que nació aplazada. Es el caso del art. 39 de la Ley de Hipoteca Naval, de los arts. 6, 29, 44-3, 51, 62, 63 y 64 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, 11 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, 50 de la Ley Cambiaria, y 5-3 de la Ley y 29-1 del Reglamento de Mercado Hipotecario. A ellos hay que añadir, en el orden concursal, los arts. 883 del Código de Comercio y 1915 del Código Civil.

Sin embargo, el recurso el vencimiento anticipado de las obligaciones no nace, frente a una extendida opinión, de la obra de POTHIER, sino que, como exponemos a continuación, ya con anterioridad se pueden encontrar formulaciones parciales en textos normativos y, sobre todo, doctrinales. En efecto, los antecedentes que de la misma cabe encontrar en el Derecho romano son ciertamente escasos y de ámbito objetivo muy limitado. Se trata de textos oscuros o que prevén supuestos muy particulares. Estos textos pasan a los Derechos nacionales y, desde luego, no permiten la generalización de los supuestos de vencimiento anticipado. Sin embargo, con base en los mismos, los comentaristas —y ello se observa con toda claridad en los autores españoles de los siglos XVI y XVII, a quienes hemos dedicado especial atención—, van a formular una serie de principios de vencimiento anticipado aplicables no sólo a particulares relaciones obligatorias sometidas a témino, sino, en general, a todo tipo de obligaciones. En consecuencia, puede decirse que la figura del vencimiento anticipado es de creación fundamentalmente doctrinal.

Esta elaboración doctrinal, en la que, sin duda, tiene una posterior e influyente participación POTHIER, llega al Código Civil francés;

pero la cristalización legal de la figura no supone su estancamiento, sino todo lo contrario, es el punto de partida de su posterior desarrollo. Con base en el art. 1188 del *Code Napoleón* la doctrina científica sigue ampliando su ámbito de aplicación, y la interpretación que los autores de la Escuela de la Exégesis hacen del precepto en cuestión tendrá eco en los Códigos que se encuentran en el ámbito de influencia del francés. Poco a poco los supuestos de vencimiento anticipado van siendo más amplios, y prueba de ello es la comparación del art. 1129 del Código Civil español con el 1188 del francés. Pero, además, el vencimiento anticipado no se queda en los Códigos Civiles. Pese a que se prevé para las obligaciones en general en textos legales que son Derecho común, cada nueva Ley especial que regula relaciones obligatorias o jurídico-reales en garantía de obligatorias —accesorias, por tanto— introduce uno o más supuestos de vencimiento anticipado. Y las cláusulas de vencimiento anticipado son extraordinariamente frecuentes hoy en día en los contratos, especialmente en los que se celebran con entidades financieras.

A exponer la línea evolutiva que hemos señalado se dedican las siguientes páginas de ese trabajo.

## I. DERECHO ROMANO

**1. Consideraciones previas. El término en el Derecho romano.**—En Derecho romano las estipulaciones, los legados y los fideicomisos, a diferencia de otros actos, que reciben la denominación de *legítimos* (1), admitían término y condición.

Respecto de las obligaciones, en general, se refiere a la admisibilidad del término D. 44, 7, 55 pr. y 1:

«Las obligaciones pueden ser de cuatro maneras: las que tienen un término, o una condición, o una modalidad, o una accesión. 1) En el término hay dos aspectos: o la obligación empieza en un término, o es hasta que llega el término; por ejemplo, <la estipulación> “¿prometes dar en las calendas de Marzo?” tiene por efecto que no se puede exigir antes del término; hasta que llega el término, en cambio, es <cuando se dice> “¿prometes dar hasta las calendas?”. Consta que no se puede constituir una obligación hasta la llegada del término, como tampoco un legado, pues lo que ha empezado a deberse sólo deja de deberse por causas determinadas. Claro que el estipulante podrá ser rechazado mediante una excepción».

(1) Se trata de la emancipación, *la acceptilatio*, la adición de la herencia, la manumisión de un esclavo y el nombramiento de tutor, tal y como se señala en D. 50, 17, 77 (*Pap. 28 quaeſ.*).

ción de pacto convenido o de dolo malo. Así también en los actos de entrega, cuando uno dice que entrega el suelo sin la edificación, la cual es, por naturaleza, accesoria del suelo» (*Paul.* 74 *ad ed.*) (2).

En cuanto a los legados puede verse D. 35, 1, 1:

«Los legados que deja un testador pueden ser <con término cierto> o incierto, con condición o presentes, si no llevan término ni condición, a no ser que impliquen por sí mismos una condición. 1) Cuando se pone un término cierto, pueden pagarse aunque no haya venido el día <en que se hacen exigibles>, pues es seguro que se deberán. 2) El término es incierto, por ejemplo, cuando se escribe “que mi heredero dé cien mil sestercios cuando se muera”, pues su muerte es un término incierto; y por ello, si el legatario hubiera muerto antes que el heredero, el legado no se transmite al heredero del legatario, pues no cedió estando él vivo el día <en que se adquiere el derecho> al legado, aunque fuera seguro que el heredero tenía que morir. 3) El legado tiene una condición implícita cuando hacemos el legado diciendo “que mi heredero dé el hijo que tenga la esclava Arescusa”, o “que mi heredero dé los frutos que sean percibidos de tal fundo”, o “que dé a Seyo el esclavo que yo no hubiera legado a otra persona”» (*Pomp.* 3 *ad Q. Muc.*) (3).

(2) D. 44, 7, 44 pr. y 1: «*Obligationum fere quattor causae sunt: aut enim dies in iis est aut condicio aut modus aut accessio.* 1) *Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem. Ex die veluti “Kalendis Martiis dare spondes?” cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur. Ad diem autem “usque ad kalendas dare spondes? Placet autem ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum: nam quod alicui deberi coepit, certus modis desinit deberi. Plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoveri poterit. Sic et in traendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret» (*Paul.* 74 *ad ed.*). La traducción de los textos del Digesto corresponde a D'ORS, A.; HERNÁDEZ-TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCÍA-GARRIDO, M., y BURILLO, J.: *El Digesto de Justiniano*, 3 tomos, Pamplona, 1968-1974. El texto latino corresponde a Krüger, P., y Mommsen, Th.: *Digesta Iustiniani Augusti*, Berlín, 1962-1963.*

(3) D. 35, 1, 1: «*Legatis quae relinquuntur aut dies incertus aut condicio adscribitur aut, si nihilo horum factum sit, praesentia sunt, nisi si vi ipsa condicio insit.* 1) *Cum dies certus adscriptus est, quamvis dies nondum venerit, solvi tamen possunt, quia certum est ea debitu iri.* 2) *Dies autem incetus est, cum ita scribitur “heres meus cum morietur, decem dato”: nam diem incertum mors habet eius. Et ideo si legatarius ante decesserit, ad heredem eius legatum non transit, quia non cessit dies vivo eo, quamvis certum fuerit moritum heredem.* 3) *Inest autem condicio legati, veluti cum ita legamus: “quod ex Arescusa natum fuerit, heres dato” aut “fructus, qui ex eo fundo percepti fuerint, heres dato” aut “servum, quem alii non legavero, Seio dato”* (*Pomp.* 3 *ad Q. Mucium*).

**2. Tipos de término. Término y condición.**—Tradicionalmente se distinguen cuatro tipos de término (4):

- 1) *dies certus an, certus quando*; si se sabe que llegará y cuándo llegará el día (v. gr., una fecha del calendario).
- 2) *dies certus an, incertus quando*; si se sabe que llegará el día pero no se sabe cuándo (v. gr., el día de la muerte de una persona).
- 3) *dies incertus an, certus quando*; si se desconoce si el día llegará pero se sabe el día en que, en todo caso, ha de cumplirse el hecho futuro (v. gr., el día en que alguien adquiera la mayoría de edad, pues puede no llegar a adquirirla nunca).
- 4) *dies incertus an, incertus quando*; si no se sabe ni cuándo ni si llegará el día (v. gr., el día en que se case una persona).

En realidad los dos últimos supuestos son condiciones, no términos, pues en el término siempre hay certidumbre respecto a la llegada del día, aunque se desconozca cuándo llegará, caracterizándose la condición por la incertidumbre respecto a si sucederá o no el hecho del que se hacen depender los efectos de la obligación o la disposición testamentaria. En definitiva, el problema está en aplicar esquemas conceptuales de vigencia actual a los textos romanos. Si partimos de la distinción que entre término y condición hemos efectuado, que se encuentra en toda la doctrina moderna, y la aplicamos al Derecho romano podemos encontrarnos con que:

- a) En ocasiones se denomina término (*dies*) incierto a lo que no es más que una condición, como ocurre en D. 36, 2, 22 pr., en que un legado se hace depender de que el legatario cumpla los catorce años:

«Si se hubiese legado algo a Ticio para “cuando tuviera catorce años”, y Ticio hubiera muerto antes de los catorce años, es cierto que tal legado no pasa al heredero <del legatario>, pues este legado de “si se hubiera hecho de catorce años” contiene, no sólo un término, sino también una condición, pues el que deja de existir no puede entenderse que cumpla catorce años. Y lo mismo da que se escriba “si” que “cuando hubiera llegado a los catorce años”: con la primera forma se indica un término por medio de una condición, y con la otra, una condición por medio de un término, pero en ambos casos se da la misma condición» (*Pomp. 5 ad Q. Muc.*) (5).

(4) Cfr. IGLESIAS, J.: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1979, § 44, pág. 178 y ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A.: *Derecho Romano*, Madrid, 1981, § 83, pág. 137.

(5) D. 36, 2, 22 pr.: «*Si Ticio, “cum is annorum quattuordecim esset factus”, legatum fuerit et is ante quartum decimum annum decesserit, verum est ad heredem eius legatum non transire, quoniam non solum diem, sed et condicionem hoc legatum in se continet “si effectus esset annorum quoattuordecim”, qui autem in rerum natura non esset, annorum quattuordecim esse non itellegatur. Nec interest, utrum scribatur “si annorum quattuordecim factus erit” an ita, cum priore scriptura per condicionem tempus demonstratur, sequenti per tempus condicio, utrubique tamen eadem condicio est» (*Pomp. 5 ad Q. Muc.*)*

También puede verse D. 45, 1, 38, 16 respecto a las estipulaciones:

«La diferencia entre el término cierto y el incierto, <que vale como condición> se ve también en que lo prometido con término cierto puede darse inmediatamente, pues se deja libre al promitente, para que pague, todo el tiempo intermedio, y, en cambio, el que prometió “si se hacía tal cosa” o “cuando se hiciera tal cosa”, si diera antes de hacerse aquello no parece haber hecho lo que prometió» (*Ulp. 49 Sab.*) (6).

b) Algunos textos llaman condición al suceso que necesariamente ha de cumplirse, aunque no se sepa cuándo. Así sucede en D. 12, 6, 18:

«Y si se debe bajo una condición que necesariamente ha de cumplirse, no puede repetirse el pago, aunque si es bajo otra condición, que es incierto si se va a cumplir, puede repetirse si se paga antes del cumplimiento de la misma» (*Ulp. 2 ad ed.*) (7).

Se determina que las *condiciones* que necesariamente han de cumplirse no producen los efectos propios de las condiciones. Sin embargo, ésta es la denominación que se les da, la de condiciones, distinguiéndolas, además, de otras condiciones, las inciertas respecto a su cumplimiento, que sí producen efectos.

Los juristas romanos no distinguieron entre término y condición según fuera o no objetivamente cierto el cumplimiento del evento del que se hacían depender los efectos de la estipulación o de la disposición de última voluntad. Los textos romanos en realidad se refieren, bien a un *dies*, bien a una *condicio*, es decir, a que los efectos de la estipulación o de la disposición testamentaria dependan de la llegada de un día o de que llegue a producirse un acontecimiento futuro (8). El *dies* puede ser cierto o incierto, tanto respecto a si llegará como a cuándo llegará. La *condicio*, para que produzca los efectos que le son

(6) D. 45, 1, 38, 16: «*Inter incertam certamque diem discrimen esse ex eo quoque apparet, quod certa die promissum vel statim dari potest: totum enim medium tempus ad solvendum liberum promissori relinquitur: at qui promisit “si aliquid factum sit” vel “cum aliquid factum sit”, nisi cum id factum fuerit, dederit, non videbitur fecisse quuod promisit*» (*Ulp. 49 Sab.*).

(7) D. 12, 6, 18: «*Quod si ea condicione debetur, quae omnimodo exstatura est, solutum repeti non potest, licet sub alia condicione, quae an impleatur incertum est, si ante solvatur, repeti possit*» (*Ulp. 2 ad ed.*). También en D. 46, 2, 9, 1: «*Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari*» (*Ulp. 47 Sab.*).

(8) Nunca un acontecimiento pretérito que las partes desconozcan, como se desprende de Inst. 3, 15, 6.

propios, deberá ser un hecho objetivamente incierto. Si la condición se cumplirá necesariamente, no suspende ni resuelve el negocio jurídico. Por ello en D. 36, 2, 22 pr. se dice que el legado está sometido tanto a término (*dies*) como a condición, pues al hacerlo depender de que el legatario cumpla catorce años se fija un día y, al mismo tiempo, se *condiciona* su efectividad a un acontecimiento futuro y objetivamente incierto: que el legatario llegue a vivir hasta los catorce años.

Por otro lado, lo que en principio puede considerarse un término, un *dies certus an*, aunque *incertus quando*, como el día en que una persona muera, puede tener efectos de condición si, a su vez, depende de un hecho incierto, como es la premoriencia (9). En tales supuestos el *dies certus an, incertus quando* vale como condición, tal y como se señala en D. 30, 30, 4:

«También si se ha dejado un legado bajo condición, puede decirse que no se aplica la cláusula de la anualidad, porque el plazo incierto se llama condición» (*Ulp. 19 Sab.*) (10).

Y en el mismo sentido, *dies incertus condicionem in testamento facit* (11).

Otra distinción clásica se formula entre término suspensivo o inicial (*dies a quo*) y término resolutorio o final (*dies ad quem*) (12). Sin embargo, parece que para los negocios de estricto Derecho civil los romanos sólo conocieron el término suspensivo, configurando el término resolutorio como dos negocios jurídicos diferentes, uno puro y el otro sometido a término suspensivo y que tiene la forma de *pactum*

(9) Cfr. D'Ors, A.: *Derecho Privado Romano*, 5.<sup>a</sup> ed., Pamplona, 1983, § 284, pág. 350.

(10) D. 30, 30, 4: «*Sed et si sub condicione sit legatum relictum, potest dici cessare annuam adiectionem, quia dies incertus appellatur condicio*» (*Ulp. 19 Sab.*).

(11) Cfr. D. 35, 1, 75 (*Pap. 34 quaesi*).

Responden a este mismo principio los textos siguientes: D. 31, 12, 1 (*Paul. 2 ad Vit.*); D. 36, 2, 4 (*Ulp. 19 Sab.*); D. 36, 2, 13 (*Ulp. 24 Sab.*); y D. 36, 2, 21 pr. (*Paul. 2 ad Vit.*).

Hay que tener en cuenta que en ocasiones los textos romanos denominan *dies certus an, incertus quando* —así en D. 31, 12, 1 (*Paul 2 ad Vit.*) y D. 35, 1, 1, 2 (*Pomp. 3 ad Q. Muc.*)—; en otras la denominación se refiere al *dies incertus an* —como en D. 45, 1, 38, 16 (*Ulp. 49 Sab.*)— y, por último, se equipara la terminología en D. 30, 30, 4 (*Ulp. 19 Sab.*).

(12) Puede encontrarse en JÖRS, P. y KUNKEL, W.: *Derecho Privado Romano*, trad. a la segunda ed. alemana por L. PRIETO CASTRO, Barcelona, 1937, pág. 120; IGLESIAS, J.: *Derecho Romano*, cit., § 44, pág. 178; ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A.: *Derecho Romano*, cit., § 83, pág. 137; ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *Instituciones de Derecho Romano*, I, Madrid, 1975, págs. 185; HERNÁNDEZ-TEJERO: *Lecciones de Derecho Romano*, Madrid 1978, pág. 102, y KASER, M.: *Derecho Romano Privado*, Madrid, 1982, págs. 60 y 61.

añadido al negocio principal, dirigido a hacer cesar los efectos de éste (13).

**3. Efectos del término.**—La relación obligatoria sujeta a término se considera perfecta, pues el *dies* no hace más que retrasar la exigibilidad de la prestación. Esta es la idea que se encuentra en las fuentes y que mantiene mayoritariamente la doctrina (14). Así, respecto de las estipulaciones, dice D. 45, 1, 46 pr.:

«Estipulamos eficazmente que se dé algo a las cien calendas, porque, aunque la obligación sea actual, el pago de la misma queda aplazado al término fijado» (*Paul. 12 Sab.*) (15).

Como señala SOLAZZI (16), la estipulación con un término así de lejano, que supera la vida del estipulante, no es nula, porque la obligación nace inmediatamente y sólo se difiere el pago.

«“Ceder el día” quiere decir que empieza a deberse la cantidad; “venir el día”, que ha llegado el momento en el que se pude exigir la cantidad; cuando se estipula sin condición ni término, el día “cede” y “viene” a la vez; cuando se estipula con un término, el día “cede” pero no “viene” <hasta que llega el término>; cuando se

(13) Cfr. JÖRS, P. y KUNKEL, W.: *Derecho privado romano...*, cit., pág. 121; VOLTERRA, E.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, traducción prólogo y notas de JESÚS DAZA MARTÍNEZ, Madrid, 1986, pág. 183.

(14) En este sentido, SOLAZZI, S.: «*Sull'obbligazione a termine iniziale*», IURA (*Rivista Internazionale di diritto romano e antico*), I, 1950, págs. 34 y ss., que ha estudiado precisamente esta teoría en las fuentes y que cita las opiniones concordantes de RABEL, BÖKING, HÖLDER, SOHM, SERAFINI, SCIALOJA, FERRINI, PEROZZI, ARRANGIO RUIZ, BONFANTE, BIONDI y ENNECCERUS. También son de la misma opinión JÖRS, P. y KUNKEL, W.: *Derecho Privado Romano...*, cit., pág. 122; KASER, M.: *Derecho Romano Privado*, cit., pág. 61. La doctrina española se manifiesta, igualmente de forma mayoritaria, en el mismo sentido. Así, IGLESIAS, J.: *Derecho Romano*, cit., § 44, pág. 178 y § 115, pág. 492; D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., § 427, pág. 488; ARIAS RAMOS, J. y ARIAS SUÁREZ, U.: *Instituciones de Derecho Romano*, cit., págs. 185 y 186; HERNÁNDEZ-TEJERO: *Lecciones de Derecho Romano*, cit., pág. 102. Sin embargo, no faltan opiniones discrepantes, entre las que cabe citar la de BRUNETTI, G.: *Il del dies incertus nelle disposizioni testamentarie (contributo alla dottrina del dies e della conditio)*, Florencia, 1893, § 22, págs. 63 a 65, quien cita a UNGER, ARNDST, BRIZ, WENDT y BARON como partidarios de que el término suspensivo, precisamente porque suspende la ejecución, suspende también la existencia misma de la relación jurídica, como hace la condición, con base en que el derecho verdaderamente existe sólo en tanto en cuanto es exigible y eficaz.

(15) D. 45, 1, 46 pr.: «*Centesimis kalendis dari utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio*» (*Paul. 12 ad Sab.*).

(16) «*Sull'obbligazione...*», cit., pág. 35.

estipula bajo condición, ni “cede” ni “viene” en tanto está pendiente la condición» (*Ulp. I reg.*) (17).

Con gran claridad explica este precepto las diferencias existentes entre una estipulación sin término ni condición, en la que la obligación y la exigibilidad nacen inmediatamente; una estipulación a término, en que la obligación nace, pero no se puede exigir la prestación; y una estipulación sujeta a condición, en la que ni existe obligación ni se puede exigir la prestación mientras no se cumpla la condición.

En Gai. 4, 131 se distingue entre la obligación y la prestación futura. La obligación se contrae inmediatamente, la prestación sólo puede exigirse cuando el término llega:

«Con frecuencia, en virtud de una misma obligación hay una prestación que se debe de inmediato y otra en el futuro; así, cuando hemos estipulado que se nos pague una cantidad cierta en dinero por años o por meses, al término de cada año o de cada mes se debe ya la cantidad de dinero que corresponde a ese período; pero para los venideros años, si bien la obligación se entiende ya contraída, la prestación todavía no es exigible. Por tanto, si queremos pedir y deducir en juicio la prestación a la que ya somos acreedores, manteniendo en su integridad la prestación futura, es necesario que hagamos constar esta *praescriptio* al pretender la acción: **El litigio se circumscribe a la deuda ya vencida**. En otro caso, si litigamos sin esta *praescriptio*, esto es, con la fórmula en la que pedimos una cosa indeterminada, concebida en estos términos: **Todo lo que resulta que Numerio Negidio debe dar o hacer**, deducimos en el juicio la obligación en su totalidad, esto es, incluso la futura, y la obligación deducida en juicio prematuramente no puede generar *condemnatio* ni puede ser objeto de nuevo litigio» (18).

(17) D. 50, 16, 213 pr.: «“*Cedere diem*” significat *incipere deberi pecuniam*: “*venire diem*” significat *eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies: ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit: ubi sub condicione, neque cessit neque venit dies, pendente adhuc condicione» (*Ulp. I reg.*).*

(18) Gai. 4, 131: «*Saepe enim ex una eademque obligatione aliquid in futura prestatione est: velui cum in singulos annos [vel menses] certam pecuniam stipulati fuerimus; nam finitis quibusdam annis [aut mensibus] huius quidem temporis pecuniam praestari oportet, futurorum autem annorum sane quidem obligatio contracta intellegitur, praestatio vero adhuc nulla est; si ergo velimus id quidem quod praestari oportet petere et in iudicium deducere, futuram vero obligationis praestationem in integro relinquere, necesse est ut cum hac praescriptionem agamus: ea res agatur cuius rei dies fuit...»». En el mismo sentido puede verse Gai. 3,124: «...*Pecuniam autem creditam dicimus non solum eam quam credendi causa damus, sed omnem quam tum cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est quae sine ulla condicione deducitur in**

Sin embargo, existen algunos textos que pueden hacer albergar dudas sobre la realidad, en el Derecho Romano, del principio reseñado, esto es, que el derecho de crédito se adquiere inmediatamente y sólo su ejercicio queda en suspenso hasta la llegada del término. Así, en D. 45, 1, 41, 1 se dice:

«Cuando no se fija un término en las obligaciones, la cantidad se debe desde el primer momento, a no ser que el lugar señalado para el pago implique un cierto espacio de tiempo para poder llegar a él. El término fijado hace que la cantidad no se deba desde el primer momento, de lo que se deduce que la fijación de un plazo es a favor del deudor y no del estipulante» (*Ulp. 50 Sab.*) (19).

Se contrapone la obligación pura, en la que se debe inmediatamente, con la obligación a término, en la que no se debe hasta que llega el día (20).

No obstante, es más clara la posición de los textos romanos favorable a la existencia de la obligación antes del término. Y con base en ese criterio cabe encontrar pasajes relativos a la compensación y la novación de las obligaciones. D. 16, 2, 7 pr. niega la compensación antes del término, pero afirmado que la obligación existe:

«Lo que se debe a término no se compensará antes de que venza el término aunque la obligación de dar exista ya» (*Ulp. 28 ed.*) (21).

*obligationem. Itaque et ea pecunia quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitur iri, licet post tempus petatur...».* También en las Instituciones se recoge este principio: «*Omnis stipulatio aut pure aut in diem aut sub condicione fit. Pure veluti "quinque aureos dare spondes"? idque confessim peti potest. In diem, cum adiectio die quo pecunia solvatur stipulatio fit: veluti "decem aureos primis kalendis Martii dare spondes?": id autem, quod in diem stipulantur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest...»* (Inst. 3, 15, 2). Respecto de los legados a término, manteniendo también que existe derecho al legado antes de que llegue el día, se puede citar D. 36, 2, 21 pr. (*Paul. 2 ad Vit.*) y D. 36, 3, 8 y 9 (*Paul. 42 ad Sab.*). La traducción y texto latino de Gayo corresponde a la obra de HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, F. (Coord): *Gayo. Instituciones*, ed. bilingüe, Madrid, 1985.

(19) D. 45, 1, 41, 1: «*Quotiens autem in obligationibus dies nom ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. Verum dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur, ex quo apparuit diei adiectionem pro reo esse, nom pro stipulatore»* (*Ulp. 50 ad. Sab.*).

(20) Respecto de los legados, parecen negar la existencia del derecho al legado antes del término D. 31, 45, 1 (*Pomp. 8 ad Q. Mucium*) y D. 35, 1, 1, 1 (*Pomp. 3 ad Q. Mucium*). Para Solazzi, S.: «*Sull'obbligazione...», cit.*, págs. 44, 48 y 49, ambos textos están interpolados.

(21) D. 16, 2, 7 pr.: «*Quod in diem debetur, nom compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat»* (*Ulp. 28 ad ed.*).

Si no cabe la compensación es porque la deuda aún no es exigible, no porque no exista (22). Sin embargo, sí que cabe novar una obligación a término; por la misma razón, porque la obligación existe, como se señala en D. 46, 2, 5:

«Una obligación con término puede novarse incluso antes de la llegada del término. Consta como principio general que también se puede hacer novación mediante una estipulación con término, pero no puede haber acción de tal estipulación inmediatamente, sino cuando llegue el término» (*Ulp. 34 Sab.*) (23).

Siguiendo este mismo razonamiento, se admite el pago anticipado de las obligaciones a término (24), y no cabe repetir lo anticipadamente pagado, a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones condicionales (25), como manifiesta D. 12, 6, 10, haciendo expresa mención de la existencia de la obligación:

«El deudor es deudor antes del plazo, de modo que no puede repetir lo que pagó antes del plazo» (*Paul. 7 Sab.*) (26).

También se niega la posibilidad de repetir lo anticipadamente pagado en D. 12, , 16, 1:

«En cambio, lo que se debe bajo término incierto, al cumplirse éste, no puede repetirse» (*Pomp. 15 Sab.*) (27).

(22) La misma idea puede obtenerse interpretando *a contrario sensu* D. 50, 17, 14: «*In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur*» (*Pomp. 5 ad Sab.*); lo cual pone de manifiesto D. 16, 2, 16, 1 (*Pap. 3 quaes.*). También Gai. 3, 100 parece negar el nacimiento de la obligación antes del término: «*Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: "post mortem meam dari spondes?" vel ita "post mortem tuam dari spondes?" ; valet autem, si quis ita dari stipuletur: "cum morieris dari spondes?" id est ut in novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur. Nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem...*».

(23) D. 46, 2, 5: «*In diem obligatio novir potest et prius quam dies advenerit. Et generaliter constat et stipulatione agi posse, antequam dies venerit*» (*Ulp. 34 ad. Sab.*). En relación a los legados y fideicomisos puede verse lo que manifiesta D. 46, 2, 8, 1 (*Ulp. 46 ad Sab.*).

(24) Al respecto pueden señalarse los siguientes textos: D. 45, 1, 38, 16 (*Ulp. 49 Sab.*); D. 45, 1, 137, 2 (*Ven. 1 de stip.*) y D. 46, 3, 70 (*Cels. 26 dig.*).

(25) *Vid.* D. 12, 6, 16 pr. (*Pomp. 15 Sab.*) y 189 (*Ulp. 47 Sab.*).

(26) D. 12, 6, 10: «*In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit*» (*Paul. 7 ad Sab.*).

(27) D. 12, 6, 16, 1: «*Quod autem sub incerta die debetur, die existente non repetitur*» (*Pomp. 15 Sab.*).

Y, por último, en D. 12, 6, 17:

«Pues si hubiera prometido dar cuando yo muera, y pago antes, dice Celso que no puedo repetir, opinión que es verdadera» (*Ulp.* 2 ed.) (28);

y D. 12, 6, 18:

«Y si se debe bajo una condición que necesariamente ha de cumplirse, no puede repetirse el pago, aunque si es bajo otra condición, que es incierto si se va a cumplir, puede repetirse si se paga antes del cumplimiento» (*Ulp.* 47 *Sab.*) (29),

pues la muerte es un término, al igual que la condición que necesariamente ha de cumplirse.

Por último, y como un dato más a favor de considerar existente la obligación antes del término, el derecho a término no puede resultar perjudicado por ningún acto posterior (30).

El término se presume puesto en interés del deudor, que por ello puede pagar antes del vencimiento. Así se establece, expresamente, en D. 42, 1, 7:

«Aunque no pueda ejercitarse la acción ejecutiva dentro del plazo señalado, no se duda hoy de que el juzgado puede liberarse de muchas formas, pues el espacio de los días lo establece la ley en favor del juzgado y no contra él» (*Gai* <10> ed., tit. de *re iudicata*) (31);

y D. 46, 3, 70:

«Lo que se ha prometido para término cierto puede darse incluso inmediatamente, pues todo el tiempo intermedio se considera

(28) D. 12, 6, 17: «*Nam si cum moriar dare promisero et antea solvam, repetere me non posse Celsus ait: quae sententia vera est*» (*Ulp.* 2 ed.).

(29) D. 12, 6, 18: «*Quod si ea condicione debetur, quae onnimum exstatura est, solutum repeti non potest, licet sub alia condicione, quae an impleatur incertum est, si ante solvatur, repeti possit*» (*Ulp.* 47 *Sab.*).

(30) Cfr. WINDSCHEID, B.: *Diritto delle Pandette*, trad. y notas de C. FADDA y P. E. BENSA, vol. I, Turín, 1925, pág. 339, nota 5, quien cita a ese respecto los textos siguientes: D. 17, 2, 28 (*Paul.* 60 ed.); D. 18, 4, 17 (*Ulp.* 43 ed.) D. 46, 4, 12 (*Pomp.* 26 *Sab.*); D. 40, 9, 27 pr. (*Hermog.* 1 *iur. epit.*); y CJ. 6, 43, 3, 2-3.

(31) D. 42, 1, 7: «*Intra diem constitutos, quamvis iudicati agi nom possit, multis tamen modis iudicatum liberare possi hodie non dubitatur, quia constitutorum dierum spatium pro iudicato, non contra iudicatum per legem constitutum est.*» (*Gai* [10] ed., tit. de *re iudicata*).

(32) D. 46, 3, 70: «*Quod certa die promissum est, uel statim dari potest: totum enim medium tempus ad soluendum promissori liberum relinqu intellegitur*» (*Cels.* 12 dig.).

concedido libremente para que pueda pagar el promitente» (*Cels. 26 dig.*) (32);

y cabe deducirlo de D. 45, 1, 38, 16 (33).

En ocasiones en el plazo no resulta de lo acordado por las partes, sino de la naturaleza de la obligación. El principio general aparece enunciado en D. 50, 17, 186:

«Nada puede ser reclamado antes del momento en el que pueda pagarse según la naturaleza de las cosas; y cuando se fija un plazo para el pago de la obligación, no puede reclamarse en tanto no ha transcurrido el plazo (*Cels. 12 dig.*) (34).

También el lugar de la prestación determina la necesidad de conceder un plazo al deudor para el cumplimiento de la obligación. Se trata de los supuestos recogidos en D. 13, 4, 2, 6:

«Si se estipula dar diez mil sestercios en Éfeso y se demanda antes de la fecha en que el demandado pudiera llegar a Éfeso, es sin derecho <como si se hiciera> antes del plazo, pues cree Juliano que tal estipulación contiene un término tácito; por lo que me parece exacto lo que dice Juliano de que estipula inválidamente el que estipula en Roma que se le dé hoy mismo en Cartago» (*Ulp. 27 ad ed.*) (35).

(33) *Vid. supra*. También considera que el término se presume puesto en beneficio del deudor D. 45, 1, 41, 1 (*vid. supra*), pero partiendo de que la obligación no existe hasta que llega el día.

En relación con las disposiciones testamentarias puede verse lo que manifiestan D. 35, 1, 1, 1 (*Pomp. 3 ad Q. Mucium*); D. 50, 17, 17 (*Ulp. 23 Sab.*) y CJ. 6, 42, 12. SOLAZZI, S.: *Léstinzione delle obbligazione*, Nápoles, 1931, págs. 93 y 94, mantiene que esta doctrina es propia del Derecho justiniano, y considera que parece no ser clásica, ni para los negocios *inter vivos*, ni para las disposiciones testamentarias, pues para el Derecho clásico la interpretación del término en favor de una u otra parte se reducía a una *quaestio voluntatis* [D. 31, 43, 2 (*Pomp. 3 ad Q. Muc.*) y D. 33, 1, 15 (*Val. 7 de fideic.*)]. GUARNERI CITATI: «Contributi alla dottrina della mora», *Annali Palermo*, II, 1923, pág. 89, n.º 1, mantiene la interpolación de los pasajes en los que se afirma la presunción en favor del deudor.

(34) D. 50, 17, 186: «*Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit: et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito peti non potest*» (*Cels. 12 dig.*); En el mismo sentido D. 19, 2, 58, 1 (*Lab. 4 post.*); D. 38, 1, 24 (*Iul. 52 dig.*); D. 45, 1, 14 (*Pomp. 5 ad Sab.*); D. 45, 1, 73 pr. (*Paul. 24 ad ed.*); D. 45, 1, 83, 5 (*Paul. 72 ed.*); D. 45, 1, 98, 1 (*Marcell. 20 dig.*); y D. 45, 1, 137, 3 (*Ven. 1 de stip.*).

(35) D. 13, 4, 2, 6: «*Quia ita stipulatur "Ephesi decem dari", si ante diem, quam Ephesum pervenire possit, agat, perperam ante diem agi, quia et Julianus putat diem tacite huic stipulationi inesse...*» (*Ulp. 27 ad ed.*).

y D. 45, 1, 60:

«Lo mismo sucede cuando se estipula que se dé en Capua una cierta cantidad de aceite, pues la estimación se fija al momento de poder demandar, que es tan pronto como se ha podido llegar al lugar señalado» (*Ulp. 20 ed.*) (36).

En D. 13, 5, 21, 1 se establece la necesidad de conceder un plazo de *favor o impuesto por la buena fe* al deudor para el cumplimiento, independiente de la naturaleza o circunstancias de obligación:

«Si constituyes pagar sin fijar plazo, puede decirse ciertamente que no quedas obligado, aunque las palabras del edicto se interpreten libremente; de no ser así, podrías ser demandado sin más espera si no pagabas inmediatamente después de la constitución; pero hay que señalar un tiempo módico, no menos de diez días, para realizar la reclamación» (*Paul. 29 ed.*) (37).

Y en D. 2, 8, 8 pr. se encomienda al juez la fijación de ese plazo de *favor*:

«Suele convenirse entre los litigantes el término que se ha de fijar en la estipulación. Si no se hubiera convenido, estima Pedio que puede fijarlo el estipulante, debiendo para ello establecer el juez un estado de tiempo moderado» (*Paul. 14 ed.*) (38).

Por último, también los actos propios de acreedor pueden dar lugar a la concesión o ampliación del plazo concedido al deudor, como pone de relieve D. 44, 4, 2, 6:

(36) D. 45, 1, 60: «*Idem erit et si Capue certum olei pondo dari quis stipulatus sit: nam eius temporis fit aestimatio, cum peti potest: peti autem potest, quo primum in locum perueniri potuit*» (*Ulp. 20 ed.*). El mismo criterio, el lugar de cumplimiento para conceder palzo, se encuentra en D. 45, 1, 137, 2 (*vid. supra*); D. 45, 1, 141, 4 (*Gai. 2 de verb. oblig.*). SOLAZZI, S.: *L'estinzione delle obbligazione, cit.*, págs. 89 a 93, pone de relieve que D. 45, 1, 137, 2 sigue un criterio subjetivo, basado en la edad, el sexo y el estado de salud del deudor, frente al criterio objetivo seguido por el resto de los textos citados; mantiene que el texto en cuestión no es genuino y concluye que el criterio por él adoptado debió ser el propio del Derecho justiniano.

(37) D. 13, 5, 21, 1: «*Si sine die constituas, potest quidem dici te nom teneri, licet verba edicti late pateant: alioquin et confessim agi tecum poterit, si statim ut constitutisti non solvas: sed modicum tempus statuendum est non minus decem dierum, ut exactio celebretur*» (*Paul. 6 brev.*). Parecida disposición se encuentra en D. 46, 3, 105 (*Paul., ad leg. Falc.*) respecto del heredero y las deudas que tuviera su causante con el que salió fiador por él.

(38) D. 2, 8, 8 pr.: «*De die ponenda in stipulatione solet inter litigatores convenire. Si non convenient, Pedius putat in potestate stipulatoris esse moderato spatio: de hoc a iudice statuendum*» (*Paul. 14 ed.*). También se encomienda esta labor al juez en D. 45, 1, 137, 2 (*Ven. 1 de stip.*), pero en función del lugar pactado para el pago.

«No sin razón se ha dicho que si un acreedor hubiera cobrado intereses futuros y reclama la cantidad prestada, a pesar de ello, antes de haber transcurrido el plazo cuyos intereses cobró, podrá ser rechazado por la excepción de dolo, pues puede decirse que obra con dolo, ya que, al cobrar los intereses, se entiende que ha aplazado la reclamación para después del plazo de los intereses pagados, y que ha convenido no reclamar entre tanto» (*Ulp.* 76 ed.) (39).

**4. Vencimiento anticipado de las obligaciones en Derecho romano.**—En Derecho romano el principio general, de acuerdo con la consideración antes vista de que el término se entiende puesto en beneficio del deudor, es que el cumplimiento de la obligación a término no puede exigirse antes de que el día llegue. Así resulta, claramente establecido, de

D. 12, 1, 9 pr.: «La condición de cosa cierta compete por cualquier causa, por cualquier obligación por la que se pide cosa cierta, ya se pida por un contrato cierto o incierto, pues podemos demandar por la condición con tal que la obligación esté vencida, porque si es obligación a término o bajo condición, no podré demandar antes del término o la condición» (*Ulp.* 26 ed.) (40);

D. 44, 7, 44, 1: (*vid. supra*);

D. 45, 1, 59: «Cuando se estipula una cantidad de aceite con un término o una condición, debe fijarse la estimación de esa cantidad en el momento del vencimiento de la obligación, pues es entonces cuando se puede demandar al deudor; si no, habría engaño <para alguno>» (*Iul.* 88 dig.) (41).

D. 50, 16, 213 (*vid. supra*);

D. 50, 16, 186 (*vid. supra*);

(39) D. 44, 4, 2, 6: «*Non male dictum est, si creditor usuras in futurum acceperit, deinde pecuniam nihilo minus petat, antequam id tempus praetereat, cuius temporis usuras accepit, an doli exceptione repellatur. Et potest dici dolo eum facere: accipiendo enim usuras distulisse videtur petitionem in id tempus, quod est post diem usurarum praestitarum, et tacite convenisse interim se non petiturum*» (*Ulp.* 76 ed.).

(40) D. 12, 1, 9 pr.: «*Certi conductio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens si obligatio: ceterum si in diem sit vel condicione obligatio, ante diem vel condicionem non potero agere*» (*Ulp.* 26 ed.).

(41) D. 45, 1, 59: «*Quotiens in diem vel sub condicione oleum quis stipulatur, eius aestimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit: tunc enim ab eo peti potest: alioquin alias rei captio erit*» (*Iul.* 88 dig.).

e Inst. 3, 15, 2: «Toda estipulación se hace pura y simplemente o a plazo o bajo condición. Pura y simplemente se hace así: “¿prometes dar cinco áureos?” En este caso se podía pedir inmediatamente el cumplimiento de la obligación. A plazo, cuando al hacer la estipulación se fija el día en que habrá de pagarse, por ejemplo: “¿prometes dar diez áureos en las primeras calendas de marzo?” Haciendo una estipulación de esta naturaleza, la obligación nace al punto; pero no se puede exigir su cumplimiento hasta que llegue el día convenido. Hablando más exactamente, ni cuando llegue el día, pues el deudor dispone del día entero para efectuar el pago en el momento que prefiera, hasta que no pase ese día no puede afirmarse que lo prometido no se cumplió en tiempo fijado» (42).

Consecuentemente, si el acreedor exige antes de que llegue el término, incurre en *pluris petitio tempore*, como señala Inst. 4, 6, 33:

«...Ahora bien, una petición puede ser excesiva por cuatro motivos: por lo que se pide, por el tiempo en que se pide, por el lugar en que se quiere que se dé cumplimiento y por la causa que se aduce... Se pide más, en cuanto al tiempo, si alguno pidiese, por ejemplo, cuando todavía no ha llegado el día del vencimiento o no se ha cumplido la condición establecida. Pues por lo mismo que el que se retrasa en pagar se estima que paga de menos, el que se anticipa a pedir se juzga que pide de más...» (43).

En un primer momento la *pluris petitio tempore* consumía la acción, de manera que el acreedor no podía volver a ejercitárla en juicio (44). Posteriormente, una constitución del emperador Zenón establecía como único efecto el rechazo de la acción prematuramente intentada y la obligación del acreedor de soportar las costas y de sufrir que se doblase el término de dilación originariamente pactado (CJ. 3, 10, 1 pr.). Esta constitución de Zenón fue confirmada por Justiniano en Ins. 4, 6, 33 e Inst. 4, 13, 10.

No se formula en ningún texto romano un principio, relativo a toda clase de obligaciones, de vencimiento anticipado por alguna de las causas recogidas en el Derecho moderno: insolvencia del deudor, no constitución de las garantías prometidas, disminución o desaparición de las garantías prestadas. Sin embargo, es posible encontrar supuesto muy concretos en que la solución dada por los jurisconsultos romanos se

(42) Inst. 3, 15, 2: «... quod in diem stipulantur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest». La traducción de los textos de *Instituta* corresponde a HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, F.: *Las Instituciones de Justiniano*, Madrid, 1961.

(43) Inst. 4, 6, 33: «... Plus autem quattuor modis petitur: re, tempore, loco, causa... Tempore: veluti si quis ante diem vel ante condicionem petierit. Qua ratione enim qui tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intelligitur, eadem ratione qui premature petit plus petere videtur...».

(44) Cfr. Gai. 3, 180 y Gai. 4, 106.

aproxima, o cabe entender que es equivalente, a un vencimiento anticipado de la obligación. Para mejor exponer estos casos vamos a partir de la distinción de supuestos recogidos en el art. 1129 del Código Civil, viendo primero los relativos a la insolvencia del deudor, en segundo lugar los que se refieren a la no constitución de las garantías prometidas y, por último a la disminución o desaparición de las prestadas.

**5. La insolvencia del deudor.**—Como hemos visto, el principio general es la imposibilidad de que el acreedor a término exija el cumplimiento anticipado de la obligación, a riesgo de incurrir en *pluris petitio*. ¿Ocurre lo mismo en caso de insolvencia del deudor?

La insolvencia, como situación del patrimonio en que el pasivo es superior al activo (45), o como simple falta de liquidez, en Derecho romano clásico no supone una excepción al principio general de que no puede pedirse anticipadamente el vencimiento de la obligación sin incurrir en *pluris petitio* (46). La mera insolvencia del deudor no supone que venza anticipadamente la obligación (47).

¿Qué puede hacer el acreedor a término ante la insolvencia de su deudor? En este supuesto la única facultad concedida al acreedor para garantizar el futuro cumplimiento de la obligación es la de pedir, por especiales motivos, en los juicios arbitrales o de buena fe, la interposición por parte del deudor de una *cautio*, o lo que es lo mismo, la posibilidad de añadir una obligación *ex stipulatu* a la obligación ya existente (48). Tal es lo que establece D. 5, 1, 41:

«En todos los juicios de buena fe, cuando aún no ha llegado el día en que debe ser pagada una cantidad, si alguno demandara para que se interponga caución, se puede condenar con justa causa» (*Pap. 11 quaest.*) (49).

Lo mismo ocurría entre el heredero condicional y el sustituto, pudiendo el Pretor decretar, con causa justificada, antes de cumplirse la condición y de llegar el término para la reclamación, que se interpusiera estipulación. D. 2, 8, 12:

(45) Esta parece ser la idea subyacente en el texto de Labeón recogido en D. 50, 16, 114: «*Solvendo esse nemo intellegitur, nisi qui solidum potest solvere*» (*Iav. 15 ex Cass.*)

(46) Desde luego, no producía la insolvencia efectos jurídicos en el Derecho romano arcaico, en que el vínculo obligatorio era inherente a la persona, de manera que los efectos se producían directamente sobre la persona del *obligatus*, y no sobre su patrimonio.

(47) Tampoco puede el acreedor anticipar los efectos del incumplimiento, aunque las circunstancias de hecho sean tales que sea seguro que el deudor no podrá cumplir la obligación en el término, como pone de manifiesto D. 45, 1, 124 (*Pap. 2 def.*). Así lo señala BONELLI, G.: «La decadencia dal termine del debitore insolvente», *Giuriprudenza italiana*, vol. LI, 1899, IV, págs. 231 y 232.

(48) Cfr. BONELLI, G.: *La decadenza dal termine..., cit.*, pág. 230.

(49) D. 5, 1, 41: «*In omnibus bonae fidei iudiciis, cum nondum dies praestandea pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex iusta causa condemnatio fit*» (*Pap. 11 quaest.*).

«Se admite en general que el heredero bajo condición que entra en posesión de la herencia antes de cumplirse la condición debe dar garantía al sustituto respecto a la herencia, y si se hubiese frustrado la condición, puede el sustitutoadir y reclamar la herencia, y si prevalece en el juicio, debe el heredero atenerse a lo estipulado, y muchas veces el mismo pretor, antes de cumplirse la condición y antes de llegar al término para la reclamación <del sustituto>, suele disponer, con causa justificada, que se interponga estipulación» (*Ulp.* 77 *ed.*) (50).

Y también los legatarios y fideicomisarios pueden exigir caución para asegurar sus legados y fideicomisos a término o bajo condición (*cautio legatorum servandorum gratia*), como puede verse en D. 36, 3 y 4 (51). Además, en caso de que se incumpliera esta obligación, el Pretor decretaba la *missio in possessionem* de los bienes de la herencia (*bonis defuncti*) (52). Sin embargo, esta *missio* no es más que una forma de coacción para obtener la *cautio* (53), a diferencia de lo que sucede en la *missio in bona* (54), que, como más adelante veremos,

(50) D. 2, 8, 12: «*Inter omnes convenit heredem sub condicione, pendente condicione possidentem hereditatem, substituto cavere debere de hereditate, et, si defecerit condicione, adeuntem hereditatem substitutum et petere hereditatem posse et, si optimuerit, committi stipulationem. Et plerumque Praetor et ante condicionem existentem et ante diem petitionis venientem ex causa iubere solet stipulationem interponi*» (*Ulp.* 77 *ed.*).

(51) Cfr. D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., § 302, pág. 369.

(52) Cfr. D. 36, 3, 1, 2 (*Ulp.* 79 *ed.*).

(53) Si el Pretor decreta la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* de los bienes hereditarios a favor del legatario a término o bajo condición para forzar al heredero a prestar la *cautio*. Lo que el heredero debe garantizar al legatario es la conservación o salvaguardia, no tanto de la cosa misma objeto del legado como del derecho mismo del legatario, aunque ese derecho de un legado condicional no existe sino hasta el cumplimiento de la condición, o si, a pesar de existir el derecho, su exigibilidad se retrasa hasta la llegada del plazo en el legado a término. Los bienes del difunto se entregan en mera custodia al legatario, ni siquiera en verdadera posesión [D. 43, 3, 1, 9: «... non possidet is qui missus est in possessionem legatorum causa...» (*Ulp.* 67 *ed.*)]. Por ello, los *missi in possessionem legatorum servandorum causa* se encuentran pasivamente legitimados ante la *actio ad exhibendum* [D. 10, 4, 5, 1 (*Ulp.* 24 *ed.*)], por comparación con el usufructuario] y ante la acción reivindicatoria [D. 6, 1, 9 (*Ulp.* 16 *ed.*)], pues, aunque no son poseedores, *tenent et habent restituendi facultatem*. Como consecuencia de todo lo anterior, hay que concluir que la entrega de los bienes hereditarios no supone un cumplimiento anticipado; sin embargo, el heredero puede ver levantado el embargo no sólo prestando la *cautio*, sino también haciendo efectivo el legado antes de la llegada del término (o el cumplimiento de la condición). Cfr. BETANCOURT, F.: «La defensa pretoria del *missus in possessionem*», *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LII, 1982, págs. 400, 401 y 419.

(54) BETANCOURT, F.: «La defensa pretoria del *missus in possessionem*», cit., págs. 384 y ss., mantiene que el término *missio in bona* es sinónimo del de *missio in possessionem rei servandae causa*, introducido éste por VENULEYO, a mediados del siglo II d. C., en su obra *De interdictis*, y recogido en D. 44, 3, 15, 4. PAPINIANO lo asume en D. 15, 1, 50 pr. y se generaliza por sus discípulos PAULO (D. 42, 2, 3, 23; D. 42, 1, 51, 1 y D. 50, 1, 26, 1) y UPLIANO (D. 10, 4, 5, 1; D. 26, 10, 7, 2; D. 29, 4, 1, 9;

podría dar lugar a la venta en pública subasta de los bienes del deudor. Además, la *cautio legatorum servandorum causa* se puede exigir sin necesidad de acreditar el estado de insolvencia del heredero, con lo cual no cabe conceptuarlo como un medio de defensa contra la insolvencia, sin ser, tampoco, un supuesto de vencimiento anticipado (55).

Con la *cautio* ordenada por el Pretor sólo se consigue añadir una causa a la obligación ya existente, no asegurar el cumplimiento ante la insolvencia del deudor. Tal es el significado del término *cautio*, como señalan CJ. 6, 38, 3:

«Mandamos, que por la palabra *caución*, o *àsfáleia* (seguridad) no se haya de interpretar la dación de fiador, a no ser que especialmente se hubiere escrito esto con palabras griegas o latinas; porque si en general no se hubiera hablado de aseguramiento, o en especial de fianza, con las palabras *caución* o *àsfáleia* (seguridad) no se significa de ninguna manera el aseguramiento, sino la nuda promesa» (56);

---

D. 36, 4, 5, 2; D. 36, 4, 5, 4; D. 41, 2, 10, 1; D. 42, 4, 3 pr.; D. 42, 4, 5 pr.; D. 42, 3, 7 pr.; D. 43, 4, 1, 1; D. 43, 4, 1, 2 y D. 43, 17, 3, 8).

Por otro lado —señala BETANCOURT—, el criterio diferenciador definitivo entre las *missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa* y las demás *missiones in possessionem* —entre ellas la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*— es la de que todas aquéllas conducen a una *venditio bonorum*, ya sea inmediata o diferida. De ahí que las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*, a pesar de recaer sobre un patrimonio (herencia), nunca recibieron en las fuentes la denominación de *missiones in bona*, sino la de *missiones in possessionem*, ya que nunca conducen a una *venditio bonorum*. Lo mismo cabe decir de la llamada *missio Antoniniana*, que no es más que una ampliación del régimen de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* por el emperador ANTONINO CARACALLA, en el sentido de extender el embargo incluso a los bienes propios del heredero gravado con el legado condicional o a término, y no sólo al patrimonio hereditario del heredero, cuando se ejercitaba la *actio ex testamento* del legado damnatorio y no se conseguía la satisfacción del legado en el plazo de seis meses. No por esto cabe calificar la *missio Antoniniana* de *missio in bona* o *missio in possessionem rei servandae causa*, pues, si bien es cierto que recae sobre todo un patrimonio, tanto el propio del heredero como el hereditario, en ningún caso conducía a la venta del mismo, característica que define a las *missiones in bona* propiamente dichas o *missiones in possessionem rei servandae causa*.

(55) Un supuesto en el que sí cabe hablar de vencimiento anticipado, aunque con carácter muy excepcional, se recoge en D. 36, 1, 52 (50) (*Pap. II quaes.*). Si se decreta la inmediata entrega del fideicomiso al fideicomisario, antes del cumplimiento de la condición —que igualmente podría ser un término— se debe a que el padre no puede prestar cauciones a su hijo mientras esté bajo su potestad. Por ello, se le equipara a un hijo militar, con disposición de bienes suyos (peculio castrense), y se prefiere entregar el fideicomiso inmediatamente a permitir el fraude.

(56) CJ. 6, 38, 3: «*Sancimus, cautione nomine vel asfaleias non esse fideiussoris dationem interpretandam, nisi hoc specialiter vel in græcis vel in latinis verbis scriptum fuerit; nisi enim vel generaliter de satisdatiōne, vel de fideiussione specialiter sit nominatum, cautione vel asfaleias minime fideiussionem, sed nudam promissionem significari*». Para la traducción y texto latino del *Codex* hemos seguido la obra de KRIESEL, HERMANN y OSENBRÜGGEN: *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, trad. de I. L. GARCÍA DEL CORRAL, 2.<sup>a</sup> parte, *Código*, tomos I y II, Barcelona, 1892-1895.

y D. 46, 5, 1, 4:

«Debe saberse que todas las estipulaciones, por su naturaleza, son caucionales, pues de lo que se trata con las estipulaciones es de hacer que uno quede más garantizado y seguro con ellas» (*Ulp. 77 ed.*) (57)

En realidad, si en Derecho romano no se estableció un sistema similar al vencimiento anticipado de las obligaciones para proteger al acreedor frente a la insolvencia de su deudor debió ser por la extraordinaria importancia y desarrollo que alcanzó en aquel momento la fianza como instrumento abocado, precisamente, a estos fines. Como sabemos, rara era la obligación que no se aseguraba con alguna de las formas de fianza existentes en Derecho romano (*sponsio, fideipromissio, fideiussio*) (58), garantía suficiente para asumir la posibilidad de la insolvencia del deudor sin necesidad de arbitrar otras medidas (59).

La insolvencia del deudor ni siquiera da lugar al concurso de acreedores, pues la *missio in bona* se decreta por causas distintas a la insolvencia y sin necesidad de que el acreedor demuestre una situación patrimonial del deudor en que el pasivo sea mayor que el activo. Sin embargo, algunas de las situaciones del deudor que llevan a la *missio in bona* pueden asimilarse, en mayor o menor medida, a su insolvencia. Se trata de las situaciones de «*indefensión*» u ocultación del deudor para no comparecer a juicio y del incumplimiento de la sentencia condenatoria.

a) *Indefensus*. En el procedimiento romano clásico era necesaria la asistencia de ambas partes, demandante y demandado, pues no era posible demandar a un ausente. Al demandado que no colabora se le denomina en las fuentes *indefensus*, y respecto del mismo se arbitran una serie de medidas sancionadoras (60).

(57) D. 46, 5, 1, 4: «*Et sciendum omnes stipulatione natura sui cautionales esse, hoc enim agitur stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposta stipulatione*» (*Ulp. 77 ed.*). Cfr. BONELLI, G.: *La decadenza dal termine..., cit.*, pág. 231, nota 1.

(58) En esta última forma de fianza se prevén, por otro lado, las consecuencias que la insolvencia del deudor produce en el *fideiussor*, estableciéndose al respecto la liberación de éste. Cfr. D. 17, 1, 38, 1 (*Marcell., resp.*).

(59) Hasta el punto de que las formas de garantía real (*pignus, hypotheca, antichresis*) no tuvieron excesiva importancia en el Derecho romano.

(60) En el procedimiento de las *legis actiones* podía el demandante llevar por la fuerza al demandado que se negaba a comparecer sin causa justificada.

Según GIMÉNEZ-CANDELA, T.: «Notas en torno al *vadimonium*», *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, tomo XLVIII, 1982, pág. 133, en la época de las *legis actiones* el *vocatus* podía ser sustituido —defendido— por un *vindex*, para evitar la *indefensio* de aquél ante la *in ius vocatio*.

El demandante, dado el carácter eminentemente privado del proceso civil clásico, debe hacer la citación —*in ius vocatio*— de la otra parte (61), acudiendo a su casa para manifestar al demandado que va a reclamar contra él y la causa de su reclamación. En principio, sólo se exige del demandado que preste promesa de comparecer —*vadimonium* (62)— y, si comparece, caución de cumplir la eventual condena, defenderse debidamente y abstenerse de toda actuación dolorosa que pueda suponer perjuicio al demandante —*cautio iudicatum solvi* (63)—.

Si el demandado no presta estas promesas el Pretor decreta el embargo de sus bienes —*missio in bona* (64)—. En concreto, lo hace en los siguientes supuestos (65):

- 1) Si el deudor se encuentra ausente y, por tanto, no se defiende (*missio in bona eius qui absens iudicio defensus non erit*) (66).
- 2) Si el deudor acude pero no se defiende (*missio in bona eius qui negat se defendere aut non vult suspicere actionem*) (67).

(61) Existen, sin embargo, determinadas personas a las que no se les puede obligar a *in ius venire*, bien de forma absoluta, bien mientras duren ciertas situaciones, como consecuencia de la prohibición impuesta por los *mores maiorum*. Se trata de los magistrados que tiene *imperium o potestas*, los pontífices y otras personas en ejercicio de funciones religiosas, los novios durante la boda, etc. (cfr. D. 2, 4, 2; D. 2, 4, 3; D. 2, 4, 18 y D. 2, 4, 21). Igualmente, debía pedirse el permiso del Pretor para citar a los ascendientes, y al patrono y sus ascendientes o descendientes (cfr. D. 2, 4, 4 y Gai. 4, 138). Al respecto puede verse lo señalado por FERNÁNDEZ BARRERIO, A.: «Autorización pretoria para la *in ius vocatio*», *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, tomo XXXVII, 1971, págs. 161 y ss.

(62) El *vadimonium* es la promesa que hace el demandado de comparecer ante el Pretor cuando se reclama su presentación *in iure*, o bien cuando se compromete a una nueva comparecencia *in iure*, en caso de no concluirse el litigio el mismo día de la primera presentación. El *vadimonium* se configura como una promesa estipulatoria, garantizada o no por terceros, en la que el demandado, a instancia del demandante, promete, comparecer ante el magistrado en un lugar, día y hora determinados. Normalmente se estipula una *poena o summa vadimonii* para el caso de incumplimiento de esta promesa. Cfr. GIMÉNEZ-CANDELA, T.: «Notas en torno al *vadimonium*», cit., pág. 134.

(63) Cfr. D. 46, 7, 6 (*Ulp. 78 ed.*).

(64) Para GIMÉNEZ-CANDELA, T.: «Notas en torno al *vadimonium*», cit., págs 143 y ss., esta era la única consecuencia de la *indefensio*, y no se daba una *actio in factum*, como otros autores mantienen.

(65) Cfr. BETANCOURT, F.: «La defensa pretoria del *missus in possessionem*», cit., pág. 393.

(66) Cfr. D. 42, 5, 5; D. 42, 4, 6, 1; Gai. 3, 78; Gai. 4, 183; CJ. 3, 1, 13, 3, y CJ. 3, 19, 2, 1. Para D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., § 94, pág. 136, tiene esta *missio* carácter meramente preventivo y no supone la venta de los bienes del deudor.

(67) Cfr. Gai. 3, 78.

3) Si el deudor nombra un *vindex* y éste no le defiende (*missio in bona eius qui vindecem dedit, si neque potestatem sui faciet neque defendetur*) (68).

4) Si el deudor se oculta fraudulentamente (*missio in bona eius qui fraudationis causa latitabit*) (69).

b) Ejecución de sentencia. El deudor condenado que no cumple voluntariamente la sentencia queda sujeto a un procedimiento de ejecución —*actio iudicati*—, en un plazo de treinta días (70). Si el demandado con la *actio iudicati* no paga o niega la validez del *iudicatum*, se decreta, a petición del acreedor favorecido en la sentencia, la *missio in bona debitoris* (71), en virtud de la cual este acreedor, y los demás acreedores, si los hay, entran en posesión de los bienes del deudor (72).

Una vez decretada la *missio in bona* —por cualquiera de las causas señaladas— puede pedirse al magistrado, para la administración de los bienes, que nombre un *curator* (73). Igualmente, se procede a la *proscriptio* (74), es decir, al anuncio, en determinados lugares de la ciudad, de la ejecución patrimonial del deudor mediante la *bonorum venditio*. Pasados quince días, si el deudor ha muerto, o treinta, si está

(68) Cfr. D. 42, 4, 2 pr. y D. 8, 5, 18.

(69) Cfr. D. 42, 4, 7 pr./1/2/6/7/13/14/16/18; D. 42, 4, 77; D. 5, 1, 63; Gai. 3, 78.

(70) Esto en el Derecho romano clásico. En el arcaico existían dos acciones con esta misma finalidad: la *legis actio per pignoris capionem* (medio de ejecución sobre los bienes de deudores del Fisco, ciertos créditos militares y de tipo religioso) y la *legis actio per manus injectione* (de carácter personal, que podía terminar con la muerte del deudor o su venta como esclavo *trans Tiberim*, hasta que la *lex Poetelia Papiria*, en el 326 a. C., puso fin a este sistema, si bien la *lex Rubria* del año 49-42 a. C. y Gai. 3, 199 afirman la supervivencia de la ejecución personal).

(71) A partir de una *lex Iulia de bonis cedendis* (cfr. CJ. 7, 71, 4), para evitar los negativos efectos que producía la *missio in bona*, especialmente la nota de infamia, el deudor insolvente podía ofrecer a sus acreedores los bienes que le quedaran —*cessio bonorum*—, ofrecimiento que éstos no podían rechazar. De esta manera se excluía toda posibilidad de ejecución personal y se obtenía el *beneficium competentiae*, en virtud del cual la condena quedaba limitada a la solvencia que en ese momento tuviera el demandado, más lo que hubiera podido perder maliciosamente. Cfr. D'ORS, A. : *Derecho Privado Romano*, cit., § 116, pág. 164 y § 118, pág. 166.

(72) Cfr. D. 42, 5, 12 pr. (Paul. 59 ed.). Según D'ORS, X.: *El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico*, Roma-Madrid, 1974, nota 3 en pág. 87, aunque los textos no sean explícitos, debe pensarse ne la necesidad de acreditar un título suficiente, por ejemplo, una sentencia ejecutiva, sin excluir la posibilidad de que todos los acreedores restantes admitan por unanimidad, como otro más, a quien no puede presentar tal título ejecutivo.

(73) Las funciones que se atribuyen a este *curator bonorum* son la *custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt venditio* (D. 26, 7, 48). Cfr. d'ORS, X.: *El interdicto fraudatorio...*, cit., pág. 91.

(74) Gai. 3, 79. La *proscriptio* llevaba aparejada la nota de infamia.

vivo, se nombra *magister bonorum* a uno de los acreedores, con el encargo de proceder a la venta de los bienes (*bonorum venditio*) (75) en el plazo de treinta días, si el deudor vive, o de veinte, si está muerto. Esta venta se lleva a cabo mediante subasta y comprende todo el patrimonio del deudor. El comprador (*bonorum emptor*) pasa a ocupar la posición del *iudicatus* respecto de la titularidad de sus bienes y derechos, y asume la obligación de pagar a los acreedores en proporción a sus créditos (76).

¿Qué sucede con los acreedores a término en la *missio in bona*? ¿Se integran en la comunidad que se forma entre todos los acreedores como consecuencia de la misma?

La *missio in bona* no es consecuencia de la insolvencia del deudor, sino de su incumplimiento de la obligación. Por tanto, no es un remedio que pueda instar el acreedor a término, pues, como hemos visto, mientras no llega el día no hay incumplimiento. Sin embargo, el acreedor a término puede ser llamado a formar parte de la *communio*

(75) Según señala SOHM, R.: *Instituciones de Derecho privado romano. Historia y Sistema*, trad. de WENCELAO ROCES, México, 1975, nota 87 en pág. 405, «el magister es uno de los acreedores a quienes el Pretor adjudica la posesión de los bienes y que, como "regente" del grupo y elegido por él, ejerce los poderes privados de disposición que el Pretor le confiere sobre todo el patrimonio, mediante la *missio in bona*. Si, después de la elección del *magister*, pero antes de efectuarse la venta de los bienes, un acreedor nuevo consigue del Pretor la *missio in bona*, como no ha intervenido en la elección de administrador, conserva sus poderes personales, independientes de los de aquél. El *magister* es solamente órgano de sus electores en la dirección del concurso, pero no de la autoridad. La cosa cambia cuando el Pretor, en vez de conceder a los acreedores la *missio in bona*, nombra al deudor un *curator bonorum*, encargado de administrar su patrimonio y de realizar sus bienes, para distribuir el producto entre los acreedores. Es el llamado "concurso por distracción" (*distractio bonorum*), en que no se le despoja al deudor globalmente de su patrimonio, y que, por tanto, no acarrea infamia. Aquí, los acreedores no son pagados por el *bonorum emptor*, sino por el propio deudor o por su *curator*, y si queda algún remanente es para el primero. Esta forma "más honesta" de concurso sólo se admitía, en un principio, a favor de los senadores, hasta que más tarde se le atribuye carácter general. En el concurso por curador, a que nos referimos, reside el germen del concurso moderno, organizado como juicio *universal* de ejecución, a favor de todos los acreedores. Ese antiguo *magister* no es más que uno de tantos acreedores, que gestiona egoístamente sus intereses y los de sus mandantes; en cambio, el *curator bonorum* nombrado por el Pretor es un representante del interés público, a quien se econcomienda la dirección general del concurso y la liquidación más justa posible de los derechos de todos los acreedores, de modo que no resulte inútilmente perjudicado el deudor».

(76) Esto es lo que se dispone en Gai. 3, 81. Sin embargo, según PAULO 32 ed. — D. 17, 1, 22 — no es el comprador, sino el vendedor, el *magister*, quien queda obligado por la acción de mandato a pagar a los acreedores, teniendo en cuenta los créditos privilegiados. Cfr. D'ORS, X.: *El interdicto fraudatorio...*, cit., págs. 92 y 93. Eran acreedores privilegiados el Fisco, las ciudades, el incapaz contra su tutor o curador, el que dio dinero para reparar un edificio, etc. Cfr. D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., § 116, pág. 165.

que se constituye entre todos los acreedores del *iudicatus* como consecuencia de la *missio in bona* (77). Los únicos que parecen quedar excluidos son los acreedores condicionales, tal y como dispone D. 42, 4, 14, 2:

«Sin embargo, el acreedor condicional no es puesto en posesión, porque sólo se pone en posesión al acreedor que puede vender los bienes de acuerdo con el edicto» (*Paul. 2 quaest.*) (78).

E incluso cabe pensar que en el Derecho justiniano se admitiera a los acreedores condicionales, en función de lo señalado por D., 42, 4, 6 pr.:

«Suele ser puesto en posesión el acreedor aunque se le haya prometido una cantidad bajo condición» (*Paul. 57 ed.*) (79).

Con mayor claridad puede verse el mismo principio aplicado a la *separatio bonorum*, es decir, a la separación de patrimonios que el Pretor concede a los acreedores de la herencia para evitar una perjudicial confusión de aquéllos y para que puedan obtener satisfacción de sus créditos con los bienes que forman parte de la herencia preferentemente. Así, en D. 42, 6, 4 pr. se admite que los acreedores a término —y los condicionales— puedan pedir, y obtener, la *separatio bonorum*, aunque no puedan reclamar aún la cantidad que se les debe:

«También se dará la separación a los acreedores con condición o término y que por ello no pueden reclamar aún la cantidad que se les debe; porque también a ellos comprende este aseguramiento común» (*Pap. 12 resp.*) (80).

Sin embargo, de estos textos no cabe deducir más que una participación de los acreedores a término en estos medios de defensa colectiva que son la *missio in bona* y la *separatio bonorum*. No podemos

(77) Cfr. BONELLI, G.: «La decadenza dal termine...» cit., pág. 233, para quien se da esta intervención de los acreedores a término —y condicionales— cuando se sustituye la *bonorum venditio* por la *distractio*, es decir, cuando no se lleva a cabo la venta de todo el patrimonio del deudor, sino de su bienes singulares hasta que los acreedores obtienen la satisfacción de sus créditos.

(78) D. 42, 4, 14, 2: «*Creditor autem condicinalis in possessionem non mittitur, quia is mittitur qui potest bona ex edicto vendere*» (*Paul. 2 quaest.*).

(79) D. 42, 4, 6 pr.: «*In possessionem mitti solet creditor et si sub condicione ei pecunia promissa est*» (*Paul. 57. ed.*). Cfr. D'ORS, X.: *El interdicto fraudatorio..., cit.*, pág. 87.

(80) D. 42, 6, 4 pr.: «*Creditoribus quibus ex die vel sub condicione debetur, et propter hoc nondum pecuniam petere possunt aequae separatio dabitur*» (*Pap. 12 resp.*).

saber con certeza si esa participación llegó a suponer que el acreedor a término obtuviese la satisfacción de su crédito antes del vencimiento o simplemente que se le permitiese intervenir para asegurarse el cobro el día señalado en la obligación.

Pues bien, ¿puede el acreedor a término solicitar la *missio in bona* antes de que llegue el día si su deudor se oculta? La respuesta aparece con toda claridad expresada en D. 42, 4, 7, 14; el acreedor no puede exigirlo, pues todavía no tiene acción:

«Si se oculta un deudor con término o bajo condición, no pueden venderse sus bienes antes de que llegue el término o se cumpla la condición, pues ¿qué diferencia hay entre uno que no es deudor y el que no puede ser demandado? Y si no es deudor, hemos de decir otro tanto; lo mismo hay que decir también si alguien tiene acción pero que puede ser rechazada por una excepción» (*Ulp. 9 ed.*) (81).

Por último, el pago de una deuda aún no vencida realizado por el deudor en estado de insolvencia es conceptuado como fraude de acreedores, pudiendo éstos ejercitar el *interdictum fraudatorium* (82). Tal se desprende de D. 42, 8, 10, 12, pues, también hay fraude, como se señala en este texto, por adelantarse en el tiempo (83):

«Si el deudor que defrauda pagara al contado lo que debía con un plazo, deberá decirse que tendrá lugar la acción por la ventaja que hay en la anticipación del pago, pues el pretor entiende que también puede haber fraude por <adelantarse en> el tiempo» (*Ulp. 73 ed.*) (84).

Sin embargo, en D. 42, 8, 6, 7 se precisa que sólo existe fraude si el pago se lleva a cabo después de la *missio in bona*, no antes de ésta:

(81) D. 42, 4, 7, 14; «*Si in diem vel sub conditione debitor latitet, ante quam dies vel condicio veniat, non possunt bona eius venire. Quid enim interest debitor quis non sit an nondum conveniri potest?...*» (*Ulp. 59 ed.*). En el mismo sentido puede verse D. 15, 1, 50 pr. (*Pap. 9 quaes.*)

(82) Al respecto puede verse D'ORS, X.: *El interdicto fraudatorio..., cit.*, págs. 105 y ss. Este interdicto tenía como requisitos esenciales el *eventum damni*, es decir, el perjuicio causado a los acreedores por la insolvencia patrimonial del deudor, y la *scienza fraudis*, o sea, el conocimiento del tercero —en este caso el del acreedor que requiere y obtiene el cumplimiento antes de que el día llegue— de la insolvencia del deudor y del perjuicio que dicho acto causa a los demás acreedores. En Derecho justiniano, al asimilarse los interdictos a las acciones, se crea la *actio Pauliana*, con carácter de acción revocatoria anual, mencionada en D. 22, 1, 38, 4 (*Paul. 6 ad Plaut.*).

(83) El mismo principio se establece en D. 42, 8, 17, 2 (*Jul. 49 dig.*) respecto de la restitución de la dote.

(84) D. 42, 8, 10, 12: «*Si, cum in diem deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum erit in eo, quod sensi commodum in repraesenteatione, in factum actioni locum fore: nam praetor fraudem intellegit etiam in tempore fieri*» (*Ulp. 6 disput.*).

«Escribe Juliano que debe saberse que, en la práctica, el que, antes de que se ponga a los acreedores en posesión de los bienes del deudor, cobra una cantidad que se le debe, aunque sea a ciencia y conciencia de que cobra de un insolvente, no tiene que temer este edicto, pues no hizo más que ser diligente en propio interés; pero si cobra lo que se debe después de la puesta en posesión, tal acreedor debe ser llamado a cobrar su porción igual que los demás acreedores, pues no debía, una vez puestos éstos en posesión <de los bienes del deudor>, adelantarse a cobrar en perjuicio de los otros acreedores, pues, desde ese momento, todos los acreedores son iguales» (*Ulp. 66 ed.*) (85).

No obstante, podemos encontrar en las fuentes una serie de supuestos en que la insolvencia del deudor, en mayor o menor medida, produce consecuencias en la obligación no vencida. Veamos cada uno de ellos.

a) *La restitución de la dote*.—El primero es el relativo a la dote. La *dos o res uxoria* estaba formada por un conjunto de bienes que el marido recibía de la mujer, o de otra persona en atención a ella (el padre, un pariente, o incluso un extraño) (86), para contribuir a las cargas económicas del matrimonio.

En la época más antigua del Derecho romano, en la que el matrimonio es más frecuentemente *cum manu* —la mujer se somete a la potestad de su marido—, la dote es propiedad de éste, y no tiene la mujer derecho a que se restituya (87). Siendo la causa normal de disolución del matrimonio la muerte de uno de los cónyuges, lo que solía suceder es que, muriendo antes la mujer, los bienes de la dote pasaran a los hijos, al morir después el marido; y muriendo éste primero, la mujer era un heredero más, al encontrarse en la familia *loco filiae*. Si

(85) D. 42, 8, 6, 7: «*Sciendum Iulianum scribere eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuaniam recepti ante, quam bona debitoris possideantur, quiamvis sciens prudens solvendo non esse recipiat, non tiemere hoc edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset*» (*Ulp. 66 ed.*). Este texto parece mantener, por tanto, que antes de la *missio in bona* juega el principio *vigilantibus iura succurrunt*.

(86) Si la dote la constituye el padre o quien tenga la potestad sobre la novia se denomina *profecticia*, si lo hace la misma mujer, si es *sui iuris*, u otra persona cualquiera, se denomina *adventicia*. Cfr. D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, cit. § 342, págs. 398 y 399.

(87) Señala GARCÍA GARRIDO, M.: *Ius uxoriun. El régimen patrimonial de la mujer casada en Derecho romano*, Roma-Madrid, 1958, pág. 59 y *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil, I, La tradición romanística*, Barcelona, 1982, págs.

el matrimonio había sido *sine manu*, era frecuente que el marido dejase a la mujer el *prelegatum dotis* (88).

Sin embargo, cuando el divorcio fue sustituyendo a la muerte como causa de disolución del matrimonio, la Jurisprudencia romana consideró injusto que el marido se quedase con la dote (89), sobre todo teniendo en cuenta que tales bienes o derechos se entregaban para subvenir a las necesidades y gastos del matrimonio —*ad sustinenda onera matrimonii* (90)—. Por ello, la práctica ideó la *cautio o stipulatio rei uxorie* como medio de obligar jurídicamente al marido a devolver la dote (91), o su valor pecuniario, fijado en el momento de su constitución, a la disolución del matrimonio. En ese momento la mujer, o su padre, podían exigir la restitución de la dote mediante alguna de las acciones derivadas de la estipulación (*ex stipulatu*) (92).

46 y 47, que el que en este período la dote no se considerase jurídicamente como perteneciente a la mujer, ni se diesen a ésta garantías para su restitución, es consecuencia de la propia estructura de la familia y del matrimonio primitivo, al que la dote se destinaba. El matrimonio se concebía destinado a durar toda la vida de los cónyuges, y concepciones morales y religiosas fuertemente arraigadas en la sociedad romana primitiva hacían que los repudios fuesen severamente juzgados y que se diesen sólo excepcionalmente.

(88) Cfr. GARCIA GARRIDO, M.: *Ius uxoriūm*, cit., pág. 59 y *El patrimonio de la mujer casada...*, cit., pág. 47.

(89) Según SOLAZZI, S.: *La restituzione della dote nel diritto romano*, Cià di Castello, 1899, pág. 182, la obligación de restituir la dote había tenido, como la fiducia y algunos contratos, durante un cierto tiempo como única sanción la *fides*, que junto con los deberes, el *officium*, del tribunal doméstico, procuraron una protección suficiente a la dote. Pero con el declinar de la moralidad y del sentimiento del deber dejó de ser una protección suficiente y el ordenamiento público dispuso que la mujer fuera protegida por un medio jurídicamente coactivo; éste fue la *actio rei uxoriae*.

(90) Cfr. D. 23, 3, 56, 1: «*Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*» (Paul. I ad Plaut.). GARCIA GARRIDO, M.: *Ius uxoriūm*, cit., pág. 56 y *El patrimonio de la mujer casada...*, cit., pág. 44, pone de relieve la tendencia jurisprudencial romana a objetivar y personificar los entes patrimoniales; «la dote, como el peculio y como la herencia, tiene una vida y una configuración propia y, en cierto sentido, independiente de los sujetos a los que se vincula; su finalidad es propia y específica, los bienes y medios materiales que la integran forman una unidad de destino y de administración y todos los aumentos y disminuciones patrimoniales van referidos no a los sujetos, sino al ente dotal; el *favor dotis* domina en las relaciones patrimoniales entre cónyuges, y la dote llega a ser causa general de adquisición. En este sentido, podemos afirmar que la dote es una particular masa de bienes destinada al matrimonio y regulada y concebida como un ente patrimonial propio».

(91) Cfr. JÖRS, P. y KUNKEL, W.: *Derecho privado romano...*, cit., pág. 406; IGLESIAS, J.: *Derecho Romano*, cit., § 135, pág. 568.

(92) Como señala VOLTERRA, E.: *Instituciones...*, cit., pág. 674, el hecho de destinar el patrimonio dotal a proveer las cargas del matrimonio, aun cuando constitúa una *iusta causa traditionis* al marido, no estaba tutelada, sin embargo, por el Derecho posi-

Con posterioridad el Pretor —probablemente— creó una acción especial, independiente de que se hubiese celebrado o no la *cautio rei uxoriae* y muy similar a las de buena fe, que recibe el nombre de *actio rei uxoriae* (93).

La *actio ex stipulatu* era un acción civil transmisible a los herederos y una acción de derecho estricto, en la que se condenaba simplemente a aquello que fue prometido en la *stipulatio*, es decir, a la inmediata restitución de la dote. Sin embargo, la *actio rei uxoriae* se transformó en una acción *ex fide bona*, de manera que el juez podía templar la condena teniendo en cuenta todas aquellas circunstancias que, según la buena fe, influyeran en la obligación de restituir. Precisamente por ello al esposo condenado en el ejercicio de esta acción se le concedían plazos especiales para la restitución de ciertos objetos y la posibilidad de retener ciertas cantidades en determinadas circunstancias (94).

Por último, Justiniano reformó el régimen existente fundiendo los sistemas de las acciones *ex stipulatu* y *rei uxoriae* del Derecho clásico. Así, la dote se convierte en jurídicamente obligatoria (95) y se reconoce propiedad de la mujer, correspondiendo al marido una especie de usufructo o de administración sobre ella (96). Por otro lado, se suprime la *actio rei*

tivo, que no ofrecía medios jurídicos para obligar al marido a hacer efectiva durante el matrimonio la destinación prevista y, una vez disuelta la unión conyugal, a devolver el patrimonio, que había pasado a ser de su propiedad. Era necesario, pues, crear, por medio de estipulaciones efectuadas entre el que constitúa el patrimonio y el marido, la obligación de éste de restituir ese patrimonio; tales estipulaciones, llamadas *cautiones rei uxoriae*, daban lugar a la *actio ex stipulatu*, con la cual se hacía valer en el juicio la obligación de restituir asumida *iure civili* por el marido.

(93) SOLAZZI, S.: *La restituzione della deote...*, cit., págs. 1984 y ss., tras poner de manifiesto que en Gayo la *actio rei uxoriae* figura entre los *iudicia bona fidei* (Gai. 4, 62), aunque no en la enumeración más antigua de éstos debida a Quinto Mucio Scaevola y referida por Cicerón (*De officiis*, 3, 17, 70), mantiene que el origen de la *actio rei uxoriae* ha de encontrarse en el grupo de las *acciones in bonum et aequum conceptae*, es decir, de acciones penales que tienen en común con aquélla su intransmisibilidad a los herederos.

(94) Se trata de las *retentiones propter liberos* (en caso de que el divorcio se hubiera efectuado por culpa de la mujer o de su *paterfamilias*, era de 1/6 por cada hijo, pero sin exceder de la mitad de la dote), *propter mores* (1/6 por adulterio de la mujer, 1/8 por faltas más leves), *propter res amotas* (por cosas sustraídas por parte de la mujer al marido), *propter donatas* (por las cosas dadas a la mujer contra la prohibición de las donaciones entre cónyuges) y *propter impensas* (como resarcimiento de los gastos necesarios extraordinarios y de los gastos útiles, estos últimos si fueron consentidos por la mujer, hechos por la dote). Cfr. VOLTERRA, E.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, cit., pág. 680.

(95) D. 23, 2, 19 (*Marc. 60 inst.*) y CJ. 5, 12, 14. Con anterioridad no era más que un deber moral, una cuestión de honor para los parientes de la mujer. Cfr. JÖRS, P. y KUNKEL, W.: *Derecho Privado Romano...*, cit., págs. 403 y 409; IGLESIAS, J.: *Derecho Romano*, cit., § 136, pág. 568 y D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., §, 346, pág. 403.

(96) De usufructo del marido hablan JÖRS, P. y KUNKEL, W.: *Derecho Privado Romano...*, cit., pág. 409.

*uxoriae*, pero la *actio ex stipulatu*, también llamada *actio dotis o de dote*, pasa a ser una acción de buena fe (97), gozando el marido del *beneficium competentiae* (98). La dote ha de restituirse en todo caso, con la única excepción de que la disolución del matrimonio haya sido por divorcio y siendo culpable la mujer. Si la dote estaba constituida por fondos, éstos deben devolverse inmediatamente, mientras que para la devolución de los bienes muebles se concede el plazo de un año. Por último, se refuerza la posición de la mujer al disponer ésta de una *vindicatio utilis* para recobrar los bienes de la dote y constituirse sobre todos los bienes del marido una hipoteca legal de carácter privilegiado, incluso frente a las hipotecas anteriores al matrimonio, en garantía de la restitución (99).

Como hemos visto, la restitución de la dote sólo se producía al disolverse el matrimonio: nunca *constante matrimonio*, siempre *sólito matrimonio*. Tal es la denominación del Título 3.<sup>º</sup> del Libro 24 del Digesto: «*Sólito matrimonio dos quemadmodum petatur*»; y ese es el momento en que D. 24, 3, 2 pr. fija la restitución:

«Al disolverse el matrimonio, la dote debe restituirse a la mujer...» (*Ulp. 35 Sab.*) (100).

Y como se señala en CTh. 3, 13, 3, 1, Honorio y Teodosio confirmaron la prohibición de restituir la dote durante el matrimonio en una constitución del año 422:

«Si durante el matrimonio se le pagó por el marido a su mujer la dote, lo que con arreglo a las leyes no puede ser válido, porque se ve que recibe una especie de donación, fallecida la misma mujer, restitúyasele por los herederos de ésta a su marido, con los frutos percibidos desde el día en que fue pagada la dote, de suerte que la propiedad de la misma no pueda ser quitada por el marido a los hijos habidos de aquélla» (101).

Además, si en D. 42, 8, 17, 2, como hemos visto, se considera que puede haber fraude de acreedores por restituir la dote antes del plazo

(97) CJ. 5, 13, 1, 2. Cfr. JÖRS, P. y KUNKEL, W.: *Derecho Privado Romano...*, cit., pág. 409; IGLESIAS, J.: *Derecho Romano*, cit., § 135, pág. 574; D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., § 346, pág. 404. Según GARCÍA GARRIDO, M.: *El patrimonio de la mujer casada...*, cit., pág. 167, nota 117, JUSTINIANO deja subsistente únicamente la *actio ex stipulatu*, aboliendo la *actio rei uxoriae*, pero manteniendo en substancia el régimen de ésta, para conseguir, sobre todo, que la acción dotal sea transmisible a los herederos, tanto activa como pasivamente.

(98) Desaparecen, sin embargo, las retenciones dotales.

(99) CJ. 5, 12, 30.

(100) D. 24, 3, 2 pr.: «*Sólito matrimonio solvi mulieri dos debet...*» (*Ulp. 35 Sab.*).

(101) CTh. 3, 13, 3, 1: «*Si constante matrimonio a marito uxori dos refusa est, quod legibus stare non potest, quia donationis instar perspicitur obtinere, eadem uxore*

concedido para ello, aunque después de disuelto el matrimonio, con más razón habrá que suponer la posibilidad de que el fraude exista por restituir la dote *constante matrimonio*.

En principio, lo que puede hacer la mujer ante la insolvencia del marido es exigirle caución de que restituirá la dote en un determinado plazo, de manera que si éste no presta la caución, por no poder darla, pierde la ventaja del plazo —que se cuenta a partir de la disolución del matrimonio—; y si pudiendo darla no quiere, además de perder la ventaja del plazo se le impide compensar a través de las *retentiones* posibles en la *actio rei uxoriae* (102).

Sin embargo, como señala GARCÍA GARRIDO (103), los compiladores bizantinos introducen en el régimen clásico nuevas reglas tendentes a favorecer a la mujer y a destacar el destino de la dote a los *onera matrimonii*, por influencia de las nuevas concepciones cristianas sobre la dignidad de la mujer; hasta el punto de que a Justiniano se le considera *legislator uxorius*. El *favor mulieris* se manifiesta en la transformación en jurídica de la antigua obligación moral de dotar a las hijas, en la abolición o modificación de antiguas medidas contrarias a los intereses de la mujer, como el *iudicium de moribus*, el *edictum de alterutro* y el régimen de las *retentiones*, y, a lo que aquí interesa, en la abolición de la prohibición de la restitución anticipada de la dote y en el reconocimiento del derecho de la mujer a disponer de su dote durante el matrimonio para su mantenimiento o por las perentorias necesidades de sus hijos, padres, hermanos o parientes.

Así, no se da acción funeraria contra el marido por los gastos de entierro de su mujer (104) si durante el matrimonio hubiese pagado la dote en aquellos casos en que las leyes se lo permiten, como se establece en D. 11, 7, 27, 1:

«Según escribe Marcelo, el marido no será demandado con la acción funeraria si durante el matrimonio hubiese pagado la dote a

*defuncta ab eius heredibus cum fructibus ex die refusae dotis maritu restituatur, ita ut proprietas eiusdem a liberis ex eadem suspectis alienari a marito non possit.*» Esta constitución también se recoge en CJ. 5, 19, 1. Es sintomático, por las razones que más adelante apuntamos, que en el texto del Código de Justiniano se añada la expresión *sine causa legitima*, que en el Código Teodosiano no aparece.

(102) Cfr. D. 24, 3, 24, 2 (*Ulp. 33 ed.*). Sobre este texto volveremos más adelante, al estudiar el vencimiento anticipado por no prestación de las garantías.

(103) *El patrimonio de la mujer casada...*, cit., pág. 166.

(104) Conforme a D. 11, 7, 22 y 23 y D. 11, 7, 27 pr. corresponde a la mujer ser enterrada proporcionalmente con cargo a la dote que queda en poder del marido y a su herencia, de manera que deben contribuir proporcionalmente para el entierro el marido y el heredero. Contra el marido que no colabora en la proporción que resulte cabe la acción funeraria.

su mujer. Esta opinión es verdadera, pero sólo en los casos en que por las leyes le es permitido hacer esto» (105).

Según D. 23, 3, 73, 1 se permite la restitución de la dote a la mujer durante el matrimonio para alimentarse ella y los suyos, para comprar un fundo que sea conveniente, para alimentar a su ascendiente exiliado o desterrado y para mantener a su marido o hermanos que estén en necesidad:

«Durante el matrimonio, siempre que no deba perderla, puede restituirse la dote a la mujer por las siguientes causas: para alimentarse ella y los suyos, para comprar un fundo que sea conveniente, para alimentar a su ascendiente exiliado o desterrado en alguna isla, para que mantenga a su marido, hermano o hermana que estén en necesidad» (106).

Y conforme a D. 24, 3, 20 se permite la restitución de la dote constante matrimonio si es para atender a los hijos de otro marido anterior, a los hermanos o a los ascendientes que se hallen necesitados, o para redimirlos del cautiverio, pues se trata de causas justas y honorables:

«Aunque la mujer no pueda cobrar su dote durante el matrimonio con el fin de poder pagar sus deudas o poder comprar unos predios convenientes; sin embargo, no parece cobrirla sin derecho, y por eso, se le puede pagar rectamente si es para atender a los hijos de otro marido anterior, a los hermanos o a los ascendientes que se hallen en necesidad, o para redimirlos del cautiverio, pues se trata de una causa justa y honorable. Esto mismo se observa respecto a la mujer que esté en potestad de su padre» (*Paul. 7 Sab.*) (107).

Salvado el obstáculo que supone considerar la dote como propiedad del marido, y estableciéndose una serie de supuestos en que resulta eficaz, no contraria a derecho, la restitución de la dote *constante*

(105) D. 11, 7, 27, 1: «*Maritus funeraria non convenietur, si mulieri in matrimonio dotem solverit, ut Marcellus scribit: quae sententia vera est: in his tamen casibus, in quibus hoc ei facere legibus permissus est*» (*Ulp. 25 ed.*).

(106) D. 23, 3, 73, 1: «*Mannete matrimoni non perdituarae uxori ob has causas dos reddi potest: ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium vel in insulam relegato parenti praestet almonia, aut ut egentem virum fratrem sororemve sustineat*» (*Paul. 2 sent.*).

(107) D. 24, 3, 20: «*Quamvis mulier non in hoc accipiat constante matrimonio dotem, ut aes alienum solvat aut praedia idonea emat, sed ut liberis ex alio viro egentibus aut parecibitus consuleret vel ut eos ex hostibus redimeret, quia iusta et honesta causa est, non videtur male accipere et ideo recte ei solvituz: idque et in filia familias observatur*» (*Paul. 7 ad Sab.*).

*matrimonio*, acaba por establecerse que la mujer puede exigir que se le restituya la dote antes de disolverse el matrimonio si el marido llega a ser insolvente, en previsión de que la restitución llegue a ser imposible con posterioridad. Así se señala en D. 24, 3, 24 pr.:

«Si la mujer quiere demandar a su marido, durante el matrimonio, por temer la pobreza de aquél, ¿dónde fijaremos el comienzo de lo que debe restituirse de la dote? Consta que debe restituirse desde que hubiera aparecido con toda evidencia que los bienes del marido eran insuficientes para el pago de la dote» (*Paul. 36 ed.*) (108).

La restitución se fija en el momento en que los bienes del marido son insuficientes para el pago de la dote, es decir, desde que es insolvente (109).

Sin embargo, en CJ. 5, 12, 29 se precisa cuál es el fin de esa restitución anticipada de la dote:

«Cuando subsistiendo todavía el matrimonio el marido hubiera sido reducido a la pobreza, y la mujer quisiera mirar por sí y tener los bienes que se le obligaron por la dote y por la donación de antes de las nupcias y por los bienes constituidos fuera de la dote, no solamente concedemos a la que tenga los bienes del marido, y por ellos sea llamada a juicio, el auxilio de excepción para repeler de la hipoteca a un segundo acreedor, sino que también mandamos, que si ella misma promoviera contra los detentadores de los bienes pertenecientes a su marido alguna acción sobre las mismas hipotecas conforme a la distinción de las leyes, no le perjudique el matrimonio todavía subsistente, sino que pueda ella reivindicar los mismos bienes o de acreedores posteriores, o de otros, que se conocen que no tienen por las leyes derechos preferentes, a la manera que habría podido, si el matrimonio se hubiese disuelto de modo que podía competirle a ella la exacción de la dote y de la donación de antes de las nupcias; pero esto de suerte que la misma mujer no tenga facultad alguna para enajenar aquellos bienes viviendo el marido y subsistiendo entre ellos el matrimonio, sino que se utilice de los frutos de aquéllos, tanto para su mantenimiento como para el de su marido y el de los hijos, si los tiene. Conservando, por supuesto,

(108) D. 24, 3, 24: «*Si constante matrimonio propter inopiam mariti mulier agere volet, unde exactionem dotis initum accipere ponamus? et constat exinde dotis exactionem competere ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere*» (*Ulp. 33 ed.*).

(109) En D. 24, 3, 24, 1 parece que también se tiene en cuenta la insolvencia del marido para establecer una restitución anticipada de la dote, en el caso de que su pobreza provenga de haber sido desheredado por su padre. Sin embargo, no se establece con toda claridad: «*Si exhereditato marito mulier agat, magis est, ut ex die aditae patris hereditatis incipiatur ei dotis exactione*» (*Ulp. 33 ed.*).

íntegros sus derechos los acreedores del marido contra éste y contra sus bienes, si acaso hubiere adquirido después algunos; y habiendo de conservar también los mismos, marido y mujer, después de la disolución del matrimonio, íntegro su derecho sobre la dote y la donación de antes de las nupcias a tenor de los instrumentos dotales.

Dada a 3 de los Idus de Diciembre, bajo el segundo consulado del señor Justiniano, Augusto. [528.]» (110).

Por tanto, la pobreza del marido es causa suficiente para que la mujer pueda reivindicar los bienes dotales que se encuentran en poder de acreedores hipotecarios posteriores, de manera que no le perjudica el matrimonio subsistente. Como se señala, reivindica como si el matrimonio ya se hubiese disuelto; no en representación del marido. Reivindica para sí, para su mantenimiento, pero también para el mantenimiento de sus hijos y de su marido. Aquí se observa el segundo de los principios que son la base de la reforma justiniana de la dote, el estar ésta destinada a subvenir los *onera matrimonii*, idea ya existente en el régimen clásico, pero que los compiladores llevan hasta sus últimas consecuencias. La mujer puede obtener la administración de la dote durante el matrimonio, pero para dedicarla a la familia (111).

Esta es la principal objeción que puede hacérsele a la afirmación de que la insolvencia del marido determina el vencimiento anticipado.

(110) CJ. 5, 12, 29: «*Ubi adhuc matrimonio constituto maritis ad inopiam sit deductus, et mulier sibi prospicere velit resque sibi suppositas pro dote et ante nuptias donatione rebus extra dotem constitutis tenere, non tantum mariti res ei tenenti et super his ad iudicum vocatae exceptionis praesidium ad expellendum ab hypotheca secundum creditorem praestamus, sed etiam, si ipsa contra detentatores rerum ad maritum suum pertinentium super iisdem hypothecis aliquam actionem secundum legem distinctionem moveat, non obesse ei matrimonium adhuc constitutum sancimus, sed ita eam posse easdem res vindicare vel a creditoribus posterioribus vel ab allis, qui non potiora iura legibus habere noscuntur, ut potuisset, si matrimonium eo modo dissolutum esset, quo dotis et ante nuptias donationis exactio ei competere poterat; ita tamen, ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi vivente marito et matrimonio inter eos constituto, sed fructibus earum ad sustentationem tam sui quam mariti filiorumque, si quos habet, abutatur. Creditoribus scilicet mariti contra eum eiusque res, si quas postea forte acquisierit, integra sua iura habentibus; ipsis etiam marito et uxore post matrimonii dissolutionem super dote et ante nuptias donatione pro dotalium instrumentorum tenore integro suo iure potituris.*

*Dat. III. Id. Decemb. Dn. IUSTINIANO A. II. Cons. [528.]».*

(111) Lo que contrasta con las ideas clásicas sobre la titularidad y disposición del marido sobre la dote en el matrimonio. Cfr. GARCÍA GARRIDO, M.: *El patrimonio de la mujer casada...*, cit., pág. 166. En concordancia con este principio y con el del *favor mulieris* se establece en D. 24, 3, 22, 8 (*Ulp. 33 ed*) que si la mujer ha caído en una locura muy grave y el marido no quiere disolver el matrimonio, no le presta el cuidado conveniente, abusa de su dote y es evidente que va a disiparla puede pedirse el secuestro de la dote para que aquella mujer tenga el conveniente desahogo en unión de sus esclavos.

do de la obligación de restituir la dote, pues cabe afirmar que lo que en realidad hay es un cambio en su administración (112). La mujer no recupera los bienes dotales sino en cuanto han de destinarse al sostenimiento de las cargas familiares. Por tanto, no tiene los mismos efectos esta restitución que la que se produce una vez disuelto el matrimonio, pero, aunque la recuperación sea limitada, no cabe duda de que ésta estaba en principio sometida a un término, a la llegada de un día —el de la disolución del matrimonio— y como consecuencia de la insolvencia del marido se puede exigir antes de ese momento.

b) *El deudor del Fisco*.—Otro posible supuesto de vencimiento anticipado de las obligaciones, en concreto de la obligación contraída con el Fisco, se encuentra en CJ. 4, 9, 1:

«Aunque las deudas no puedan ser exigidas antes de su vencimiento, sin embargo, si el presidente de la provincia supiere que por el cargo de primipilo (113) te hallas siendo deudor del fisco, y que tu patrimonio está exhausto, de suerte que parezca que para la seguridad del pago solamente queda el recurso de un dinero prestado a interés, prevendrá a tu deudor, si a lo menos este fuera solvente, para que pague la deuda antes del término fijado, a fin de que al fisco, cuya causa debe ser preferente por razón de las necesidades públicas, se le pague el dinero debido.

Sancionada en Sirmio a 13 de las Calendas de Agosto, bajo el consulado de los Césares. [294-305]» (114).

El texto comienza afirmando el principio general de que las deudas no pueden ser exigidas antes de su vencimiento; pero, por otro lado, establece una excepción: si el deudor del Fisco es insolvente

(112) BONELLI, G.: «*La decadenza dal termine...*», cit., pág. 232.

(113) Según BERGER, A.: voz «*Primipilus*», *Encyclopedic Dictionary of roman law*, Philadelphia, 1953, pág. 649, éste era el primero entre los centuriones de una legión. Al retirarse del servicio el *primipilus* recibía el título de *primipilarius* y se le concedían ciertas distinciones y privilegios, sobre todo de naturaleza financiera. A los *primipili* confiaba el emperador especiales misiones militares o una posición honoraria, a veces una magistratura en su lugar de residencia. En el mismo sentido CAGNAT, R.: voz «*Primipilus, primipilarius*», en DARENBERG, CH., y SAGLIO, E.: *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, tomo IV, 1.<sup>a</sup> parte (N-Q), París.

(114) CJ. 4, 9, 1: «*Licet ante tempus debita exigi non possint, tamen si te ex primipilo debitorem constitutum fisci ac patrimonium tuum exhaustum praeses provinciae compererit, ut ad solutionis securitatem solum foenebris pecuniae subsidium superesse videatur, commonebit debitorem tuum, si saltem ipse sit solvendo, ut ante definitum tempus debita repraesentet, ut fisco, cuius ob necessitates publicas causam potieorem esse oportet, debita pecunia exsolvatur.*

S. XIII. Kal. Aug. Sirmii, Caess. Cons. [294-305]».

—de manera que sólo podría pagar pidiendo un préstamo—, el *praeses provinciae* puede ordenar al deudor del deudor del Fisco que pague su deuda antes del término fijado, para que, a su vez, pueda ser pagada la deuda fiscal. Por tanto, no vence anticipadamente la obligación fiscal por la insolvencia del deudor —según se desprende del texto, esta obligación ya ha vencido—, sino la que otra persona tiene contraída con éste. La medida que se adopta ante la insolvencia del deudor no es el vencimiento anticipado de su obligación —lo cual cabe pensar que sería inútil a efectos de obtener el cumplimiento—, pero sí el vencimiento anticipado de la obligación de su deudor.

Por otro lado, hay que encuadrar esta constitución más en el ámbito del Derecho público que en el del Derecho privado. El Fisco nace como caja privada del *Princeps* en tiempos de Augusto, y se convierte posteriormente en caja oficial (115), seguramente con CLAUDIO. Esta disposición tiene que ver, probablemente, con la crisis sufrida por el Imperio en el III d. C.

**6. La no prestación de las garantías.**—No se encuentra, en Derecho romano, un principio general en virtud del cual la no prestación de las garantías prometidas suponga el vencimiento anticipado de la obligación.

Sin embargo, la no prestación de determinadas garantías daba lugar a que el Pretor decretara la *missio*, que tenía distinto alcance en cada supuesto. Estos eran los siguientes:

a) *Missio in possessionem legatorum servandorum causa.*— Como vimos, esta *missio* se decreta con el fin de forzar al heredero a prestar la *cautio*, y no supone la venta de los bienes del heredero. En efecto, según, establece D. 36, 3, 1, 2, o se le da garantía al legatario o el Pretor le pone en posesión de los bienes:

«Y no sin razón cree el pretor que así como corresponde al heredero la posesión de los bienes hereditarios, así también los legatarios no deben verse privados del patrimonio del difunto. O se les da garantía o, si no se hace así, el pretor les pone en posesión del patrimonio» (*Ulp. 79 ed.*) (116).

(115) Al respecto puede verse lo que señala TORRENT, A.: *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Oviedo, 1982, págs. 394 y ss.

(116) D. 36, 3, 1, 2: «*Nec sine ratione hoc praetori visum est, sicuti heres incumbit possessioni bonorum, ita legatarios quoque carere non debere bonis defuncti: sed aut satisdabitur eis aut, si satis non datur, in possessionem bonorum venire praetor voluit*» (*Ulp. 79 ed.*). Lo mismo se dispone en D. 36, 3, 13 (*Nerat. 7 memb.*) respecto a los legados y en D. 36, 3, 14 pr. (*Ulp. 79 ed.*) respecto a los fideicomisos.

Sin embargo, los bienes del difunto se entregan en mera custodia al legatario, ni siquiera en verdadera posesión (117) y, en consecuencia, los *missi in possessionem legatorum servandorum causa* se encuentran pasivamente legitimados ante la *actio ad exhibendum*, por comparación con el usufructuario (118), y ante la acción reivindicatoria (119), pues, aunque no son poseedores, *tenent et habent restituendi facultatem*. Como consecuencia de todo lo anterior, hay que concluir que la entrega de los bienes hereditarios al legatario no supone un cumplimiento anticipado.

b) *Missio in possessionem damni infecti nomine*.—Se trata de un recurso supletorio ante la negativa del demandado a dar la *cautio damni infecti nomine* en garantía del *damnum* que puede ocasionar un inmueble que adolece de un defecto (*vitium*) y, en consecuencia, amenaza ruina (120).

D. 39, 2, 7 pr.: «Dice el pretor: “Por daño temido, haré que, en el plazo que yo, previa cognición de causa, señalaré, se dé <simple> promesa, cuando se haga en nombre propio, y con garantía, cuando se dé en nombre de otro, a favor del estipulante que hubiera jurado haberlo pedido sin intención de vejar a la otra parte y que aquel en cuyo nombre lo pide lo habría pedido también él. Si hubiera controversia acerca de si el promitente es propietario o no, haré que dé la garantía bajo excepción. Por obra hecha en río público o en su ribera, haré que se dé garantía de diez años. Haré que aquel a quien no se dé la caución sea puesto en posesión de aquella cosa en razón de la cual se pida la caución, y, cuando haya justa causa para ello, haré que posea <para poder usucapir>. Contra el que no hubiera dado caución y no admita que el interesado entre en posesión ni permanezca en ella, <si se produce el daño> daré un juicio para que indemnice con cuanto debiera pagar si se hubiese dado caución por ese daño en virtud de mi decreto o del de aquel otro magistrado en esta materia de la misma jurisdicción que yo. Si el que estuviera en posesión <no> diera caución de daño temido por aquella cosa en razón de la que yo le había puesto en posesión de la misma, haré que también sea puesto en posesión aquel al que dejó de dar caución”» (*Ulp. 3 ed.*) (121).

(117) Cfr. D. 43, 3, 1, 9 (*Ulp. 67 ed.*) y D. 41, 5, 2 pr. (*Iul. 44 dig.*).

(118) Cfr. D. 10, 4, 5, 1, (*Ulp. 24 ed.*).

(119) Cfr. D. 6, 1, 9 (*Ulp. 16 ed.*).

(120) Cfr. BETANCOURT, F.: *La defensa pretoria del missus in possessionem*, cit., pág. 430.

(121) D. 39, 2, 7 pr.: «*Praetor ait: “damni infecti suo nomine promitti, alieno satisfari iubebo ei, qui iuraverit non calumniae causa id se postulare eumve cuius nomine*

Este supuesto de *missio* es asimilable al anterior en cuanto que no lleva aparejada la venta de los bienes como consecuencia del incumplimiento de la presentación de garantía, sino que el inmueble se entrega al demandante como simple garantía (122).

c) *Missio i bona si heres suspectus non satisdabit.*—Los acreedores del causante pueden pedir garantía al heredero insolvente o *suspectus*. Si éste no la presta, el Pretor decreta la *missio in bona*, que termina, en su caso, con la venta de los bienes que forman la herencia. Tal se dispone en D. 42, 5, 31:

«Si los acreedores sospechan de la solvencia del heredero <de su deudor>, pueden exigir una garantía del pago de la deuda. Por lo que es necesaria la cognición del pretor, que no debe proveer inmediatamente a la necesidad de garantía, sino después de que, previa cognición de causa, conste que debe atender a los que han alegado su sospecha sobre la insolvencia del heredero. 1) Un heredero no se estima sospechoso de la misma manera que un tutor, ya que hace sospechoso a un tutor, no <la falta de> recursos, sino el comportamiento fraudulento y astuto en la administración de las cosas de su pupilo, y al heredero, en cambio, sólo <la falta de> recursos. 2) Claro que deben ser atendidos los que alegan su sospecha sobre el heredero de una herencia recién adida, pero si se prueba que han consentido que el heredero poseyera la herencia y no pueden objetar ningún delito de comportamiento doloso, no deberá ser forzado el heredero a esa necesidad después de transcurrir mucho tiempo. 3) Y si el heredero sospechoso que el pretor ha dispuesto que dé garantía no lo hubiera acatado, entonces permitirá el pretor que se entre en posesión de los bienes de la herencia y se vendan conforme a su edicto. 4) Claro que si se prueba que nada había enajenado de aquellos bienes y sólo se le puede objetar justamente su pobreza, debe limitarse el pretor a ordenar que el heredero en nada merme los bienes. 5) Y si los acreedores no pudieran probar siquiera que el

*aget postulaturum fuisse, in eam diem, quam causa cognita statuero. Si controversia erit, dominus sit nec ne qui cavebit, sub exceptione satisdari iubebo. De eo opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem satisdari iubebo. Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo. In eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum pratestare eum oportaret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est, cautum fuisse. Eius rei nomine, in cuius possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine satisdabitur, eum, cui non satisdabitur, simul in possessione esse iubebo”» (Ulp. 53 ed.). Vid. también D. 39, 2, 13, 11 (Ulp. 48 ed.).*

(122) Cfr. BETANCOURT, F.: *La defensa pretoria del missus in possessionem*, cit., págs. 395 y 429 y ss.

heredero padecía indigencia, responderán frente a él por acción de injurias.» (*Ulp. 2 de omn. trib.*) (123).

Sin embargo, nos encontramos aquí con el mismo problema que veíamos en la *missio in bona debitoris*, esto es, si en la *missio* pueden o no participar los acreedores a término y si su participación supone o no el vencimiento anticipado de la obligación.

d) *Dote*.— El único supuesto en que cabe hablar de vencimiento anticipado por no prestación de las garantías, en cuanto que el texto romano se expresa con toda claridad, es el recogido en D. 24, 3, 24, 2 respecto a la restitución de la dote:

«Cuando hay que dar garantía a la mujer respecto al pago de la dote en un determinado plazo, si el marido no puede darla, entonces se le condena a pagar inmediatamente descontando la ventaja del plazo, pero si pudiera darla y no quisiera, dice Mela que se le debe condenar por el todo, sin descontar la ventaja del plazo. Toca, pues, al ministerio del juez el absolver al marido si interpone garantía, o condenarle teniendo en cuenta la compensación, que es lo que hoy suele hacerse preferentemente, y no debe atenderse a la mujer que diga preferir un pago mayor con plazo a otro inmediato y con deducción» (*Ulp. 33 ed.*) (124).

Al marido se concedía un plazo de un año para restituir los inmuebles dotales y seis meses para los bienes muebles, y la mujer podía

(123) D. 42, 5, 31: «*Si creditores heredem suspectum putent, satisdationem exigere possunt pro suo debito reddendo. Cuius rei gratia cognoscere praetorem oportet nec statim eum satisdationis necessitatibus subicere debet, nisi causa cognita constiterit prospici debere his, qui suspectum eum postulaverunt.* 1) *Sed suspectus heres non isdem modis. Quibus suspectus tutor aestimatur: siquidem tutorem non facultates, se fraudulenta in rebus pupillaribus et callida conversatio suspectum commendet, heredem vero solae facultates.* 2) *Plane in recenti aditae hereditatis erunt, qui suspectum postulant: ceterum si probentur passi eum in hereditate morari nec quicquam possint obicere crimini quasi dolose versato eo, non debebit post multum temporis ad hanc necessitatem compelli.* 3) *Quod si suspectus satisdare iussus decreto praetoris non obtemperaverit, tunc bona hereditatis possideri venumque dari ex edicto suo permittere iubebit.* 4) *Plane si doceatur nihil ex bonis alienasse nec sit quod ei iuste praeter paupertatem obiciatur, contentu esse praetor debet, ut iubeat eum nihil minuere.* 5) *Quod si nec iponia laboratem eum creditores ostendere potuerint, iniurarium actione ei tenebuntur»* (*ulp. 2 de omnib. trib.*). También puede verse D. 42, 6, 1, 6 (*Ulp. 68 ed.*) y Gai. 2, 154/155/158.

(124) D. 24, 3, 24, 2: «*Quotiens mulieri satisdandum est de solutione dotis post certum tempus, si maritus satisdare non possit, tunc deducto commodo temporis condemnatio residui repraesentatur: sed si cum maritis satisdare posset, nollet, in solidum eum condemnandum Mela ait non habita ratione commodi temporis. Iudicis igitur officio convenit, ut aut satisdatione interposita absolvat maritum aut habita ratione compensationis eum condemnet, quod quidem hodie magis usurpatur: nec ferenda est mulier, si dicat magis se velle dilationem pati quam in repraesentatione deductionem»* (*Ulp. 33 ed.*).

pedir garantía al marido de que restituirá la dote en tales plazos. En el caso de que éste la diera, se decretaba la inmediata entrega de los bienes. Sin embargo, se distinguía según el marido no pudiera darla o, pudiendo, no quisiera. En el primer caso se descontaba la ventaja del plazo, lo que no ocurría en el segundo.

**7. La disminución o desaparición de las garantías.**—Respecto de los fiadores la regla contenida en D. 2, 8, 10 supone que no se da el vencimiento anticipado de la obligación garantizada a causa de las alteraciones que pueda sufrir el patrimonio de los fiadores. Si éstos sufren una grave calamidad o una gran pobreza, se establece que deberá darse nueva garantía, es decir, nuevo fiador. Esta es, pues, la consecuencia de la insuficiencia sobrevenida de la garantía.

D. 2, 8, 10: «Si el árbitro ha probado la idoneidad de los fiadores, han de ser tenidos por tales, puesto que se hubiese podido presentar querella al juez competente, el cual desaprueba, según la causa, los aprobados por el árbitro y otras veces aprueba a los desaprobados. 1) Y si aceptó a los fiadores por su voluntad con más razón debe contentarse con ellos. Pero si en el tiempo intermedio sobrevino a los fiadores una grave calamidad o una gran pobreza, habrá de darse garantía de nuevo, previa cognición de causa» (*Paul. 75 ed.*) (125).

Y si los fiadores eran insolventes *ab initio*, ni siquiera es posible exigir que se den nuevos fiadores, tal y como se establece en D. 36, 4, 3, 3:

«Si se dio ya garantía, se preguntaba si debe darse otra vez en caso de que se diga que los fiadores son de poca solvencia, y es más cierto que no debe repetirse, y así lo dispuso <Antonino> Pío, de consagrada memoria, en un rescripto dirigido a Pacuvia Liciniana: ella hubo de sufrir las consecuencias de su ligereza en aceptar fiadores menos solventes, y no debe gravarse a cada momento a aquel de quien se pide la garantía» (*Ulp. 52 ed.*) (126).

(125) D. 2, 8, 10: «*Si ab arbitro probati sunt <fideliussores>, pro locupletibus habendi sunt, cum potuerit querella <ad competentem iudicem> deferri, qui ex causa improbat ab arbitro probatos, alias improbatos probat: 1) multoque magis, si sua voluntate accepit <fideliussores>, contentus his esse debet. Quod si medio tempore calamitas <fideliussoribus> insignis vel magna inopia accidit, causa cognita ex integro satisdandum erit*» (*Paul. 75 ed.*) (125).

(126) D. 36, 4, 3, 3: «*Si semel fuerit satisdatum, quae situm est, an etiam rursus cavendum sit, si forte dicatur egenos <fideliussores> esse datos. Et magis est, ut caver non debeat: hoc enim divus Pius rescripsit Pacuviae Liciniane: ipsam enim facilitati suea expensum ferre debere, quae minus <fideliussores> idoneos accepit: neque enim oportet per singula momenta onerari eum, a quo satis petitur*» (*Ulp. 52 ed.*).

Tampoco en el caso de que haya dado prenda en garantía de una obligación los actos del deudor que afecten a la misma dan lugar al vencimiento anticipado de la obligación. La cuestión se suscita fundamentalmente en dos textos del Digesto. El primero de ellos es D. 20, 4, 1:

«El que prometió una dote a favor de una mujer, aceptó una prenda o hipoteca en garantía de la restitución de la dote. Siguiendo luego un pago parcial de la dote, el marido dio a otro en prenda la misma cosa; posteriormente, se cumplió el pago del resto de la dote, y se preguntaba acerca de la prenda. Como el que prometió la dote está obligado por su promesa al pago total de la cuantía entera, no hay por qué atender a los momentos en que se fue pagando, sino al día de contraerse la obligación; y no es correcto decir que el que prometió la dote puede no pagar el resto de ella para estimar que la dote de la mujer era menor. Distinto es el caso de aquel que recibió una prenda por la suma que entregase en un plazo determinado y antes de que la entregase se dio a otro la cosa en prenda» (*Pap. 8 quaest.*) (127).

Se plantea en este texto qué ocurre en el supuesto de que el deudor entregue la cosa dada en prenda en garantía de una obligación a término y con posterioridad constituya prenda sobre la misma cosa en favor de un tercero. Pero la duda de Papiniano no es si el acreedor podrá exigir anticipadamente la prestación, sino si el acreedor pignoraticio deberá o no cumplir la obligación que le incumbe, en el caso de que la constitución de la prenda haya sido anterior a la ejecución de su prestación. Así, se dice que el que prometió una dote a favor de una mujer y ya entregó una parte no puede dejar de entregar la otra con base en que el marido dio a otro en prenda la misma cosa. Sin embargo, si podrá dejar de cumplir su prestación el prestamista si antes de entregar la suma se dio a otro la cosa en prenda.

Una situación similar, aunque con distinta solución jurídica, se planta en D. 20, 4, 9 pr.:

«El arrendatario de una casa de baños a partir de las próximas calendadas <de julio> pactó que el esclavo Eros quedara pignorado

(127) D. 20, 4, 1: «*Qui dotem pro muliere promisit, pignus <sive hypothecam> de restituenda sibi dote accepit: subsecuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignori alii dedit: mox resuduae quantitatis numeratio impleta est: quaerebatur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem qui dotem promisit compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis. Nec probe dici in potestate eius esse, ne pecuniam residuum redderet, ut minus dotata mulier esse videatur. I) Alia causa es eius, que pignus accepit ad eam summam, quam intra diem certum numerasset, ac forte prius, quam numeraret, alii res pignori data est» (*Pap. 8 quaest.*).»*

para el arrendador hasta el pago de los alquileres, y antes de las calendas de julio pignoró ese mismo esclavo a otro acreedor por una cantidad prestada. Habiendo sido consultado <Juliano> si el pretor debe proteger al arrendador contra este acreedor si reclama el esclavo Eros, respondió que sí, pues aunque el esclavo fue pignorado cuando todavía no se debía nada por el arriendo, sin embargo, como ya entonces el arrendador tenía derecho a que no se pudiera extinguir sin su consentimiento la prenda sobre el esclavo Eros, su derecho debe ser tenido como preferente» (*Afric. 8 quaest.*) (128).

En este caso el arrendatario pignora un esclavo en garantía del pago de la renta. Antes de que llegue la fecha en que el arrendamiento comenzará a surtir efecto y, por tanto, antes de que haya vencido el pago de la renta, el arrendatario pignora ese mismo esclavo a otro acreedor por una cantidad prestada. La cuestión que se suscita es si, aunque el esclavo fue pignorado cuando todavía no se debía nada por el arriendo, debe proteger el Pretor al arrendador. Y la respuesta es positiva: su derecho será tenido como preferente frente al del prestatista.

Como puede observarse, la constitución de una segunda prenda a favor de un tercero no determina el vencimiento anticipado de la obligación garantizada. Sin embargo, en un texto parece disponerse lo contrario. Se trata de D. 20, 1, 14 pr.:

«Se plantea la cuestión de si se permitirá que el acreedor reclame de terceros los objetos pignorados antes de que venza el plazo del pago de la pensión debida: y creo que sí hay que dar la persecución de la prenda, en atención al interés que tengo, y así lo escribe Celso» (*Ulp. 73 ed.*) (129).

Se trata, no obstante, de un pasaje sumamente oscuro, pues nada se dice sobre la cuestión planteada, y la justificación que se da para que el acreedor pignoraticio pueda reclamar los objetos pignorados antes de que llegue el día en el cual se debía pagar la pensión, es en

(128) D. 20, 4, 9 pr.: «*Qui balneum ex calendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur: idem ante calendas Iulias eundem Erotēm alii ob pecuniam creditam pignori debit. Consultus, an adversus hunc creditorem petentem Erotēm locatorem praetor tueri deberet, respondit debere: licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quicquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatōre ius pignoris in eo solvi non posset, potiorem eius causam habendam*» (*Afric. 8 quaest.*).

(129) D. 20, 1, 14 pr.: «*Quae situm est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persecui pignora permittendum sit. Et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mea: et ita Celsus scribit*» (*Ulp. 73 ed.*).

exceso simple: el interés del propio acreedor. Creemos que el texto puede interpretarse de la siguiente manera. El deudor, en garantía del pago de la pensión, constituye prenda sobre determinados objetos, pero éstos se encuentran en poder de terceros o han sido, después de constituida la prenda, enajenados. En este supuesto el acreedor puede reclamar los bienes de aquellos que los posean, aun antes de que llegue el día de pago de la pensión. Pero tal reclamación no tiene por objeto la enajenación de los bienes dados en prenda, sino la entrega de los mismos al acreedor a efectos de constituir la prenda. En consecuencia, no se trataría de un supuesto de vencimiento anticipado de la obligación garantizada.

**8. Recapitulación.**—En Derecho romano se formula con claridad el principio general en virtud del cual el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación antes de que llegue el día. Y no existen excepciones a este principio con base en el peligro que determinadas situaciones o conductas del deudor pudieran suponer para el crédito, aplicables a todo tipo de obligaciones. Todo lo más es posible encontrar textos aislados que, con carácter muy limitado, disponen la posibilidad de exigir anticipadamente. Se trata, fundamentalmente, de D. 24, 3, 15 respecto a la restitución anticipada de la dote, y CJ. 4, 9, 1 en cuanto a la obligación contraída con el Fisco. Y texto oscuros, susceptibles de múltiples interpretaciones, entre las cuales cabría incluir el establecimiento de supuestos de vencimiento anticipado. Es el caso de D. 5, 1, 41 y D. 20, 1, 14 pr.

## II. DERECHO HISTORICO CASTELLANO

### 9. Aspectos generales relativos al término en el Derecho histórico castellano:

a) *El término y la condición. Distinciones.*—Frente al silencio del Fuero Juzgo y del Fuero Real, las Partidas establecen, con gran claridad y precisión, la posibilidad de que las obligaciones se configuren como puras, a término o sometidas a condición.

Partida V, tít. XI, ley XII.—«Quantas maneras son de promisiones (130).

---

(130) Las leyes de Partidas hablan de *promissiones* o *estipulaciones*, pues siguen un criterio formalista en la creación de obligaciones (tít. XI, Partida V, que tiene su antecedente en el tít. XI, Libro I del Fuero Real), heredado del Derecho romano, que

Valederas promissiones pueden ser en tres maneras. La primera es, quando alguno promete a otro, de dar o de fazer alguna cosa, non poniendo condicion nin señalando dia, para complir aquello que promete; e esta promission es llamada en latin pura (131). E la segunda es, quando la promission es fecha a dia señalado; e esta es llamada en latin promission in diem: e puedese fazer aun tal prometimiento como este, a dia que se non pueda señalar ciertamente; como quier que aquel dia ha de ser en todas guisas. E esto seria, como si el que fiziesse la promission, dixesse assi: Yo vos prometo, que vos den mis herederos, o que fagan tal cosa, el dia que yo finare. E como quier que atal dia non se puede señalar ciertamente, a la sazon que el faze la promission; pero señalese el dia que muere: por tal promission como esta fincan los herederos obligados, de aquel que la faze, e son tenudos de la complir. E aun dezimos, que podria prometer vn ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa, ante que fine, o depues. E por tal promission con esta fincan otrosi obligados sus herederos, e son tenudos de la complir. Fueran ende, si ouiesse prometydo, de facer la cosa por sus manos mismas, e non por otro. Ca entonce no valdria la promission, si el finasse ante que la cumpliesse. La tercera manera de promission valedera es, como quando promete vn ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa so condicion; e esta es llamada en latin promission condicional: e fazese de esta guisa, diciendo assi: prometo a fulan, de dar, o de fazer tal cosa, si tal naue viniere de Marruecos a Seuilla; o de otra manera semejante desta, que puede ser que se cumplira la condicion, o non. E aun dezimos, que esta promission condicional se faze en otra manera; como si dixesse el que la faze: Prometo de dar o de fazer tal cosa, si han hecho Papa a fulan; o en otra manera semejante destas, que pertenezca, o que sea fecha, a tiempo passado. E esta condicion non es de tal natura, como la primera que es del tiempo por venir: porque en esta que es el tiempo passado, maguer que aquel que la faze, non sabe si es verdad aquello so que faze la condicion, luego que la faze finca por ello obligado, si es verdad; o si non, finca desobligado. Mas en la otra non es assi; que non puede ser obligado, nin desobligado por ella, fasta que se cumpla lo que señalo. E si acaesciesse que se cumpla aquella que dixo, finca entonce obligado. E si non se cumple la condicion, entonce non vale la promission (132).»

---

no desaparecerá hasta el conocido texto de la ley única, tít. XVI del Ordenamiento de Alcalá (año 1348), recogido en la ley II, tít. 16, Libro V de la Recopilación y en la ley I, tít. I, Libro X de la Novísima Recopilación.

(131) Para el supuesto de que la estipulación sea pura se establece en Partida V, tít. XI, ley XIII la determinación judicial del plazo para cumplir la obligación.

(132) También los legados podían ser puros, a término o bajo condición: Partida VI, tít. IX, ley XXXI. En este texto, al igual que ocurre en Partida V, tít. XI, ley XII, se distingue perfectamente entre término y condición, superando las contradicciones del Derecho romano en este punto. Así, se considera condicional el legado que se deja para

Este texto de Partidas es sin duda fruto de la evolución doctrinal que, sobre la base de los textos romanos, se desarrolla por los glosadores y comentaristas. Frente a la inseguridad de la distinción romana entre término y condición, la ley citada traba unos criterios claros y acertados: son obligaciones a término aquellas en que el día es incierto, no se puede señalar con seguridad, pero ha de llegar necesariamente, como el día de la muerte del promitente. No se produce, pues, la asimilación romana entre el *dies incertus* y la *conditio*.

En otros dos puntos se separa esta ley de Partidas de sus antecedentes romanos. Por un lado, en la admisión de las estipulaciones para después de la muerte, o para el día de la muerte, o para el día antes de la muerte del promitente (133), estipulaciones éstas que, como vimos, no se admitieron en el Derecho romano clásico y muy limitadamente en el justinianeo.

En segundo lugar, se admite la condición de pasado (134), pero distinguiéndola de la de futuro en cuanto a sus efectos. Así como la condición de futuro supone la inexistencia de la obligación hasta su cumplimiento, la de pasado determina que el promitente se encuentre desde el mismo momento de la promisión obligado —o no obligado— si el evento pretérito que las partes desconocen había tenido lugar.

Esta distinción entre condiciones de futuro y condiciones de pasado permite afirmar que para el legislador de Partidas las obligaciones a término existen desde un primer momento, aunque su cumplimiento quede diferido. Si así se considera que ocurre en las obligaciones sometidas a condición de pasado, recayendo la incertidumbre sobre si la obligación existirá desde el momento de la estipulación o no existirá nunca, con más razón debe afirmarse de las obligaciones a término, en que el día llegará necesariamente (135).

cuando el legatario cumpla catorce años, pues puede no llegar a tal edad. Sin embargo, D. 36, 2, 22 considera ese mismo legado como a término.

(133) Salvo si la obligación tiene carácter de *intuitus personae*.

(134) Prohibida en Inst. 3, 15, 6.

(135) Es lugar común, y nos atreveríamos a decir que unánime, entre los tratadistas de nuestro Derecho histórico, considerar que el término no suspende las obligaciones, sino que sólo difiere su cumplimiento. Así encontramos tal asseveración en GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, 5.<sup>a</sup> ed., tomo II, Madrid, 1855, pág. 149; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 3.<sup>a</sup> ed., tomo IV, Madrid 1877; VISO SALVADOR DEL: *Lecciones elementales de Derecho civil*, tomo III, de las obligaciones, 4.<sup>a</sup> ed., Valencia, 1879, pág. 64; BARRERA MONTENEGRO, J. M.<sup>a</sup> DE LA: *Nociones de Derecho civil, mercantil y penal*, Valladolid, 1881, pág. 424; y ESCRICHÉ, JOAQUÍN: voz «plazo», *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, 2.<sup>a</sup> ed., tomo III, Madrid, 1845, pág. 321.

b) *Efectos del término.*—Consecuencia de la consideración anteriormente apuntada, esto es, que la obligación existe antes de la llegada del término, es la posibilidad de pagar anticipadamente; posibilidad que ya se establecía en el Fuero Juzgo respecto de las obligaciones garantizadas con prenda.

Libro V, tít. VI, ley IV.—«Si el penno non es rendido pues que la debda quieren pagar, ó el precio.

Si aquel que dió el penno por debdo al plazo quisiere pagar la debda, hy el tenedor del penno non quisiere dar su penno, ó sil vendiese su penno ante del tiempo que es suso dicho, ó sil metiere en sul pro, ó si no lo quisiere mostrar, quien lo tiene entegue el penno al sennor, é demás peche la meytad de quanto valie del penno á su sennor.»

E idéntico principio se sienta en el Fuero Real, también respecto de las obligaciones garantizadas con prenda.

Ley III. tít. XIX, Libro III Fuero Real: «Como pagando el deudor la deuda, le debe ser tornada la prenda.

El que tuviere peños de otro à plazo, si el dueño de los peños quisiere pagar el deudo al plazo, ó antes del plazo, dele su peños, è resciba su deudo: è si antes del plazo, ó del tiempo que manda la Ley los vendiere, ó los usáre, à daño de los peños, ó no los entregáre al plazo por alguna malicia, sea tenudo de dar la valía de los peños, è la meitad mas de quanto valía.»

Cabría preguntarse, a la vista de estos dos textos, si sólo respecto a las obligaciones con garantía real se concebía como posible el pago anticipado. Tal podría interpretarse teniendo en cuenta que estas leyes se refieren únicamente a ese tipo de obligaciones. Sin embargo, la preocupación del legislador va por otros derroteros. Se trata de establecer la sanción que corresponde al acreedor pignoraticio que no entrega los bienes dados en prenda, o que los vende antes del plazo, o causa daño en ellos. Pero creemos que la posibilidad de pagar anticipadamente es común a todo tipo de obligaciones, como se pone de relieve en la ley XVII, tít. XI, Partida V:

«Del prometimiento que es hecho so condicion, e a dia señalado.

A dia cierto, so condicion prometiendo vn ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa; maguer se cumpla la condicion, non es tenudo por esso el que fizó la promission, de la cumplir *si non quisiesse*,

(136) Como señala MARTÍ DE EIXALA, en la nota que añade a la glosa 87 de GREGORIO LÓPEZ (SANPONTS Y BARBA, I., MARTÍ DE EIXALA, R., y FERRER Y SUBIRANA, J.: *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López...*, tomo III, Barcelona, 1843, págs. 238 y 239), la ley dice: «A dia cierto, so condicion prometiendo». Tomadas estas palabras en su

fasta que venga el dia que señalo, a que la cumpliesse, o la deue cumplir... (136)»

Y en la ley XVI, tít. XII, Partida V:

«...Otrosi dezimos, que si el fiador, o sus herederos pagassen la debda, que eran tenudos de pagar, de su voluntad, sin juyzio, e sin premisa ninguna; que tambien es tenudo aquel por quien entro fiador, de darles lo que assi pagaron, como si lo ouiessem pagado por premia que les ouiesen hecho por juyzio. Pero si acaesciesse, que lo pagassen ante del plazo, non lo pueden demandar hasta el dia que señalaron para pagarlos.»

Precisamente porque la obligación existe no se puede repetir lo anticipadamente pagado en las obligaciones a término, como expresa claramente la ley IX, tít. XX, Libro III del Fuero Real:

«Como la pena se ha de pagar por rata.

Todo home que fuere tenido de pagar deuda à plazo con pena, si paga alguna cosa del deudor ante del plazo, ò en plazo, no le puede despues demandar à aquel à quien habie de pagar toda la pena por lo que fincó de pagar...»

Y en el mismo sentido la ley XXXII, tít. XIV de Partida V, al hablar de condiciones que necesariamente ha de cumplirse y que no son más que términos:

«Como se puede reuocar la paga, que fiziesen de debda que fuese fecha so condicion.

De tal natura seyendo la condicion que pusiesen en algun pleyto, que fuese en dubda si se cumplira, o non, como si dixesse: Prometo de pagar tantos marauedis, si tal naue viniere a Seuilla; si pagasse los marauedis en ante que se cumpliese la condicion, bien podria demandar que gelos tornassen. E esto es, porque podria acaescer por auentura, que se non cumpliera la condicion: mas si la condicion fuese de tal natura, que en todas guisas se cumpliria, como si dixese: Prometo de vos dar tantos marauedis, si me muriere; o en otra manera semejante destas; si los marauedis pagasse en su vida, non los podria despues demandar que la paga fuese fecha:

---

sentido riguroso, debemos concretarlas al caso en que haya término y condición, de modo que el primero no forme parte de la segunda; por ej., se prometió dar mil pesos dentro de un año, si la nave llegaba de Asia; y no podrá la ley aplicarse a las promesas en que el término es circunstancia de la condición misma, como si se dice «te daré mil pesos si dentro de un año la nave llega de Asia». Por tanto, se establece en esta ley que cumplida la condición, pero no llegado aún el término, no se puede pedir, pero si puede el deudor pagar, si quiere hacerlo. En el mismo sentido se pronuncian GOMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos del Derecho Civil...*, cit., pág. 150.

porque cierta cosa es, que la condicion se cumpliria en todas guias (137).»

El día señalado tiene el deudor obligación de cumplir, en lo cual ponen especial énfasis las leyes del Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas. Así se establece respecto de las obligaciones garantizadas con prenda en la ley III, tít. VI, Libro V del Fuero Juzgo, determinando el incumplimiento del plazo pactado la posibilidad de que el acreedor venda la cosa pignorada transcurridos diez días.

«El Rey Don Flavio Rescindo, rey de Dios.  
De penno que es dado por debda.

El penno que es dado por debda, si ende fué fecho escripto de la debda hy el debdor prometió en aquel escripto que pagarie la debda al plazo, depues del plazo pasado fasta X. dias, el que o acrovó, deve guardar los pennos. E si el sennor del penno fuere à rayz, devel afrontar que pague su debda, é tome su penno. E si no la quiere pagar, ó non viniere por negligencia al dia del plazo, dallí adelante deve dar usuras. E si el debdor non viniere é non pagare la debda en aquellos X. dias assí cuemo es de suso dicho, entonc el acreedor, é quanto asmaren él hy tres omnes buenos, por tanto lo venda: hy el acreedor tome el penno quantol deve dar el sennor por penno, hy los demas réndalo al sennor del penno (138).»

En el mismo sentido se manifiesta la ley I, tít. XIX, Libro III de Fuero Real:

«Ley primera.

Todo home que tuvier peños por alguna cosa que venda, tengalos fasta el plazo: è si los tomare sin plazo, tengalos treinta dias: è si al plazo que puso à los treinta dias no los quitáre, afruente al dueño de los peños, con testigos, que los quite: è si los no quitáre fasta tercer dia, vendalos con testigos de tres homes buenos, con mandato del Alcalde concejeramente, à quien mas diere por ellos, y entre-

(137) Frente a la precisión mostrada por la ley XII, tít. XI, Partida V al distinguir entre término y condición, la ley XXXII, tít. XIV, Partida V vuelve a las imprecisiones propias de los textos romanos en este punto al hablar de condiciones que necesariamente han de cumplirse, lo cual pone de manifiesto SALA BAÑULS, J.: *Ilustración del Derecho Real de España*, 2.<sup>a</sup> ed., tomo I, Madrid, 1820, pág. 361.

(138) En el supuesto de que las partes no hubieran convenido ningún plazo para pagar la deuda, la ley XLII, tít. XIII, Partida V establece la posibilidad de vender la cosa dada en prenda a los doce días, si es mueble, o treinta, si inmueble, desde que el deudor es requerido de pago por el acreedor. Si entre deudor y acreedor pignoraticio se pactó la prohibición de enajenar la cosa dada en prenda, es necesario que el acreedor requiera al deudor de pago tres veces y espere dos años antes de proceder a la venta de la misma en almoneda.

guese de lo que ha sobre ellos, è de lo que debiere haber de mision, ò de pena alguna, si la pusiere con él, ò puso que sea con derecho; è lo demas delo à su dueño: è si no fuere en la tierra el dueño de los peños de guisa que no le pueda forntar, pasado el plazo, y el tercer dia venda los peños asi como sobredicho es.»

#### Y la ley XLI, tít. XII, Partida V:

«Como, e quando puede vender la cosa empeñada, el que la tiene a peños, si lo pudiere fazer por postura.

Ponen pleytos a las vegadas los omes vnos con otros, quando reciben la cosa a peños, que si aquellos que los empeñan, non los quitaren fasta el tiempo, o dia cierto, que despues los puedan vender. E porende dezimos, que si tal pleyto es puesto quando obligo la cosa a peños, e aquel que la empeña non la quita fasta el dia que señalaron, que dende adelante bien la puede vender el que la tiene a peños, o su heredero, en aquella manera que fuese puesto el pleyto quando gela empeñaron. Empero, ante que la venda, lo deue saber al que gelo empeño, si fuere en el lugar, de como la quiere vender, e si la non y fuere, deuelo decir a aquellos que fallare en su casa. E si este que la tiene a peños lo fiziesse assi, o non lo pudiere fazer por alguna razon, entonce puede vender publicamente la cosa quel fue assi empeñada. E tal vendida se deeue fazer en el almoneda a buena fe, en sin engaño. E si por auentura mas valiere de aquello porque el la tiene a peños, lo demas deuelo pagar alque gela empeño. Otrosi dezimos, que si menos valiere, lo de menos, que gelo deue tornar aquel que empeño la cosa.»

Lo mismo sucede respecto de la deuda garantizada con fianza.

Fuero Real, Libro III, tít. XX, ley X: «Como el fiador puede pagar la deuda, aunque lo defienda el deudor, y despues gelo puede demandar.

Si el deudor que ha dado fiador de pagar à plazo no pagare à plazo, el fiador puede pagar el deudo, maguer que gelo defienda el deudor, è pueda despues demandar aquel que le metió por fiador todo lo que pagare por la fiadura (139).»

En el mutuo hay que devolver la cantidad prestada en el plazo señalado.

Partida V, tít. I, ley II: «Quien puede emprestar, e a quien, e que cosas.

Un ome a otro puede emprestar (...) Pero tenudo es de dar a aquel que gela presto, otra tanta, e atal, e tan buena como aquella

(139) Es necesario tener en cuenta que la ley XIV, tít. XVIII, Libro III del Fuero Real establecía la necesidad de que el fiador se obligara a un plazo determinado.

que le presto; maguer ningunas destas cosas non dixese señaladamente el que la emprestasse. E deuegela dar al plazo que pusieren entre si, quando la cosa fue prestada. E si el plazo non fue puesto, deuegela dar a voluntad del que la presto, diez dias despues que fue prestada.»

Al igual que en el comodato la cosa prestada.

Partida V, tít. II, ley IX: «Quando deue tornar el prestamo, aquel que lo rescibio; e que pena deue auer, si lo non fiziere.

Para seruicio cierto, o fatas tiempo señalado, rescibiendo alguno de otri, cauallo, o otra cosa semejante, emprestada; dezimos, que luego que el seruicio fuese fecho, o el tiempo sea cumplido, tenudo es de la tornar a su señor: e non la puede tener desde en adelante como en razon de prenda...»

Y en el arrendamiento respecto de la cosa arrendada.

Partida V, tít. VIII, ley XVIII: «Que la cosa deue ser tornada a su señor, cumplido el tiempo de arrendamiento.

Complido seyendo el tiempo de arrendamiento, o del loguero, deue ser tornada la cosa, que assi fuese dada, a su señor...»

Con carácter más general, respecto de todo tipo de obligaciones, hace hincapié la ley VIII, tít. XIV, Partida V, en la obligación del deudor de cumplir en el plazo pactado:

«Como deue ser fecha la paga que deue fazer el debdor, si non gela quisiere recibir el que la deue auer.

Plazos, e dias ciertos ponen los omes entre si, a que prometen de dar, o de fazer algunas cosas, vnos a otros. E porende dezimos, que cada vno es tenudo de dar, o de fazer, lo quel prometio, al plazo que fue puesto para ello. E non se puede escusar que non lo faga, maguer el otro non gelo demande...»

Por último, en la ley XXXV, tít. XI, Partida V, se establece la sanción que corresponde a aquel deudor que no cumple en el tiempo convenido:

«Que pena meresce, el que promete de dar, o de fazer alguna cosa a dia cierto, e non la dio, nin la fiz.

So cierta pena, e a dia señalado prometiendo vn ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa; si aquel dia non ouiere dado, o fecho lo que prometio, tenudo es de pechar la pena, o de dar, o de fazer lo que prometio, qual mas quisiere aquel que rescibio la promission. E non se puede escusar que lo non faga, maguer el otro nunca gelo ouiesse demandado. Otrosi dezimos, que so aquel que fiz la promission, non señalo dia cierto en que la deuiesse cumplir; e despues

desto, el otro le demandasse en tiempo conuenible, e en logar guisado, que le cumpliesse aquello que le auia prometido, e non lo quisiesse cumplir, podiendo fazer; o seyendo tanto tiempo pasado, en que lo puediera fazer, si quisiesse; que de alli en adelante, seeria tenudo de le pechar la pena. Otros dezimos, que faziendo...»

Pero si los textos que acabamos de ver hacen hincapié en la necesidad de que el deudor se atenga a lo pactado respecto de los plazos, otro buen número de ellos sienta el principio de que el acreedor no puede exigir el cumplimiento antes de la llegada del día señalado (140). Tal es el caso de la ley IV, tít. XVI, Libro III del Fuero Real en relación en el comodato:

«Como no se puede pedir la cosa emprestada ante del tiempo en que se emprestó.

Ningun home no pueda demandar el emprestido que fizò à otri ante del plazo que puso con él, ò ante que sea cumplido aquello porque gelo emprestó: mas pasoso el plazo que es puesto, ò cumplido el servicio à que es emprestado, es tenudo de darlo à su dueño, en guisa que no gelo dé empeorado en ninguna cosa.»

Y la ley II, tít. XVII, Libro III del mismo Fuero respecto del arrendamiento de cosas:

«Como la casa que fuere alquilada por dineros, no se puede quitar fasta ser cumplida.

Si alguno logare su casa à otri à plazo, no la puede toller hasta el plazo, fuera si la quisiere refazer...»

Y con carácter más general, como en las Partidas suele ocurrir, la ley XIV, tít. XI, Partida V se refiere a todo tipo de obligaciones:

«Como non puede ser demandada la cosa que es otorgada por promission, hasta que venga el dia, o que se cumpla la condicion sobre que fue fecha.

A dia cierto, o so condicion prometiendo vn ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa; non es tenudo de complir la promission, hasta que venga aquel dia, o que se cumpla aquella condicion, sobre que fue fecha. E si por auentura muriesse algun dellos, ante que se cumpliesse

(140) Si relacionamos estos textos con los que hacen referencia a la posibilidad de que el deudor cumpla anticipadamente la obligación llegamos a la conclusión de que el Derecho histórico español, aunque nada se dice al respecto, el plazo se consideraba concedido en beneficio del deudor, al igual que ocurría en Derecho romano, salvo cuando consta lo contrario. Esta es también la posición que mantienen GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos del Derecho Civil...*, cit., pág. 150, con apoyo en la ley XIV, tít. XI, Partida V; VISO, SALVADOR DEL: *Lecciones elementales...*, cit., tomo III, pág. 65; y ESCRICHE, JOAQUÍN: voz «plazo», *Diccionario razonado...*, cit., tomo III, pág. 321.

la condicion, o que viniessen el dia a que lo deuieran cumplir; los sus herederos, de aquel que finasse, fincan en aquella misma manera obligados, paa cumplir lo que fue prometido; maguer viniessen la condicion, o el dia, despues de la muerte de qualquier dellos (141).»

Si se exige antes del plazo, el demandado puede defenderse con una excepción dilatoria. Como consecuencia, el deudor es protegido si resulta demandado antes del término. El Fuero Real establecía que al deudor al que se le exige antes de que llegue el día el Alcalde debe concederle, en perjuicio del acreedor, el doble del plazo que todavía restaba hasta aquél día.

Fuero Real, Libro II, tít. X, ley V: «Como debe el alcade doblar el plazo à aquel que fue demandado ante del plazo.

Quando alguno es tenudo à otro de facer cosa qualquier, ò de pagar algun deudo à plazo señalado, si aquel aqui es tenudo, ante del plazo lo demandáre, no sea tenudo de le responder; y el alcalde déle otro tanto plazo adelante, quantos dias demandó ante del plazo que habia con él.»

Las Partidas, tras poner de relieve que el exigir antes del día supone *pluris petitio, tempore*,

Partida III, tít. II, ley XLII: «En quantas maneras ponen los demandadores en su demanda mas que non deuen.

Mas que non deuen, ponen los demandadores algunas veces en sus demandas. E desto se deuen mucho guardar, porque se les torna mucho daño, e non en pro. E esto seria en cuatro maneras. [...] La tercera, quando faze la demanda en el tiempo que no deue: como sei pidiesse que pagassen ante del plazo, a que le deuian pagar... (142).»

y sancionar con la misma duplicación del plazo que establecía el Fuero Real, más «las costas, e las missiones que el demandado fizó por esta razon»,

Partida III, tít. II, ley XLV: «Que mal vernia al demandador, por demandar su debda en lugar do non gela deuiessen pagar.

(...) Otrosi dezimos, que el demandador non deue ser oydo, quando fiziesse demanda en razon de debda, quel deuiessen, ante del plazo, a que gela deuen pagar. Mas el Judgador por pena deuel

(141) En el mismo sentido, el texto, ya visto, de la XVII, tít. XI, Partida V.

(142) Para ORTIZ Y ARCE, D.: voz «*Plus petición*», *Enciclopedia Jurídica Española Seix*, tomo XXIV, Barcelona, 1910, pág. 831, esta ley define, inspirándose en el Derecho romano, los casos de *plus petitio*, pero sin deducir ni establecer después ninguna regla práctica; lo cual es cierto, pero omite que tal regla práctica se encuentra recogida en la ley XLV, tít. II, Partida III (vid. *infra*).

alongar el plazo otro tanto adelante, quanto el ante del plazo a que la deuiera demandar. E demas deuele fazer pechar las costas, e las missiones quel demandado fizó por esta razon.»

establece que el demandado puede defenderse mediante una excepción dilatoria, siempre que lo haga antes de contestar a la demanda, pero no después:

Partida III, tít. III, ley IX: «Por quales defensiones se puede excusar el Demandado de non responder a la demanda.

Defiendense los demandados a las vegadas de las demandas que les fazen, poniendo defensiones ante si, que son de tal natura, que aluengan el pleyto, e non lo rematan. E llamadas en latin dilatorias, que quiere tanto dezir como alongaderas. E son estas, como si algund ome fiziesse pleyto con su debdor, que los marauedis, o la cosa que le deuia, non gela pidiesse fasta tiempo, o dia señalado, e despues desso gelo demandasse en juyzio ante del plazo. O si emplazassen alguno delante de tal Judgador, de cuyo fuero non fuese, o si la vna parte contradixesse la personeria que trae, non era complida segund derecho, e porende que non era tenudo de responder a la demanda, que le fazen; que atales defensiones como estas, o otras semanjantes dellas, poniedolas el demandado, ante que responda a la demanda, e aueriguandolas, deuen ser cabidas. Mas si despues que el pleyto fuese comenzado por respuesta, las quisiesse poner alguno ante si, nol deuen ser cabidas. Otrosi dezimos, que si el Judgador entiendiere, que el demandado pone a menudo maliciosamente defension ante si, por alongar el pleyto, que puede el Juez, dar vn plazo peremtorio al demandado, que ponga todas sus defensiones, ayuntadas en vno, e que las prueue. E si al plazo que le fuere puesto, non las prouare, o non las pusiere, que despues non duee ser oydo. Mas deude el Judgador yr adelante por el pleyto, assi como mandan las leyes deste Libro.»

Sin embargo, es posible encontrar en el Fuero Real y en las Partidas supuestos de vencimiento anticipado, excepciones a esa regla general de que no se puede exigir el cumplimiento de la obligación antes del día señalado. Intentaremos, al igual que hicimos al tratar del Derecho romano, encuadrarlas en los tipos recogidos en el art. 1129 del Código Civil, si bien no hemos encontrado ningún supuesto de vencimiento anticipado por no prestación de las garantías.

## 10. Supuestos de Vencimiento anticipado en el Derecho histórico castellano:

- Insolvencia del deudor.*—La insolvencia del deudor es tratada de distinta forma en cada uno de los textos que hemos venido seña-

lando, pudiendo apreciarse la evolución legislativa que supone el paso del primitivismo del Fuero Juzgo a la refinada elaboración de las Partidas (143).

En el Fuero Juzgo no se establece un sistema de concurso de acreedores similar a la *missio in bona* romana, sino que es preferido, entre todos los acreedores, aquél que primeramente demanda al deudor insolvente. Y si son varios los demandantes, ha de pagarse a cada uno según se le deba, pasando el deudor a ser siervo de aquellos acreedores a los que su patrimonio no alcance para pagar su deuda (144). Tal es lo que se establece en la ley V, tít. VI, Libro V:

«El Rey Don Rescindo.

Si algun omne es tenudo de muchas debdas ó de muchas culpas.

Si algun omne es culpado de muchas debdas ó de muchas culpas, aquel omne que primeramente ge lo demandare, ó mostrare por iuyzio, ó por prueva, ó por su confesion, á aquel deve primeiramente fazer paga. E si vinieren muchos demandadores de so uno, deve fazer paga a cada uno segund quel deve; é si non, sea siervo de todos, hy el iuez deve saber á quien devie mas, ó á quien menos; e segund aquello faga pagar á cada uno, é daquello que fincar faga pagar á los otros cuemo viere. E si non oviere onde pague á los otros deudores, deve ser siervo daquellos por la debda.»

Las deudas se pagaban según su cuantía, comenzando por la mayor y acabando, en su caso, por la menor. De ahí que el Juez tuviera que saber cuanto debía a cada acreedor el deudor (145). Sin embargo, nada se dice respecto a si los créditos tenían que estar o no vencidos.

El Fuero Real, por su parte, dispone la preferencia de aquel acreedor que encuentra al deudor huido, sobre los bienes que éste llevere. Respecto del resto de su bienes se establece un orden de prelación según la antigüedad de los créditos, es decir, según la fecha de perfec-

(143) Vid. COSSIO y CORRAL, A.: «Convenios extrajudiciales de cesión de bienes para pago de deudas», *Revista de Derecho Privado*, 1953, págs. 4-4, respecto de la legislación medieval y la cesión de bienes.

(144) Cfr. GASSIOT MAGRET, J.: voz «quiebra», *Enciclopedia Jurídica Española* Seix, Barcelona, 1910, tomo XXVI, pág. 517; ALEJANDRE GARCIA, J. A.: *La quiebra en Derecho Histórico español anterior a la Codificación*, Sevilla, 1970, págs. 5-6 y 45. Este autor expone de forma amplia y detallada la regulación en los distintos fueros de la prisión por deudas y la reacción contra esta medida, que comienza por el establecimiento de excepciones por razón de la persona y acaba con la supresión de la prisión por deudas (págs. 3 a 24).

(145) Cfr. ALEJANDRE GARCÍA, J. A.: *La quiebra..., cit.*, pág. 45.

cionamiento de la obligación (146). Tampoco en este caso se hace mención alguna del vencimiento de los créditos.

Fuero Real, Libro III, tít. XX, ley XII: «Como el acreedor que hobiere primero à su deudor, es mas privilegiado que los otros primeros.

Si home que es deudor à muchos fuyere de la tierra ante que pague, è alguno de aquellos que debe lo fuere à buscar, è lo truxere, aquél sea primeramente entregado del cuerpo de las cosas que truxere del deudor, maguer que el su deudo no sea lo primero: mas de las cosas que se falláren en otra parte, que le no truxere, sean entregados aquellos à quien debiere, ò es deudor, cada uno segun que el deudo fue primero. E otrosí, sean entregados del cuerpo del deudor, è de las cosas que truxo, despues que aquel que lo truxo fuese entregado de lo suyo, maguer que lo haya trahido asegurado à él, y à sus cosas de los otros; pero si el que lo truxo lo embiére, ò lo defendiere, no sea tenudo de responder à los otros por él, si él no le embió, ò no le defendió, debe dandogelo el Alcalde.»

Finalmente, las Partidas distinguen según sean los acreedores quienes soliciten el pago de las obligaciones o el deudor el que desampare los bienes. Con ello se acogen los procedimientos romanos de la *missio in bona debitoris* y la *distractio bonorum*.

En el primer supuesto, si uno sólo de los acreedores exige judicialmente el cumplimiento y recibe sentencia a su favor, obtiene el pago de la deuda, aunque su crédito sea posterior. Pero si todos o algunos de los acreedores demandan conjuntamente y obtienen sentencia, siendo el patrimonio del deudor insuficiente para pagar a todos ellos, cobrará cada uno en proporción a su crédito. -

Partida V, tít. XIV, ley XI: «A quien deue ser fecha la paga primeramente en los bienes del debdor, quando las debdas que demandan, son de vna natura, e sin peños.

Sacan debdas alguns vegadas los omnes vnos de otros, non obligando sus bienes, nin parte ellos, mas conociendo la debda tan solamente por carta, o ante testigos, o en juyzio. E tal debdo como este es llamado en latin, debitum personale; que quiere tanto dezir, como debda que es obligada la persona del que la faze, e non sus bienes en todo, ni en parte. E porende dezimos, que alguno ouiesse a dar a muchos, debdos que fuessen desta natura, que qualquier dellos que demandasse su debdo por juyzio, e por quien fuese dada sentencia primeramente contra el debdor, aquel deue ante ser paga-

---

(146) Cfr. ALEJANDRE GARCÍA, J. A.: *La quiebra...*, cit., pág. 47.

do, que ninguno de los otros, maguer el su debdo fuesse el postri-mero. E los otros, a quien deuia algo este debdor sobredicho, non han demanda ninguna contra aquel que vence su debda. Mas si todos los otros, o parte dellos, demandassen su debdo otrosi por juyzio, e fuesse dada sentencia contra el debdor, en un tiempo por todos, o por alguna partida dellos; entonce, si de los bienes del debdor non pudiessen ser pagadas las debdas, deuenlos compartir entre aquellos por quien fue dada la sentencia, dando a cada vno dellos mas, o menos, segund la quantia de due auer. Pero si entre los bienes de tal debdor como este fuese fallada alguna cosa agena, quel ouiesse dado alguno en guarda, en suo dezimos quel finque a su señor, e que los debdores non gelo pueden embargar.»

En el segundo supueso, desamparando el deudor sus bienes para que con ellos se hagan pago los acreedores, deben cobrar éstos en proporción a sus respectivos créditos, salvo que algunos de ellos estén garantizados con prenda o hipoteca, en cuyo caso resultan privilegiados.

Partida V, tít. XV, ley II: «Como se deuen partir los bienes del debdor, quando los desampara, entre aquellos a quien deue algo.

De una manera, o natura, seyendo todas las debdas que ha de pagara aquel que desampara todos sus bienes, estonce deue el Judgador partir entre ellos los marauedis, porque fueron vendidos los bienes del, dando a cada vno dellos segun la quantia que deuia auer, mas, o menos. Mas si las debdas non fueren todas en vna guisa, porque algunos de los que las deuen auer, ouisssen mejoria que los otros; como si les fuessen obligados primeramente, o ouiessen otro derecho alguno por si contra tales bienes, en la manera que diximos en el Titulo de los Peños; estonce deuen ser pagados primeramente estos debdos atales, maguer que para los otros non fincasse ninguna cosa, de que los entregassen. Pero si el debdor que ouiesse asi deamparado lo suyo, dixesse, ante que fuessen vendidos todos sus bienes, que los queria cobrar, para fazer paga a sus debdores, o para defendarse luego con derecho contra ellos, estonce non deuen vender ninguna cosa de lo suyo; ante dezimos, que deue ser oydo.» (147).

(147) A los mencionados textos del Fuero Juzgo, Fuero Real y Partidas hay que añadir, respecto al concurso de acreedores en nuestro Derecho histórico, las leyes II y X del Fuero Viejo de Castilla; la XII de las Leyes Nuevas; la IV, tít. XVIII del Ordenamiento de Alcalá; la ley LXXIX de las de Toro; la V, tít. XIII de las Ordenanzas Reales de Castilla; las leyes V, VII y VIII, tít. XVI, Libro V de la Nueva Recopilación; y las leyes I y IV, del tít. XXXIII, Libro II, ley II, tít. XXXIII, Libro VI, y ley III, tít. XXXIII, Libro XIX de la Novísima Recopilación. Para RIVES MARTÍ, F. DE P.: voz «Concurso de acreedores», *Enciclopedia Jurídica Española Seix*, tomo VIII, Barcelona, 1910, págs. 110 a 114, con base en todas estas leyes y algunas otras relativas a prelación de créditos, existían en nuestro Derecho cuatro clases de concurso, de caracterís-

Aunque ninguno de los textos anteriormente referidos en torno al concurso de acreedores establezca que los créditos que van a ser pagados con la liquidación de los bienes del deudor insolvente tengan que estar vencidos, tampoco se establece un principio de vencimiento anticipado de las obligaciones del deudor insolvente sometido a concurso. Sin embargo, es posible encontrar en el Derecho Real de Castilla supuestos que guardan semejanza con la pérdida del beneficio del témino por insolvencia del deudor. Estos son los siguientes:

a') La restitución de la dote.—Al regular la dote, las leyes de Partidas siguen los principios que rigieron el Derecho romano en este punto (148), especialmente los del Derecho justiniano. La dote se configura como medio para hacer frente a las cargas del matrimonio y formando parte del patrimonio de la mujer (ley I, tít. XI, Partida IV). Se distingue entre dote adventicia y dote profecticia (ley II del mismo título y Partida) y entre dote apreciada e inapreciada (por estimada e inestimada, leyes XVIII y XIX), y se establece quiénes están obligados a constituir la dote (ley VIII). Del mismo modo, se dispone, al igual que para las obligaciones y los legados, que la dote puede constituirse puramente, a término a bajo condición (ley XII).

Al constituirse la dote para el levantamiento de las cargas del matrimonio, cuando éste se disuelve, bien en vida de los cónyuges, bien por muerte de uno de ellos, deja de tener sentido y, en consecuencia, se decreta su restitución (149). Para el caso de que el matrimonio no se disuelva por muerte, sino que se declare nulo por existir impedimento dirimente, la ley XXVI, tít. XI, Partida IV dispone cómo han de repartirse los frutos obtenidos de los bienes dotales. Por su parte, la ley XXX determina a quién debe ser entregada la dote si muere la mujer, y la ley XXXI cuándo debe ser entregada la dote a los herederos de la mujer.

En todos los supuestos la disolución del matrimonio es requisito para la restitución de la dote, de la que la mujer —o su padre, o sus herederos— es acreedora. Sin embargo, en un supuesto concreto, recogido en

ticas bien distintas entre sí: a) cesión de bienes; b) concurrencia o pleito de acreedores; c) espera o moratoria, y d) remisión o quita. Esta pluralidad de tipos dio lugar a abusos por la ausencia de preceptos que determinasen concretamente el procedimiento que habría de seguirse en cada una de dichas cuatro clases de concursos. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 puso fin a todo ello.

(148) No hacemos referencia al Fuero Juzgo ni al Fuero Real porque estos textos legales siguen la concepción germánica de que es el marido quien *dota* a la mujer, y no al contrario, de manera que no hablan de dote, sino de arras. Al respecto puede verse lo que señalan MARICHALAR, A. y MANRIQUE, C.: *Recitaciones del Derecho civil de España*, tomo I, Madrid 1915, págs. 283 y 284.

(149) Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos del Derecho Civil...*, cit., tomo I, pág. 248.

la ley XXIX, tít. XI, Partida IV, la mujer puede pedir que se le entreguen los bienes dotales durante el matrimonio, es decir, anticipadamente; esto sucede cuando el marido disipa sus bienes, «de manera que entendiesse la muger, que venia el marido a pobreza por su culpa»:

«Si puede la muger demandar la dote que dio al marido, mientras durare el Matrimonio.

Baratador, e destruidor seyendo el marido de lo que ouiere, de manera que entendiesse la muger, que venia el marido a pobreza por su culpa; assi como si fuese jugador, o ouiesse en si otras malas costumbres, por que destruyesse lo suyo locamente; si temiere la muger, que le desgastar, o le mal metera su dote, puedele demandar por jucio, quel entregue della; o quel de recabdo, que la non enajene; o que la meta en mano de alguno, que la guarde, e que gane con ella derechamente, e de las gananacias guisadas, e honestas, que les de dellas onde biuan. E esto puede fazer en esta manera, maguer dure el matrimonio. Mas si el matrimonio fuesse de buena prouision, en aliñar, e endereçar lo que ouiesse, e non malmetiesse lo suyo locamente, segund que es sobredicho, maguer viniesse a pobreza por alguna ocasion, nol podria la muger demandar la dote mientra que durasse el matrimonio. E en tal razon como esta se entiende lo que dice el derecho: que la muger que mete su cuerpo en poder de su marido, quel nol deue dasapoderar de la dote quel dio» (150).

Por tanto, la mujer puede pedir que se le entreguen los bienes dotales, o su estimación; puede pedir que se le afiance la devolución, y, por último, puede pedir el secuestro de tales bienes para evitar su enajenación por el marido. Sin embargo, el texto del Código alfon-siono deja claro que esta posibilidad sólo cabe cuando la temida pobreza del marido se deba a su culpable comportamiento, no cuando sea fortuita. En definitiva, más que la simple insolvencia, es su reprobable conducta lo que falculta a la mujer para pedir la restitución anticipada de la dote (151).

(150) Como puede apreciarse, esta ley de Partidas tiene como antecedente inmediato el pasaje de Ulipiano recogido en D. 24, 3, 24 (Vid. supra). También se recoge este supuesto en la ley I, tít. IX, Partida III.

(151) Cfr. MARCOS GUTIÉRREZ, J.: *Librería de escribanos, abogados y jueces... (Febrero reformado y anotado)*, Parte primera, tomo II, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1819, págs. 128-129: «Si la muger conoce que su marido disipa su dote, y viene á inopia por su culpa, puede demandarle judicialmente para que se le entregue, ó afiance por su responsabilidad, ó para que se deposite en persona lega, llana y abonada, y se le suministren los frutos para sus alimentos, á lo cual debe deferir el juez; mas no le compete esta accion, cuando la deterioracion ó menoscabo no es por culpa de su marido; bien que en todos casos se le admite la demanda, especialmente si éste tiene otros acreedores, para que no quede indotada». En este sentido dice GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales...*, cit., tomo I, pág. 493, que esta ley de Partidas es algo más humana que el Derecho

b') El peculio adventicio.— Con base en la ley V, tít XVII, Partida IV, nuestro Derecho histórico conoció, por su procedencia, cuatro tipos de peculio (152): profecticio, adventicio, castrense y cuasicastrense (153).

El peculio profecticio era el formado con lo ganado por los hijos con los bienes de sus padres, perteneciendo a éstos mientras aquéllos estuvieran sujetos a su patria potestad (154). Peculio adventicio era e procedente de adquisiciones hechas por los hijos sin relación a sus padres, por el trabajo de sus manos, ejercicio de profesión, oficio o ciencia, legado, herencia materna o de parientes por la misma línea, invención de algún tesoro, o de alguna otra cosa por aventura. Respecto de este peculio la propiedad es del hijo, pero el usufructo corresponde al padre (155). Los peculios castrense y cuasicastrense son una variante del adventicio, en cuanto forman parte de ellos bienes no procedentes del padre. Sin embargo, sobre los mismos tiene el hijo la plena propiedad, de manera que puede en vida disponer libremente de ellos, sin que el padre ni otro pariente pueda alegar derecho alguno sobre los mismos (156). Se llama peculio castrense al formado por lo que adquiere el hijo de la familia procedente de la milicia o con

romano y los modernos códigos, que limitan las facultades del marido siempre que haya peligro, tenga o no tenga culpa. Por otra parte, la devolución de los bienes dotales tiene precisamente como fin el salvar el concepto mismo de dote, es decir, se pretende con ella que la dote siga sirviendo para cubrir las necesidades de la sociedad conyugal. Cfr. MARICHALAR, A. y MANRIQUE, C.: *Recitaciones...*, cit., tomo I, págs. 348 a 357.

(152) Definen el peculio MARICHALAR, A. y MANRIQUE, C.: *Recitaciones...*, cit., tomo II, pág. 156, como el «conjunto o reunión de cosas que pertenecen a los hombres o personas que están sujetas al poderío de otro».

(153) La mencionada ley de Partidas sólo hace referencia a tres tipos, agrupando en uno sólo los peculios castrense y cuasicastrense, lo cual es válido en cuanto que ambos producen los mismos efectos, pero no si atendemos al origen de los bienes que forman cada uno de ellos. Cfr. MARICHALAR, A. y MANRIQUE, C.: *Recitaciones...*, cit., tomo II, pág. 158.

(154) Así se expresa en la citada ley V: «... aquello que ganan los hijos con los bienes de los padres, e tal ganancia como esta llaman en latín *Profectitum peculium*. Ca quanto quer que ganan desta manera, ó por razon de sus *padres*, todo es de los padres que los tienen en su poder...»

(155) Como indica la mencionada ley V: «... Ca de las ganancias que ficiesse el hijo, por cualquier destas maneras, que non soliesen de los bienes del padre nin su abuelo, deue ser la propiedad del hijo, que las gano, e el usufructo, del padre en su vida, por razon del poderio que ha sobre el hijo. Es esta ganancia llaman en latin *Aduentitia*, porque viene de fuera, en por los bienes del padre. Pero el padre dezimos que deue defender e guardar estos bienes aduenticios de su hijo en toda su vida, tambien en juzgio como fuera de juzgio...»

(156) Cfr. Ley VI tít. XVII, Partida IV y VISO SALVADOR DEL: *Lecciones elementales...*, cit., tomo I, pág. 61. Lo mismo expresa la ley V, tít. V, Libro IV, si bien manifiesta que de lo ganado por el hijo corresponde un tercio al padre si aquél vive con éste. En el mismo sentido, la ley XV, tít. XVIII, Partida IV concede al padre, aun después de

ocasión de ella (157), y cuasicastrense si los bienes se adquieren en el ejercicio de la enseñanza o en el desempeño de alguno de los oficios públicos, como juez, escribano u otro semejantes, o por donación que le hace el Rey (158).

Pues bien, respecto del peculio adventicio, al corresponder la propiedad al hijo y sólo el usufructo al padre, le están a éste prohibidas las enajenaciones, tal y como se expresa en la ley XXIV, tít. XIII, Partida V:

«Bienes han apartados los fijos, que son suyos propiamente, que los han de parte de su madre. E como quier que tales bienes como estos deuen ser en poder del padre, e puede esquilmar los frutos dellos, con todo esso, non los deue enagenar en ninguna manera. E si por auentura los enagenasse, fincarian por ende obligados, e empeñados al fijo los bienes del padre despues de su muerte, fasta que rescibiese entrega dellos, de aquello que el padre ouiesse enagenado, o malmetido. E si por auentura, en los bienes del padre non se pudiessse entregar, porque fuessen tan pocos, que no compliessen o que los ouiesse el padre embargados, o mal parados en alguna manera, entonce puede demandar sus bienes a quien quier los fallen, e deuenlos cobrar. E esto se entiende quando non quisieren heredar, nin auer parte en los bienes del padre. Ca si quisiesen heredar en ellos, entonce non podrian demandar los sus bienes propios a aquellos a quien los ouiesse el padre enagenado, segund que es dicho, porque todos los pleytos derechos que el padre ouiesse fechos serian tenudos de guardar, e de non venir contra ellos despues que fuessen herederos.»

En consecuencia, y para proteger el derecho del hijo a los bienes que son de su propiedad, los del padre quedan empeñados a favor del hijo, respondiendo de aquéllos que éste hubiese enajenado. Y si los bienes del padre fueran insuficientes para responder del perjuicio causado al hijo, puede éste reivindicar sus propias cosas contra cualquier poseedor. Sin embargo, ninguno de ambos derecho puede ser ejercitado por el hijo cuando consiente en ser heredero de su padre, porque está obligado a guardar y cumplir todas las obligaciones y contratos que hubiera adquirido y otorgado el causante (159).

haber emancipado al hijo, y en recompensa de la emancipación, la mitad del usufructo del peculio adventicio. Cfr. ISABAL, MARCELIANO: voz «patria potestad», *Enciclopedia Jurídica Española Seix, cit.*, tomo XXIV, pág. 495, y GARCIA GOYENA, F. y AGUIRRE, J.: *Febrero, o librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo I, Madrid, 1842, n.º 93, pág. 28, según el cual lo que se reserva el padre es la mitad del peculio adventicio y esto es por consideración a las utilidades que pierde y a la gracia que otorga al hijo.

(157) Cfr. Ley VI, tít. XVII, Partida IV.

(158) Cfr. Ley VII, tít. XVII, Partida IV. Todo lo que hemos señalado respecto a los peculios profecticio, castrense y cuasicastrense se encontraba ya, sin mencionar sus nombres, en la ley VII, tít. IV, Libro III del Fuero Real.

(159) Cfr. MARICHALAR, A. y MANRIQUE, C.: *Recitaciones..., cit.*, tomo II, pág. 167.

Pero no es esa la única defensa que se concede al hijo respecto del peculio adventicio cuando resulta enajenado por el padre. La ley II *in fine*, tít. II, Partida III permite al hijo mayor de edad (160) exigir la entrega de los bienes adventicios «cuando el padre gelo malgastasse o gelo malmetiesse», y si el hijo es menor de edad debe el Juez decretar el secuestro de esos bienes para evitar su dilapidación:

«Como el Demandador deue catar, a quien faze la demanda.

(...) Otrosi mandaron, que si el padre, o el abuelo, que touiesse en poderio al fijo, o al nieto, que ouiesse auido alguna cosa de otra parte, e non por razon de ninguno dellos; que si gelo desgastasse, o gelo malmetiesse; en tal razon con esta, bien podria el que estuiesse en poder del otro, seyendo de edad, demandarle en juyzio, que le entregue de aquellos bienes. E si non ouiere edad complida, deue el Juez ante quien acaesciere este pleyto, escoger omes buenos, e sin sospecha, e darles en guarda aquellos bienes. Pero si el padre, o el abuelo fuere menguado, deuenle dar de las rentas, o de los frutos destos bienes, lo que fuere menester para en su vida, e lo alguardarlo para cuyo es: de guisa, que non gelo enagenen, nin gelo malmetan; mas que le finque en saluo, para acorrerse dello, assi como de lo suyo, quando le fuere menester.»

El usufructo que el padre tiene sobre el peculio adventicio de su hijo no se extingue hasta que éste sale de la patria potestad (161), salvo en este supuesto, en que el hijo recupera anticipadamente el disfrute de los bienes adventicios como consecuencia de la conducta del padre consistente en la enajenación de algunos de esos bienes. El padre, como usufructuario, está obligado a conservar los bienes adventicios por ser propiedad del hijo. Como hemos visto, respecto de los bienes enajenados la ley XXIV, tít. XIII, Partida V establecía que los del padre quedaban embargados en garantía de su restitución y podía también el hijo reivindicarlos. Pero, además, y respecto de los bienes adventicios no enajenados, se extingue el usufructo del padre, y se extingue anticipadamente. Sin embargo, no es propiamente la insolvencia del padre lo que da lugar a esa extinción anticipada, sino su

(160) Con base en la ley II, tít. XIX, Partida VI la mayoría de edad se fijaba en los veinticinco años.

(161) La mayoría de edad no determinaba que el hijo saliera de la patria potestad. VISO, SALVADOR DEL: *Lecciones elementales..., cit.*, tomo I, págs. 230 y ss., al estudiar los modos de salir los hijos de la patria potestad distingue entre los casos en que ésta acaba, por muerte, profesión religiosa, ciertas dignidades a que ascenderie el hijo, matrimonio, adopción plena y emancipación, los casos en que se pierde, por alguna culpabilidad por parte del padre, y los casos en que se suspende por alguna incapacidad de peste o por haber sido sentenciado a una pena que lleve consigo la de suspensión de la patria potestad. En ninguno de estos casos la mayoría de edad alcanzada por el hijo determina el fin de la patria potestad.

irregular conducta, el que enajene bienes ajenos. Por tanto, estamos ante un supuesto muy similar al de la dote, que estudiamos con anterioridad, pues parece, igualmente, que el hijo no puede enajenar los bienes adventicios que recibe, por no haber salido de la patria potestad y por no poder ser considerado respecto de los mismos como un padre de familia —como ocurre con los peculiares castrense y cuasicastrense— además de tener que atender con los frutos de tales bienes las necesidades del padre si no tiene otras rentas con que vivir (162).

c') La fianza.—La obligación dimanante de la relación de fianza tiene carácter accesorio respecto de la obligación garantizada, con lo cual no puede el fiador obligarse a más de lo que se obligó el deudor. Este carácter accesorio de la fianza viene recogido por la ley XIII, tít. XVIII, Libro III del Fuero Real:

«Todas las cosas que y tenudo el debdor, á todas es tenudo el fiador, é no á mas»

y por la ley VIII, tít. XII, Partida V:

Por mas que quanto es el debdor principal obligado, non se puede obligar el fiador; é si lo fiziere, non vale la fidadura, cuanto en aquello que es demás. Este demás segun derecho puede ser en cuatro razones. La primera es cuando el que entra fiador por el otro, se obliga por mas de aquello que debia aquel a quien fia; esto seria, como si debiese cien maravedis é el otro entrase fiador por ciento é veinte, ó por quanto quier mas de los ciento; ca tal fiadura no valdría quanto en lo demás. La segunda es cuando el debdor principal es obligado á dar aquella cosa en otro lugar mas grave: Ca entonce tal fiadura no vale. La tercera es cuando el que debia la cosa era obligado á darla á tiempo cierto; é el que entra fiador por él, se obliga á dar á dos años é el entrase fiador por darla á un año: é tal fiadura no debe valer. La cuarta es si el debdor principal era obligado a dar la cosa so alguna condicion: é el fiador se obliga á dar aquella cosa puramente: ca tal fiadura no valdría, porque se obliga en mas el fiador que el debdor principal.»

(162) Según MARICHALAR, A. y MANRIQUE, C.: *Recitaciones..., cit.*, tomo II, pág. 179, los expositores del Derecho romano al tratar del peculio adventicio, y después de consignar que en él la propiedad corresponde al hijo y el usufructo al padre, reconocieron cuatro casos de excepción, siendo el último de ellos que el padre dolosamente malversase los bienes pertenecientes al peculio adventicio. Para comprender estas especialidades en una idea general distinguieron el peculio adventicio en regular e irregular, dando esta última calificación al que se encuentra en cualquiera de los cuatro casos, y examinaron si el adventicio irregular venía a parificarse con el castrense o cuasicastrense, decidiéndose por la negativa, porque, aunque al padre se le prive del usufructo, no se le considera al hijo, respecto de él, como padre de familia; no se le concede, por tanto, el hacer testamento.

Por tanto, el fiador no puede obligarse a más ni en la cantidad, ni en el lugar, ni en el término, ni respecto a la condición. En todo caso, puede obligarse a menos, lo que en relación con el término significa obligarse por un plazo mayor que el deudor principal (163). Consecuentemente, la insolvencia del deudor, que no da lugar, como regla general en nuestro Derecho histórico, al vencimiento anticipado de la obligación del fiador. Respecto de la fianza, la insolvencia del deudor lo que produce es la liberación del fiador, tal y como expresa la ley VIII, tít. XVIII, Libro III del Fuero Real (164):

«En qué casos puede el fiador ser sacado de la fianza.

El que fuere fidador por otro en alguna cosa, no puede demandar que lo quite de la fiadura ante que le peche, fuera si aquel por quien fió comenzare de malmeter, ó de enagenar lo suyo, ó si le fuere mandado por Juicio que lo pague, ó si fuere el plazo pasado à que lo hobo de quitar, ó si la fiadura no fuere fecha a plazo, è la no quitare hasta un año.»

Y la ley XIV, tít. XII, Partida V:

«Por que razones se desata la fiadura, e puede el fiador salir della».

Quexar non se deuen los fiadores a ningun Juez, para apremiar a aquellos que los metieron en la fiadura, que les saquen de la fiadura, hasta que paguen alguna cosa del debdo por que entraron fiadores. Fueras ende por cinco razones. La primera es, si el que entra fiador, fuere juzgdado a pagar toda la debda, o parte della. La segunda es, si ouiesse estado gran tiempo en la fiança. E este timepo deue ser determinado segun aluedrio del judgador. La tercera es, si quando el que entra fiador, entiende que se cumple el plazo a que deuia pagar, o por non caer en la pena, el, nin aquel a quien fiaua, a aquel a quien entro fiador, le quiere pagar, e el otro non gelo quiere rescebir por alguna

(163) Sin embargo, no puede el deudor convenir con el acreedor un alargamiento del plazo sin contar con el fiador, pues en tal caso se libera el fiador, como se expresa en la ley X, tít. XVIII, Libro III del Fuero Real.

(164) Cfr. VISO, SALVADOR DEL.: *Lecciones elementales..., cit.*, tomo III, 4.<sup>a</sup> ed., Valencia, 1879, pág. 489 y ESCRICHE, JOAQUÍN: voz «fianza»; *Diccionario..., cit.*, tomo últimamente citados, pág. 495, afirma que por la insolvencia del deudor, cuando sea notoria, pierde el fiador el beneficio de excusión. Y también lo mantiene ESCRICHE, *ibid.*, pág. 147, según el cual puede ser demandado desde luego el fiador, sin procederse previamente contra el deudor principal «cuando es notorio que el deudor no tiene bienes para satisfacer la deuda». En el mismo sentido se expresa GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J.: *Febrero, o librería de jueces..., cit.*, tomo IV, n.º 3.501, pág. 76, para quien no tiene lugar el beneficio o excepción de orden «cuando es notorio que nada tiene el deudor por haber hecho cesión de bienes, ó porque se mantiene mendigando, pues que en tales casos sería inane é ilusoria toda acción que el acreedor instase contra él».

razon, o por auentura non es en el logar, e entonce pone aquello que deue, en fieldad, en alguna Eglesia, o Monasterio, o en mano de algun ome bueno, ante testigos. La quarta es, si quando entro fiador, señalo dia cierto a aquel deuiesse sacar de la fiadura, e es passaso. La quinta es, si aquel a quien fio comienza a desgastar sus bienes. Ca por qualquier destas razones sobredichas se desata la fiadura; e puede apremiar el fiador, a aquel a quien fio, que le saque della.»

Sin embargo, la insolvencia del deudor sí que produce efectos respecto de la promesa de dar fiador en un determinado plazo. El principio general, establecido en la rúbrica de la ley II, tít. XVIII, Libro III de Fuero Real, es que no se puede exigir que se dé fiador antes del día para el que se pactó. Sin embargo, una excepción a tal principio viene dada por la insolvencia sobrevenida del deudor, expresada por su huida o por la enajenación de sus bienes:

«Si alguno ficiere Pleyto con otro de le dar fiador à cierto tiempo, ante del tiempo no le debe dar.

Si algun home ficiere Pleyto con otro sobre vendida, ò sobre cosa alguna, è fiador no demandáre al hora, después no le pueda demandadar fiador fasta el plazo à que gelo ha de cumplir, fuera si ficiere muestra, ò señales ciertas de que se quiere ir à otro Lugar de morada, ò que vende, ò enagenta lo suo.»

No vence anticipadamente la obligación que se va a garantizar, sino la obligación de dar fiador a que se había comprometido el deudor, como queda expresado en la ley citada (165).

d') La prenda.— Cabe aplicar a la prenda las mismas consideraciones expuestas respecto de la fianza. La prenda es un derecho real accesorio de la obligación garantizada y que sigue, por tanto, sus mismas vicisitudes. Si la obligación no vence anticipadamente por insolvencia del deudor, no cabe pensar en que, por la misma causa, el acreedor podrá solicitar la enajenación de la cosa dada en prenda antes de que se cumpla el plazo pactado. Sin embargo, habiendo prometido el deudor dar una cosa en prenda en un término o bajo una condición, el acreedor puede,

(165) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales...*, cit., tomo V, págs. 36-37, relaciona este texto del Fuero Real con D. 5, 1, 41 (vid. *supra*), señalando que «por Derecho romano el que se obligó simplemente sin prometer fiador, no podía ser compelido después a darlo, salvo por justa causa al discreto arbitrio del juez, como si pendiente el plazo ó la condición, se advertía que el deudor venía a menos». Para VISO SALVADOR DEL: *Lecciones elementales...*, cit., tomo III, pág. 489, «si al tiempo de celebrarse el contrato principal, no se piden finanzas al obligado, no se le pueden exigir después, sino en los casos de hacerse disipador de sus bienes, ó mudar de domicilio ausentándose del lugar donde moraba». Estos autores leen la citada ley del Fuero Real sin tener en cuenta su rúbrica, partiendo, por tanto, de que no se prometió dar fiador.

bien reclamar la entrega de la cosa en prenda antes de que llegue el día o se cumpla la condición si teme que el deudor huirá, bien exigir garantía de que el día señalado o cuando se cumpla la condición entregará la cosa. Tal es lo que claramente expresa la ley XVIII, tít. XIII, Partida V:

«Que derecho ha ome en la cosa que es empeñada so condicion, o a tiempo cierto.

Tomando vn ome de otro alguna cosa en peños so condicion, o a dia cierto, non puede demandar que gela den por peño, fasta que se cumpla la condicion, o que venga el dia que señalaron. Pero si aquel que tomo la cosa en peños, se temiere del que la empeño, que se yra de aquella tierra a otra, bien le puede demandar que gela de; o que le de tal segurāça de que sea seguro, que a la sazon que se cumpliere a condicion, o viniere el dia cierto, que gela de (166).»

Al igual que en el supuesto anterior, relativo a la fianza, no vence anticipadamente el crédito garantizado, en este caso con la prenda, sino la obligación de garantizar, que se encontraba suspendida por la existencia de un plazo (167). Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la fianza, la ley relativa a la prenda sólo menciona como causa de vencimiento anticipado de la obligación de entregar la cosa prometida en prenda la huida del deudor. ¿Cabe equiparar esa fuga con la insolvencia del mismo? Al respecto cabe mencionar que la fuga del deudor daba lugar a la *missio in bona* en el Derecho romano y al concurso de acreedores en nuestro Derecho histórico, según se establece en la ley XII, tít. XX, Libro III del Fuero Real (168), y hoy en día es una de las causas que dan lugar a la declaración de quiebra, a tenor del art. 877 del Código de Comercio. Del mismo modo, la ley X, tít. XII, Partida V equipara la insolvencia a la ausencia del deudor, pues establece que los deudores obligados solidariamente suplirán tanto una como otra (169). En todo caso, la fuga del deudor

(166) Según señala GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales...*, cit., tomo V, pág. 296, esta ley tiene su antecedente en dos fragmentos del Digesto, D. 20, 1, 13, 5 y D. 20, 1, 14. Al respecto, vid. *supra*.

(167) Conforme a lo dispuesto por la ley XIII, tít. XIII, Partida V, «Los peños que obligan los omes unos á otros , así como sobredicho es, luego que son otorgados, maguer que non hayan la tenencia dellos, aquellos que los resciben á peños fincan á ellos obligados». En este punto el Código alfonso tiene a la vista el texto de D. 13, 7, 1, base de la distinción entre prenda e hipoteca, según el cual «*Pignus contrahitur non sola traditione sed etiam conventione, etsi non traditum est*». Cfr. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales...*, cit., tomo V, pág. 289.

(168) Vid. *supra*.

(169) En la ley X, tít. XII, Partida V, se establece un régimen mixto entre la mancomunidad y la solidaridad. Si ninguno de los deductores, pese a haberse obligado cada uno por el todo, se encuentre en estado de insolvencia o ausente, juega la mancomunidad. La solidaridad sólo cabe ante la insolvencia o ausencia de alguno de los deudores.

cabría considerarla como una disminución de las garantías que el acreedor tenía para cobrar su crédito, ya que existía la prisión por deudas y desde este punto de vista la persona del deudor respondía del cumplimiento de sus obligaciones, era garantía de ese cumplimiento.

b) *Desaparición o disminución de las garantías.*—No existe un principio relativo a todo tipo de obligaciones en virtud del cual vengan anticipadamente en caso de que desaparezcan o disminuyan las garantías dadas para cumplimiento de las mismas. Así, respecto de la fianza sólo se prevé la muerte del fiador, precisamente para afirmar que no cabe entenderla como causa de extinción de la fianza y, por tanto, no supone que desaparezca la garantía prestada, pues los herederos del fiador le suceden en su relación obligaria de fianza (170), pero nada se dice de la insolvencia del fiador, lo cual resulta lógico si tenemos en cuenta que, como regla general, tampoco la insolvencia del deudor principal da lugar al vencimiento anticipado, según hemos señalado anteriormente (171).

Sin embargo, respecto de la prenda existe algún texto que puede hacer dudar sobre si los actos del deudor que vengan a disminuir o

---

(170) Cfr. Ley XII, tít. XVIII, Libro III del Fuero Real y ley XVI, tít. XII, Partida V. Como señala ESCRICHE, JOAQUÍN: voz «fianza», *Diccionario razonado...*, cit., tomo II, pág. 146, «esta no es una disposición particular con respecto a la fianza, sino una aplicación del principio general de que cada uno se presume contraer por sus herederos, como por sí mismo, y de que los herederos suceden en los bienes, derechos y acciones del difunto con la obligación de satisfacer todas las cargas de la herencia». Por otro lado, en esta ley de Partidas se establece la posibilidad, que antes hemos estudiado, de pago anticipado del fiador que, sin embargo, no puede reclamar, también antes del plazo, el reembolso al deudor.

(171) No obstante, según MARCOS GUTIÉRREZ, J.: *Librería de escribanos, abogados y jueces...* (*Febrero reformado y anotado*), cit., tomo II, pág. 263, cuando muere o se hace insolvente un fiador legal o judicial, hay obligación de dar otro, porque en este caso el acreedor debe tener siempre una seguridad para el pago de lo que se le debe; pero siendo convencional el fiador sólo habrá dicha obligación habiéndose obligado el deudor indeterminadamente a dar un fiador, no cuando prometió dar por fiador a determinada persona. Y para ESCRICHE JOAQUÍN: voz «fianza», *Diccionario razonado...*, cit., tomo II, pág. 146, «si el fiador admitido por el acreedor, voluntariamente ó por decreto del juez, cayere después en estado de insolvencia ó de no poder cumplir con su empeño, deberá el deudor presentar otro fiador, pues que se supone que el acreedor no contrajo con el deudor sino por la seguridad de la fianza. Mas si el acreedor mismo hubiese designado la persona que quería se le diese por fiador, ó si el fiador presentado era ya insolvente al tiempo del contrato, no tendría derecho el acreedor para pedir nuevo fiador, pues debería imputarse á sí mismo el no haber tenido mejor elección ó el no haber tomado informes mas seguros sobre la solvencia ó insolvencia del presentado, á no ser que con respecto á este último hubiera sido sorprendido ó engañado por el deudor que se lo dió, pues siempre quedan exceptuados los casos de fraude». Y continúa diciendo ESCRICHE: «En caso de que el deudor obligado á dara primero ó segundo fia-

hagan desaparecer la garantía pignorática determinan o no el vencimiento anticipado de la obligación. Así, en la ley XLV, tit. XIII, Partida V se establece:

«Fiadores e peños en vno dando algund ome a otro por alguna cosa quel deua fazer o dar; si despues desso el señor empeñasse otro vez aquel peño a otro, ante que lo entregasse al primero; e este a quien lo empeño primeramente, demandasse el debdo al fiador, e lo cobrasse del, e el fiador demandassee despues el empeño a aquel que lo tenia, si el juez gelo otorgasse por suyo, por razon del debdo que ouiesse assi pagado, dezimos, que maguer el Judgador selo otorgasse, con todo esso, quando quier que el señor del peño le diesse lo que pago por el, tenudo seria el fiador de gelo desamparar. Esso mismo dezimos que duee fazer el fiador, si aquel a quien despues obligo el señor de la cosa a peños, gela demandare, pagando al fidador aquello que dio por precio del peño a aquel, a quien era primeramente obligado: ca entonce deuegela desamparar.»

Conforme al primer inciso de esta ley de Partidas, si la deuda está garantizada con prenda y fianza y el deudor vuelve a empeñar la cosa, entregándola al segundo acreedor y no al primero, éste puede reclamar la deuda al fidador. Por tanto, la doble pignoración, que supone una disminución de las garantías respecto al primer acreedor, legitima al mismo para exigir el cumplimiento de la obligación. Lo que no dice la ley es si la reclamación al fiador puede ser anterior al vencimiento o sólo puede ser posterior a éste. Podría pensarse que precisamente porque se permite exigir el cumplimiento de la obligación antes del término tiene sentido la norma, pues después de llegado el día el acreedor puede dirigirse en todo caso contra el fiador. Sin embargo, puede ser otro el sentido de la norma, porque los fiadores tenían el beneficio de orden o de excusión (172), del que el texto anteriormente citado sería una excepción: en ese supuesto concreto el acreedor puede dirigirse antes contra el fiador que contra el deudor, es decir, pierde el fiador el beneficio de excusión. Una tercera posibilidad es que esta ley fuera excepción en ambos casos, tanto del principio de orden o excusión como de la necesidad de esperar la llegada del día para exigir el pago.

Algo similar sucede con lo dispuesto por la ley LXVII, tit. V, Partida V:

dor no presente uno que tenga las cualidades requeridas, podrá el acreedor demandar la rescisión del contrato con daños y perjuicios, por aplicación de la regla general que así lo establece en los contratos sinalgmáticos cuando alguno de los contrayentes deja de cumplir por su parte con lo contratado; ley 5, tit. 6, Partida V, y ley 14, tit. 10, Libro III, *Fuero Real*.

(172) Según establece la ley IX, tit. XII, Partida V.

«Del comprador que empeña la cosa, despues que la ha comprada; que deue ser tornada a su dueño, si se desfaze la vendida.

Si el comprador, despues que ouiesse la cosa comprada en alguna de las maneras que diximos en las leyes ante desta, la empeñas-se, e despues desso se desatasse la vendida por alguna de las razo-  
nas que de suso diximos, estonce el que toma la cosa a peños, tenu-  
do es de la tornar al vendedor cuya fue: e puede demandar al que la  
empeño, que pague lo que dio sobre ella a peños...»

El acreedor que es desposeído de la cosa dada en prenda por el ejercicio de la acción reivindicatoria puede exigir el cumplimiento de la obligación. Pero no se señala si puede hacerlo antes de que ésta venza. Sin embargo, más claro parece aquí que tal es el sentido de la frase, pues no necesita el legislador afirmar algo tan obvio como que el acreedor puede exigir el cumplimiento una vez vencido el plazo concedido al deudor. En tal caso, nos encontraríamos ante un supuesto de vencimiento anticipado que sería consecuencia de la desaparición jurídica de la garantía prestada.

**11. Recapitulacion.**—Del estudio de los textos citados podemos concluir que en el Derecho histórico castellano se establecieron supuestos de vencimiento anticipado. No existió un principio general en virtud del cual la insolvencia del deudor diera lugar al vencimiento anticipado de la obligación, pero sí supuestos concretos en que ese principio se manifestaba. Tales son los casos de restitución anticipada de la dote (Partida IV, tít. XI, ley XXIX), restitución anticipada del peculio adventicio (Partida III, tít. II, ley II *in fine*), promesa de constituir fianza (ley II, tít. XVIII, Libro III del Fuero Real) y promesa de constituir prenda (Partida V, tít. XIII, ley XVII). Igualmente, se recogen supuestos de vencimiento anticipado por desaparición de la garantía en Partida V, tít. V, ley LXVII y Partida V, tít. XIII, ley XLV. Ciertamente, los textos no se expresan con toda la claridad que sería de desechar, y existen dudas razonables en algunos de ellos para admitir que establecen supuestos de vencimiento anticipado. Pero una visión de conjunto permite afirmar que el Derecho histórico castellano, especialmente las Partidas del Rey Sabio, contempló casos en que la situación patrimonial del deudor o su conducta ponían en peligro el crédito a término, facultando al acreedor para que pudiera exigir el cumplimiento de la obligación anticipadamente.

### III. LA DOCTRINA ESPAÑOLA DE LOS SIGLOS XVI AL XVIII

**12. El principio general.**—Los autores españoles de los siglos XVI al XVIII hacen constante referencia al principio general en virtud del cual el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obliga-

ción antes de que llegue el término. Así, ANTONIO GÓMEZ señala que cuando la obligación es condicional o a término no nace acción hasta que llega el día o se cumple la condición, y se apoya, entre otras, en la ley *dedere diem, ff. de verbor. significat* (D. 50, 16, 213) (173). En el mismo sentido se manifiestan RODRIGO SUÁREZ (174), SALGADO DE SOMOZA (175), AYLLÓN LAYNEZ (176) y ANTÚNEZ PORTUGAL (177), con abundante cita de leyes romanas y doctrina.

Por su parte, HEVIA BOLAÑOS (178) sienta el mismo principio pero con apoyo en el Derecho real, señalando, de una parte, que el acreedor que pide antes de que llegue el día debe ser condenado en costas y gastos, como señala la ley XLV, tít. II, Partida III; y de otra, que cuando el plazo es puesto en favor del deudor (como en duda se presume) puede éste pagar la deuda antes del plazo, y está obligado el acreedor a recibirla, mas siendo el plazo puesto en favor del acreedor, expresa, o tácitamente, no se le puede pagar hasta que llegue (179).

(173) GÓMEZ, ANTONIO: *Variarum resolutionum iuris communis et Regii libri tres*, Lugduni, 1701, en el tomo II, tít. *De qualitatibus contractuum*, cap. XI, n.º 24, pág. 317. Señala CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España, parte General*, Tomo I, *Libro preliminar. Introducción al Derecho Civil*, reproducción facsimilar de la 2.ª ed. de 1949, Madrid, 1984, pág. 148, nota 4, que esta obra se imprime por primera vez en Salamanca, 1552; se reimprime con notas del mismo GÓMEZ en 1579, del portugués MANUEL SOAREZ A RIBEIRA, Salamanca, 1584; hay ediciones de Venecia, 1582 y 1602, Lyon, 1602, Ginebra, 1628 y 1630.

(174) SUÁREZ, RODRIGO: «*Declaratio 1. 1. título De los emplazamientos, Foro legum Libro II*», en *Commentaria*, Valladolid, 1588, *septima limitatio*, n.º 1, pág. 307. Dice de este autor CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 157, que su obra está influenciada por los humanistas, pero con signo contrario, reaccionando enérgicamente contra ellos.

(175) SALGADO DE SOMOZA, F.: *Labyrinthus creditorum concurrentium ad item per debitorem communen inter illos causatam*, Lugduni, 1672, parte I, capítulo VIII, n.º 25, págs. 50 y ss. Señala CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 168, nota 1, que esta obra de SALGADO alcanzó gran celebridad, con muchas ediciones: 1653, 1663, 1757, etc. Por su parte COING, H.: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, tomo I, Munich, 1973, pág. 1028, cita las ediciones de Lugduni, 1651, 1652, 1653, y Venecia, 1653.

(176) AYLLÓN LAYNEZ, J. DE: *Utrariensis illustrationes, sive additiones eruditissimæ ad varias resolutiones Antonii Gomezii*, Lugduni, 1692, tomo II, tít.. *De qualitatibus contractuum*, cap. XI, n.º 25, pág. 240. CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 148, nota 4 señala como primera edición de esta obra la de Sevilla, 1653, y menciona también las de Lyon, 1676, y Madrid, 1780.

(177) ANTÚNEZ PORTUGAL, D.: *Tractatus de donationibus iurium et bonorum regiae coronae*, tomo II, Lugduni, 1699, Libro III, cap. XXVI, n.º 74, pág. 221. Este autor hace referencia a la *pluris petitio tempore* y cita Inst. 3, 15, 2 e Inst. 4, 6, 33.

(178) HEVIA BOLAÑOS, J. DE: *Curia Filípica*, Madrid, 1725, tomo I, parte II, *Juzgado ejecutivo*, §. 12. Executor., n.º 8, pág. 90, y tomo II, comercio Terrestre, Capº. VII, Paga, n.º 11, pág. 111.

(179) Completa la exposición de HEVIA BOLAÑOS, con citas de textos romanos, DOMÍNGUEZ VICENTE, J. M. : *Ilustración y continuación a la Curia Philipica y corre-*

**13. Problemas que suscita el principio general.**—Sin embargo, este principio general, tan claramente enunciado, no deja de plantear problemas que los autores tratan de resolver. Se trata de los siguientes:

a) *Si puede el juez declarar de oficio la inexigibilidad de la obligación.*—Es polémica común la de si el juez puede rechazar *ex officio* la demanda por *pluris petitio tempore*, o si deberá despachar ejecución cuando el deudor demandado no la excepcione.

A juicio de ANTONIO GÓMEZ (180), las leyes que establecen la inexigibilidad de la deuda antes del plazo no señalan que el juez pueda rechazar de oficio la demanda, pero es lo que mantienen comúnmente los autores —y cita a BARTOLO, BALDO y PAULO—. Sin embargo, entiende que si el plazo no se estableció en el contrato, sino posteriormente, puede el juez condenar al deudor que no opuso la excepción de deuda no vencida.

AYLLÓN LAYNEZ sigue a GÓMEZ en su opinión de que puede el juez condenar de oficio, pero no distingue, como éste, entre que el plazo haya sido establecido en el contrato o después, manteniendo que le parece que la resolución de GÓMEZ entraña una gran duda, máxime en este Reino —dice—, puesto que existe una ley que expresamente establece que los litigios deben de dirimirse según o a tenor de la verdad del derecho, no según las sutilezas del derecho, como se contiene en la ley X, tít. XVII, Libro IV de la Nueva Recopilación (181).

También se plantean la cuestión GREGORIO LÓPEZ, al glosar la ley IX, tít. III, Partida III (182), y RODRIGO SUÁREZ, quien expone las leyes romanas a favor y en contra de la condena *ex officio* (183), y acaba manifestándose a favor.

b) *Supuestos de fuga o pobreza. El deudor sospechoso.*—La segunda cuestión que se plantean los autores es qué ocurre cuando los deudores a término huyen o tienden a la pobreza; esto es, si al acre-

ción de las citas que en ella se hallan erradas, Valencia, 1770, tomo I, Parte II. Juyzio ejecutivo, § XIII. Pedimento, n.º 8, pág. 144.

(180) *Variarum resolutionum...*, cit., tomo II, tít. *De qualitatibus contractuum*, cap. XI n.º 24 y 25, pág. 317.

(181) *Utradiensis illustrationes...*, cit., tomo II, tít. *De qualitatibus contractuum*, cap. XI, n.º 25 pág. 240.

(182) LÓPEZ, GREGORIO: *Las siete Partidas del sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López*, traducción, notas y comentarios de I. SANPONTS Y BARBA, R. MARTI DE EIXALA, J. FERRER Y SUBIRANA, tomo II, Barcelona, 1844, glosa n.º 39, ley IX, tít. III, Partida III, pág. 75. La primera edición de la glosa de GREGORIO LÓPEZ a las Partidas data de 1555 (Cfr. CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 149, nota 3; COING, H. *Handbuch...*, tomo I, cit., pág. 673).

(183) «*Declaratio 1. 2. título de los emplazamientos...*», cit., *septima limitatio*, n.º 1-2, págs. 307-308.

dor término le corresponde algún medio de defensa frente a estas situaciones en virtud de las cuales se tiene fundadas dudas sobre el futuro cumplimiento de la obligación por el deudor al que las fuentes denominan *sospechoso (suspectus)*.

GÓMEZ se plantea y resuelve la cuestión de las siguiente manera (184):

1) Si el deductor es puro y de presente, o el día o la condición ya llegó, no ha de prestar caución o garantía, porque no es necesaria, ya que el acreedor puede inmediatamente reclamar y proceder contra el deudor por la vía ordinaria.

2) Si el deudor es a término o bajo condición y resulta sospechoso en el momento mismo de contratar el acreedor no podrá pedirle una caución o una *satisfactio* puesto que el peligro para el crédito debe imputársele a él mismo, que con aquél contrató. Lo que mantiene con base en las leyes *si is a quo, ff. ut in possess. Legat.* (D. 36, 4, 3) y *arbitrio, §. de illo, ff. de damno infecto* (D. 39, 2, 13).

3) Si verdaderamente no era sospechoso al tiempo de contratar, pero después, pendiente el día o la condición, se sospecha que no cumplirá por alguna causa sobrevenida, entonces está obligado a garantizar el pago para cuando llegue el día o se cumpla la condición, y está obligado a presta fiador idóneo, y de otra manera podrá arrojarlo a la cárcel. Y se apoya en las leyes *omnibus, ff. de judic.* (D. 5, 1, 41) y *si creditores, ff. de privil. creditor* (D. 42, 5, 31). El acreedor sólo puede exigir caución si existió culpa del deudor, no si por caso fortuito se sospecha que no cumplirá (185).

En resumen, la sospecha de que le deudor no cumplirá, basada en que ha huido, o en que se va empobreciendo, no da lugar al vencimiento anticipado, sino que sólo permite al acreedor exigir caución de que cumplirá. Pero para ello es necesario que la deuda no haya vencido y que la causa de la sospecha sea sobrevenida, es decir, posterior a la conclusión del contrato, porque si es anterior se entiende que concurre culpa del acreedor que contrató con quien no estaba en condiciones de cumplir, y no se puede pedir garantía antes de que llegue el día del vencimiento.

La opinión expuesta es mantenida en todos sus puntos por GUTIÉRREZ (186), haciendo hincapié en que la causa ha de ser sobrevenida,

(184) *Variarum resolutionum...*, cit., tomo II, tít. *De qualitatibus contractuum*, cap. XI. n.º 57, págs. 339-340.

(185) En apoyo de esto cita la glosa de BALDO a la ley *ubi adhuc, C. de jure dotium* (C. 5, 12, 29), *quarta columna*.

(186) GUTIÉRREZ, JUAN: *Tractatus de Iuramento confirmatorio, te aliis in iure variis resolutionibus*, Madrid, 1597, parte I, cap. XVI, n.º 22, pág. 83. CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de Español*, tomo I, cit., pág. 157, nota 6, cita como primera edición la de Plasencia, 1573, y también las de Salamanca, 1586, y Lugduni,

y citando también la ley *si arbitro §. fin. ff. qui satisdare cogatur* (D. 2, 8, 10). Lo mismo opinan ACEVEDO (187), BARBOSA (188), CASTILLO DE SOTOMAYOR (189), apoyándose fundamentalmente en D. 5, 1, 41, y AYLLÓN LAYNEZ (190).

**14. Las excepciones al principio general.**—Los autores españoles de los siglos XVI a XVIII no se limitan a poner de manifiesto los problemas que comporta el término para la seguridad del crédito y a dar una solución a la fuga e insolvencia del deudor, sino que plantean abiertamente excepciones al principio de que antes de que llega el día no es posible exigir el cumplimiento de la obligación. Tal es el caso de ALONSO DÍAZ DE MONTALVO quien las sistematiza al glosar la ley V, tít. X, Libro II del Fuenro Real (191). Conforme a este precepto el acreedor no puede exigir el cumplimiento antes del plazo, y si lo hace (*pluris petitio tempore*) se le sanciona con la duplicación del plazo. Sin embargo, señala MONTALVO tres excepciones a este principio:

---

1661. Del propio GUTIÉRREZ señala que sus comentarios a la Nueva Recopilación fueron más utilizados por autores, más citados y reimpressos que los mismos comentarios de ACEVEDO. Su mayor erudición y lo detallado de sus observaciones hicieron que sus cuestiones prácticas sobre algunas leyes de la Nueva Recopilación fueran consultadas, desde su aparición, por todos los juristas, que su autoridad fuera muy grande en España hasta la publicación del Código, que su renombre llegara al extranjero.

(187) ACEVEDO, ALFONSO DE: *Commentarii iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones*, tomo II, Lugduni, 1737, Libro V, tít. XVI, De los contratos, Ley III, 66 de Toro, n.º 4, pág. 430. De esta obra se publicaron los tres primeros Libros en Salamanca, 1583; después se publican por el mismo autor dos Libros más y el sexto por VICENTE CISTERNES, Valencia, 1583-1598 (cfr. CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 157, nota 3).

(188) BARBOSA, PEDRO: *Commentarii ad interpretationem tituli ff. De iudiciis, Vlissipone*, 1613, I. in omnibus XXXXI, n.º 60-70, pág. 325. Para este autor la carga de la prueba no recae sobre el deudor, sino sobre el acreedor, de manera que si este solicita caución no tiene que probar el deudor que el acreedor conocía su pobreza, sino que es el acreedor quien ha de probar que ignoraba la pobreza del deudor.

(189) CASTILLO DE SOTOMAYOR, J. DEL: *De conjecturis atque interpretationibus ultimarum voluntatum*, Libro IV de *Quotidianarum controversiarum iuris*, Colonia, 1726, cap. LIX, n.º 24, pág. 606. El *Quotidianarum controversiarum iuris* es una colección de estudios monográficos, de los que se publicaron separadamente *De usufructu*, Franckfort, 1604, 1619, Venecia, 1645, Lyon, 1658, *De conjecturis atque interpretationibus ultimarum voluntatum*, Ginebra, 1630 (cfr. CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 168, nota 1).

(190) *Utrariensis illustrationes...,* cit. tomo II, tít. *De qualitatibus contractuum*, cap. XI, n.º 58, pág. 251.

(191) DÍAZ DE MONTALVO, A.: *El Fuenro Real de España, diligentemente hecho por el noble Rey Don Alfonso IX, glosado por el egregio doctor...*, Madrid, 1781, glosa 1.º a la ley V, tít. X, de las Defensiones, Libro II, págs. 267-268. La primera edición de esta obra es la de Salamanca, 1500 (Cfr. CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 147, nota 1; COING, H.: *Handbuch...*, tomo I, cit., pág. 362).

- 1) Cuando el varón propende a la pobreza, puesto que entonces la mujer, incluso antes de la disolución del matrimonio puede reclamar: como establecen las leyes *si constate in prin. ff. de solut. matrim.* (D. 24, 3, 25) y *ubi adhuc C. de iure dot.* (CJ. 5, 12, 29).
- 2) Cuando el deudor huye, el cual puede ser capturado antes del término, y ser pedida la deuda de él, como establece la ley *ait praetor §. si debitorem ff. de his qui in fraud. credi.* (D. 42, 8, 10, 16).
- 3) Si se teme acerca de la pobreza del deudor, para que una caución sea interpuesta; con en la ley *in omnibus. ff. de iur.* (D. 5, 1, 41) y en la ley *si fiudeiuss. § ff. si quis. ca.* (D. 2, 11, 6).

La exposición es muy clara: no pide de más quien lo hace en estos supuestos. En consecuencia, hay que entender que en estos casos vence anticipadamente la obligación. Sin embargo, las leyes que MONTALVO cita no son suficiente fundamento. Algunas las estudiamos en la parte correspondiente al Derecho romano. Las demás las veremos más tarde. Y existen otros supuestos no mencionados por el glosador del Fuero Real en que también vieron los comentaristas españoles casos de vencimiento anticipado de la obligación. Veamos todo ello.

a) *La restitución de la dote.*—El tema de la restitución anticipada de la dote ya fue tratado en la parte de Derecho romano. Veíamos cómo los textos de D. 24, 3, 25 y CJ. 5, 12, 29 suponían una excepción al principio de restitución de la dote una vez disuelto el matrimonio: la progresiva pobreza del marido legitimaba a la mujer para exigir la restitución *constante matrimonio*. Sin embargo, en realidad lo que se establecía era un cambio en la administración de la dote. De ser el marido el administrador, pasaba a serlo la mujer, pues ésta venía obligada a destinar sus frutos al mantenimiento de la familia.

La alusión a la restitución anticipada de la dote es lugar común en la doctrina española de la época. Además de MONTALVO, hacen referencia al tema PALACIOS RUBIOS (192), GÓMEZ (193), MOLI-

(192) LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, J.: *Commentaria et repetitio Rubricae et cap. Per Vestras, de donationibus inter virum et uxoret, Adiestis annotationibus Ioannis Bernardi Diaz et Doctoris Ioannis Barahona*, Madrid, 1560, § VII, n.º 1, pág. 250. Su nombre era LÓPEZ DE VIVERO, nació en Palacios Rubios (Salamanca). La primera edición de esta obra es la de Valladolid, 1503 (cfr. CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 148, nota 3).

(193) GÓMEZ, ANTONIO: *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Madrid, 1780, ley L, n.º 33, págs. 591-592. Esta obra se imprime en Salamanca, 1555, y se reimprime con notas de su nieto DIEGO GÓMEZ CORNEJO en 1591, 1598, 1602 y 1624. Se trata de la glosa clásica más importante, no sólo por lo copioso y sólido de su doctrina, sino por la repercusión que tuvo en todos los autores posteriores y por su consideración en la práctica forense (cfr. CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 148 y nota 4 en la misma pág.). Vid. también PÉREZ VILLAMIL, J.:

NA (194), CASTILLO DE SOTOMAYOR (195), HEVIA BOLAÑOS (196), SALGADO DE SOMOZA (197), OLEA (198), y VALENZUELA (199). La novedad estriba en que se relaciona la restitución de la dote con el vencimiento exigibilidad anticipada de las obligaciones. Así lo hacen MONTALVO, HEVIA BOLAÑOS y SALGADO DE SOMOZA, el primero considerando la restitución anticipada una excepción a la *pluris petitio tempore*, los otros dos tratando de la restitución anticipada junto a la posibilidad de que el acreedor exija antes de llegar el día (200).

La causa que da lugar a la restitución anticipada es comúnmente señalada como la tendencia a la pobreza —*si maritus vergit ad*

*Doctrina Doct. Antonii Gomez, et ejus addendis, et nepotes Didaci Gómez Cornejo, ad Leges Tauri enucleata, et in compendium redacta, cum legib. Concordant. recopil.* Madrid, 1776, ley L, n.º 33, pág. 193; NOLASCO DE LLANO, P.: *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid, 1785, ley L, n.º 28-29, págs. 284 a 286.

(194) MOLINA, LUIS DE: *De primogenitorum hispaniorum origine, ac natura*, Libro IV (*Additiones et aureae illustrationes DD. Balthasaris Simeon de la Mota, et Antonii de la Cueva et Silva, D. Josephi Maldonado et Pardo, et D. Fernandi Alfonsi del Agila et Roxas*, Lugduni, 1749, Libro I, cap. XVI, n.º 8, pág. 153. La primera edición de esta obra data de 1573 (Alcalá), y existen ediciones de Colonia, 1588 y 1661, y Lyon, 1613, y 1673 (cfr. CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 160 nota 4).

(195) CASTILLO DE SOTOMAYOR, J. DEL: *De conjecturis...*, cit., cap. LIX, n.º 2 a 16, págs. 233 a 237 (amplia enumeración de autores que han tratado este tema en pág. 234).

(196) HEVIA BOLAÑOS, J. DE: *Curia ilípica*, Madrid, 1725, tomo I, parte II, Juicio ejecutivo, §. 12. Executor., n.º 7, pág. 90.

(197) SALGADO DE SOMOZA, F.: *Labyrinthus creditorum...*, cit., parte I, capítulo VIII, n.º 30, pág. 54.

(198) OLEA, ALFONSO DE: *Tractatus de cessiones iurium et actionum*, Lugdni, 1740, quaestio VII, n.º 6 y ss., pág. 137. Dice CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho civil de España*, tomo I, cit., pág. 168, nota 1, que se trata de la obra de más autoridad sobre el tema en Europa, y que de la misma existen muchas ediciones, entre otras, de 1665, 1683, 1699.

(199) VALENZUELA VELAZQUEZ, J. B.: *Consilia sive iuris responsa omnibus utriusque peritis qui in scholis et foro...*, Colonia, 1740, consilium XXXI, n.º 45, pág. 198.

(200) Esta conexión entre la restitución anticipada de la dote y el vencimiento anticipado de las obligaciones se pierde posteriormente. Del mismo modo, el empobrecimiento (que podríamos asimilar a la sobrevenida insolvencia), como causa de restitución anticipada, es sustituida por la prodigalidad. En su redacción originaria el art. 1365-2.º del Código Civil estableció la restitución de la dote cuando se transfiera a la mujer la administración de su dote en el caso previsto en el párrafo 2.º del art. 225, es decir, en caso de prodigalidad del marido. En cuanto al Derecho catalán puede verse la obra de LALINDE ABALDIA, J.: *La dote y sus privilegios en el Derecho Catalán (según el orden de la Compilación vigente)*, Barcelona, 1962, págs. 142, y ss., quien da cuenta de cómo la doctrina catalana de la época (FONTANELLA, CANCER, RIPOLL) acogió como causa de restitución de la dote el empobrecimiento del marido. La Compilación de

*inopiam*—, y se hace especial énfasis en que ha de tratarse de un empobrecimiento posterior al matrimonio, es decir, sobrevenido (201).

Los autores fundamentan jurídicamente esta causa de restitución anticipada de la dote en los textos romanos que ya vimos y en la ley XXIX, tít. XI, Partida IX, también estudiada.

b) *La fuga, la insolvencia y el concurso del deudor.*— El tema de la fuga del deudor se plantea fundamentalmente en torno al problema de la preferencia entre acreedores cuyo crédito es anterior pero no ha vencido y acreedores posteriores cuyo crédito ya ha vencido. Así, SUÁREZ (202), expone el siguiente caso: un cierto mercader rico quebró y huyó como muchas veces hacen estos mismos, lo que vulgarmene nosotros decimos *Alçosse fulano mercader*, e hizo menguar algunos de sus bienes, si bien no tantos que no fuesen suficientes para todos los acreedores: al punto descubierta la fuga se precipitaron muchos acreedores sobre los bienes de aquél: y entre todos existía uno que disponía de una obligación con hipoteca de los bienes, que era primera en el tiempo a todos los demás; sin embargo, el pago de esta obligación mencionada era a término, y dicho término todavía no había llegado cuando todos piden la ejecución de sus obligaciones. Este cuya obligación era primera en el tiempo pedía la ejecución, y afirmaba que el era preferentemente en virtud del principio *qui prior est tempore* y a él se le oponía que no debía de ser aceptado: puesto que él no podía reclamar por el hecho de que el día destinado al pago todavía no había llegado. Suárez entiende que el acreedor a término debe ser preferido a los restantes, porque su obligación era anterior aunque no hubiera vencido, y ello porque el deudor había huido. Y lo fundamenta con base en la ley *quaesitum. ff. de pign.* (D. 20, 1, 14), reproducida en la ley XVII, tít XIII, Partida V, en la *omnibus ff. de iudi.* (D. 5, 1, 41) y en la ley *si creditoress ff. de privileg.* (D. 42, 5, 31).

---

Derecho Civil Especial de Cataluña mantuvo este principio en el art. 31-3.<sup>º</sup>, según el cual durante el matrimonio la mujer sólo tendrá derecho a la restitución de la dote «en el supuesto de dote estimada, si el marido viniere a peor fortuna y se traba embargo sobre sus bienes, salvo que la restitución estuviere asegurada con hipoteca».

(201) Se refiere especialmente al carácter sobrevenido del empobrecimiento del marido GÓMEZ, ANTONIO: *Ad leges Tauri...* cit., ley L, n.<sup>º</sup> 33, pág. 592. Primeramente recoge la opinión común, según la cual la mujer no puede pedir la restitución anticipada de la dote si cuando se casó el marido ya era pobre. Después precisa más, señalando que si el marido era pobre en el momento del matrimonio y luego no malgastó sus bienes ni incurrió en causa de sospecha, no podrá pedirse la restitución anticipada de la dote. Pero si el marido era pobre y después comenzó a disipar sus bienes y dio causa de sospecha, podrá pedirse la restitución anticipada de la dote.

(202) «Declaratio I. 2. título de los emplazamientos...», cit., *Septima limitatio*, n.<sup>º</sup> 2, pág. 308.

También se plantea el problema de la preferencia SOLIS (203), quien plantea el siguiente caso: supongamos que uno tiene una obligación contra alguien con hipoteca de bienes, que fue constituida el último día del mes de enero del año 1590 y el pago de la cantidad prometida fue establecido en el día de San Juan Bautista del mismo año y llega el día del pago y aquél exige la ejecución contra el deudor, y como todo el patrimonio del deudor se consumiese con el pago que se determinó y estableció, otro como tercero se opone a la ejecución pretendiendo que se le debe preferir en los bienes del deudor por el hecho de que tiene un documento con hipoteca de los bienes contra el deudor que se realizó el día primero del mes de enero del mismo año, 1590, cuyo pago había sido asignado en el día de San Bartolomé del mismo año. Ciertamente el acreedor que fue primero en la obligación, incluso antes del término, con razón pide ser antepuesto al acreedor en la obligación posterior, aunque primero en el pago.

SUÁREZ y SOLIS plantean y resuelven la cuestión de la misma manera: el acreedor anterior, aunque no haya vencido su crédito, ha de ser preferido al posterior. El siguiente paso consiste en afirmar que el acreedor preferente, aunque el crédito no haya vencido, puede exigir, pues su preferencia se ha de traducir en la posibilidad de cobrar antes del plazo si de las circunstancias resulta que la espera del vencimiento supondrá la imposibilidad de realizar el crédito. Es decir, ante el peligro de que los acreedores con créditos ya vencidos, pero posteriores, exijan el cumplimiento y no queden bienes suficientes para el acreedor preferente, se faculta a éste para exigir anticipadamente. Claramente lo señalan SUÁREZ DE PAZ:

*«Qui prior fuit in obligatione, quamvis posterior in solutione, praferendus est ei, qui posterior fui in obligatione, licet prior in solutione. Neque huic verae resolutioni obstat, quod dies solutionis nondum cesserat, et sic videbatur ante diem non posse agi: nam respondeo, quod data legitima causa, puta, quia debitor era suspectus de fuga, vel quia eius patrimonium consumebatur in debito posteriori, tunc enim ante diem agi potest»* (204);

SOLÍS:

*«Quoniam intervidente causa legitima, ut puta quia debitor erat suspectus de fuga, vel quia universum eius patrimonium*

(203) SOLÍS FELICIANO DE: *Commentarri de censibus*, Madrid, 1594, Libro III, cap. V, n.º 21, pág. 230 (2). Vid. también ANTÚNEZ PORTUGAL, D.: *Tractatus de donationibus...*, tomo II, cit., Libro III, cap. XVI, n.º 73, pág. 221.

(204) SUÁREZ DE PAZ, G.: *Praxis exclesiastica, et saecularis*, Madrid, 1770, tomo I, IV parte, cap. 4.º, n.º 6, pág. 162.

*consumabatur in debito posteriori, postest agi ante diem»* (205);

y SALGADO DE SOMOZA:

«*Tum etiam quia creditos in diem, vel sub conditione pedente non impeditur agere, es justa causa inveniente, ac superveniente, ut puta quia debitor format concursum creditorum, el creditor iste praevidit universum patrimonium debitoris consumi inter posteriores credidores in notabile iuris sui praeiudicium, et detrimentum, tunc potest ante diem agere, et ius in iudicium deducere ad concurrendum cum caeteris iusta causa»* (206).

Como puede observarse, la doctrina exige tres requisitos para que el acreedor a término pueda exigir *ante diem*:

- 1) Que el deudor sea sospechoso de fuga.
- 2) Que la sospecha de fuga sea posterior al nacimiento de la obligación, es decir, que sea una *causa interveniente, et superveniente*.
- 3) Que la situación de los bienes del deudor sea tal que se consumirán entre los acreedores posteriores (*eius patrimonium consumebatur in debito posteriori*).

Sin embargo, algunos autores no hacen referencia al problema de la preferencia entre acreedores, sino que formulan el principio de manera abstracta, señalando que en caso de que el deudor resulte sospechoso de fuga el acreedor a término podrá exigir anticipadamente. Es el caso de HEVIA BOLAÑOS:

«Si el acreedor antes del plazo que debia pidiere la deuda, demás de que no ha de ser oido, debe el Juez alargar el plazo al deudor, por otro tanto tiempo mas, quanto lo pidiò antes del que debia, y condenarle en las costas, y daños, como lo dice vna ley de Partida (l. 45, tít. 2, pág. 3); mas esto no se entiende quando el deudor es sospechoso de fuga, ò en la paga, por aver vendio a menos, que entonces antes del plazo se puede pedir que pague la deuda, ò de seguridad de pagarle à él» (207).

(205) SOLIS, FELICIANO DE: *Commentarii de censibus*, Madrid, 1594, Libro III, cap. V, n.<sup>a</sup> 21, pág. 230 (2).

I, capítulo VIII, n.<sup>o</sup> 29, pág. 54.

(206) *Labyrinthus creditorum...*, cit., parte I capítulo VIII, n.<sup>o</sup> 29, pág. 54.

(207) *Curia Filipica*, tomo I, cit., parte II, Juzgado ejecutivo, §. 12. Executor., n.<sup>o</sup> 8, pág. 90. Vid. también DOMÍNGUEZ VICENTE, J. M.: *Ilustración y continuación a la Curia Philipica...*, cit., Tomo I, Parte II. Juzgado ejecutivo, §. XIII. Pedimento, n.<sup>o</sup> 8, pág. 144.

Además, a la sospecha de fuga se alimila la tendencia a la pobreza del deudor. El requisito de que los bienes del deudor fueran insuficientes para pagar a todos los acreedores se independiza y constituye por sí solo causa de vencimiento anticipado. Así lo señala HEVIA BOLAÑOS (y DOMÍNGUEZ) en el texto citado, pues habla del deudor «*sospechoso de fuga, ó en la paga, por aver venido a mensos*». Finalmente, viene a establecerse que cuando el deudor forma concurso de acreedores pueden los acreedores a término exigir antes de que llegue el día. Así, SALGADO DE SOMOZA mantiene que los acreedores a término deben ser citados al concurso (208), acabando por afirmar que en el concurso y cesión de bienes se abre la vía para que los acreedores a término puedan reclamar antes del término, a fin de que no perezca su crédito:

«... *quae doctrina certe verificatur in concursus et bonorum cessione facta per debitorem, cuius bona distrahitur, et consumuntur in satisfactionem creditorem posteriorum comparentium, quo quidem aperitur via creditore conditionali, aut in diem, ut agere possit ante illum, ne suum creditum periclitetur*» (209).

Lo mismo señala AYLLÓN LAYNEZ:

«... *quod creditor conditionalis non impeditur agere ex iusta causa superveniente, vel quando debitor format concursus creditorum, et idem in debito in diem*» (210).

En resumen, el acreedor a término puede exigir el cumplimiento de la obligación antes de que llegue el día si el deudor es sospechoso de fuga, resulta insolvente o forma concurso de acreedores.

(208) *Labyrinthus creditorum...*, cit., parte I, capítulo VIII, n.º 26, pág. 53.

(209) *Labyrinthus creditorum...*, cit., parte I, capítulo VIII, núm. 30, pág. 54. Sin embargo, en n.º 31, pág. 54, mantiene que el deudor a término, incluso incierto, o bajo condición, si fuera muy sospechoso de término, incluso incierto, o bajo condición, si fuera muy sospechoso de fuga, futura insolvencia o futuro dolo, y se teme de él a raíz de una gran deuda o pobreza, puede entre tanto, mientras llega el día o la condición, disipar esta situación dando una garantía de que llegada la condición o el día sea pagada por él eficazmente («*Quoniam debitor in diem etiam incertam, vel sub conditione, si de fuga, aut futura inopia, futuru que dolo debitoris valde suspectus sit, atque de magno aere alieno, et de ingenti paupertate in eum timeatur, potest interim, donec dies vel conditio cesserit, et purificetur ad fidei iussionem praestandum ius suum in iudicium deducere et agere, ut ea adveniente, et purificata sibi cum effectu solvatur*»). Esta aparente contradicción puede deshacerse si entendemos que lo que SALGADO señala es la posibilidad de que el deudor enerve el vencimiento anticipado de la obligación prestando una garantía, tal y como establece el art. 1129-1.º del Código Civil.

(210) *Utrariensis illustrationes...*, cit., tomo II, tít. *De qualitatibus contractuum*, cap. XI, n.º 30, pág. 241.

c) *La desaparición de la hipoteca.*—A los anteriores supuestos se asimila el de desaparición de la hipoteca constituida en garantía del crédito. Así lo señala HERMOSILLA:

«*Extincta hypotheca..., statim creditor, etiam si dies solutionis non venerit, ad exactionem debiti, pro cuius securitate res erat hypothecata, agera poterit»* (211);

y SALGADO DE SOMOZA:

«...quia semper quod pignora, vel hypothecae ex aliquo accidenti periclitantur, et dissolvuntur, et potest creditor statim etiam si dies solutionis nondum venerit, agere ad debitoris actionem, pro cuius solutione, et securitate res hypothecata erat» (212).

Ambos autores fundamentan este supuesto en lo previsto por la ley LXVII, tít. V, Partida V, que estudiamos en la parte correspondiente al Derecho histórico español.

d) *El Fisco como acreedor.*—Por último, la doctrina española señala otro supuesto de vencimiento anticipado, la necesidad del Fisco, que le legitima para accionar contra su deudor, aun antes de vencer el plazo. Se trata del supuesto recogido en CJ. 4, 9, 1, que vimos al estudiar el Derecho romano y que algunos autores mencionan. Es el caso de GREGORIO LÓPEZ, quien cuando la ley XLV, tít. II, Partida III dice que «el demandador non due ser oydo, quando fiziese demanda en razon de debda, quel deuiessen, ante del plazo», señala que «exceptúase, no obstante, el Fisco, el cual por razón de pública necesidad, puede accionar contra su deudor, antes de vencer el plazo (213). También lo recoge SUÁREZ (214).

**15. Recapitulación.**—Dejando aparte los relativos a la restitución de la dote y al Fisco, en la doctrina española de los siglos XVI a

(211) HERMOSILLA, A.: *Notae, additiones et resolutiones ad glossas Legum Partituarum D. Gregorii Lopetii*, tomo II, Colonia, 1751, tomo II, glosa I a la ley LXVII, tít. V, Partida V, n.<sup>o</sup> 26, pág. 759. CASTRO Y BRAVO, F. De: *Derecho Civil de España*, tomo I, eit, pág. 150, nota 1, se refiere a que GASPAR DE HERMOSILLA (con sus hijos Juan y Sebastián) publicó dos volúmenes con notas, adiciones y resoluciones a las glosas de GREGORIO LOPEZ a la quinta Partida, *Additiones, notae, resolutiones ad Partit, gloss. et cogito. Doct. Gregorii Lopetii*, 1634.

(212) *Labyrinthus creditorum...*, cit., parte I, capítulo VIII, n.<sup>o</sup> 30, pág. 54.

(213) *Las siete Partidas...*, tomo II, cit., glosa núm. 246, ley XLV, tít. II, Partida III, pág. 61.

(214) *Declaratio 1. 2. título De los emplazamientos...*, cit., *septima limitatio*, n.<sup>o</sup> 5, págs. 309.

XVIII se recogen claramente otros supuestos de vencimiento anticipado que en mayor o menor medida juegan como antecedentes de los recogidos en el art. 1129 del Código Civil. Por ello, BERNÍ y CATALÁ afirma, al glosar la ley XLII, tít. II, Partida III, que no existe *pluris petitio tempore*

«quando la hipoteca perece, o quando el deudor va empobreciendo, o se presume fuga, pues en tales casos puede pedir el acreedor antes del plazo» (215).

Y GÓMEZ DE LA SERNA, en relación con la ley XLV, tít. II, Partida III, señala que

«cuando sin justa causa se demanda ántes de tiempo, manda la ley que se duplique el que aun falte para pedir legitimamente, ademas de abono de costas, daños y perjuicios; aunque la duplicacion del tiempo no está en práctica, mas no se incurre en penas semejantes cuando hay necesidad de poner demanda ántes del plazo debido, por no exponerse el demandante á perder lo que justamente le corresponde, como cuando el deudor por su culpa o sin ella va empobreciéndose ó apareciendo varios acreedores, y en otros casos semejantes, en los cales el actor tiene derecho de anticipar su demanda» (216).

Por último, también FEBRERO afirma que

«impide el progreso de la via executiva la excepcion de *no estar cumplido el plazo preñinido en el instrumento para hacer la paga, ni la condición puesta en el*: pues hasta que lo estén, ni el acreedor tiene acción á pedir, ni el deudor obligacion á pagar: ni por consiguiente há lugar la ejecucion, porque mientras se cumple, y verifica, está suspenso su efecto, y la condición expresa impide que nazca la acción, segun se prueba de la ley 2. tít. 21. Libro 4 Recop. ibi: *Seyendo pasados los plazos de las pagas*: y de otras: Previniendo que aunque el reo no oponga esta excepcion, puede el Juez repeler de oficio al actor, como que procede sin acción. Lo qual milita, y se entiende, á menos que se presuma fuga del deudor, ó intervenga otra causa justa para pedir antes que expire el plazo, pues entonces puede el actor usar de su derecho sin esperar á que cumpla,

(215) BERNÍ Y CATALÁ, J.: *Apuntamientos sobre las leyes de Partidas al tenor de leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles y práctica moderna*, Valencia, 1759, glosa a la ley XLII, tít. II, Partida III, tomo II, pág. 20.

(216) GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *Los Códigos españoles concordados y anotados*, tomo III, *Código de las siete Partidas*, vol. 2.<sup>o</sup>, Madrid, 1848, nota c) a la ley XLV, tít. II, Partida III, pág. 29.

acreditando al Juez el motivo que tiene para pedir antes que verifi-  
que el cumplimiento» (217).

#### IV. LA CODIFICACION

**16. El Código Civil francés. La doctrina de POTHIER.**—La cristalización de la doctrina medieval y del antiguo régimen sobre el vencimiento anticipado se produce en el Código Civil francés, siguiendo fundamentalmente el modelo de POTHIER (218), quien formula la doctrina del vencimiento anticipado en los siguientes términos:

«§ III. De los casos en que se puede exigir la deuda antes de terminar el plazo.

234. El término concedido por el acreedor al deudor, se considera que tiene por fundamento la confianza en su solvencia; cuando ese fundamento desaparece, el efecto del término cesa.

235. De donde se sigue, 1.º, que cuando el deudor se ha presentado en quiebra, y el precio de sus bienes se distribuye entre los acreedores, el acreedor puede cobrar, aun cuando no haya expirado el término de la deuda...

236. Observad que si, entre varios deudores solidarios, hay algunos que se declaran en quiebra, el acreedor puede exigir el pago de éstos antes del término, pero no de aquellos cuya solvencia es reconocida. La solvencia debe disfrutar del término, y aun para ello no está obligado a dar una caución en reemplazo de sus codeudores quebrados. Eso es lo que ha sido juzgado por sentencia de 29 de febrero de 1592, citada por Ana Robert, IV, 6. La razón está en que ese deudor que ha quedado solvente, no puede, sin su

(217) FEBRERO, JOSEPH: *Libreria de escribanos*, Parte Segunda, tomo III, Madrid, 1786, Libro III, Concurso de acreedores, cap. II, § IV, n.º 231, págs. 510-511.

(218) Cfr. BONELLI, G.: «La decadencia dal termine...», cit., págs. 244 y 247; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: «El pago anticipado», *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XXVIII, n.º 73, julio-septiembre 1959, pág. 70, nota 131 y pág. 76, nota 153; MORENO QUESADA, B.: «El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías (Art. 1129-3.º C. c.)», *Anuario de Derecho civil*, 1971, págs. 429-430; MONTÉS PENADÉS, V. L.: «De las obligaciones a plazo», en *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, 1981, pág. 136, nota 31. Otros autores anteriores a POTHIER no parece que llegasen a formular la doctrina del vencimiento anticipado, aunque estudian algunos de los textos que sirven de base a la misma. Es el caso de DOMAT, quien en *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, París, 1777, al estudiar el término (Libro I, tít. I, sec. III, n.º 5 a 7, pág. 35) no hace referencia a supuestos de vencimiento anticipado. Sin embargo, al estudiar los efectos de la hipoteca (Libro III, tít. I, sec. III, n.º 16, pág. 339) señala que aunque el término de pago no haya vencido, el acreedor puede ejercitarse su hipoteca para su seguridad, según las circunstancias: así, se puede oponer a la venta de la cosa, sea mueble o inmueble, para conservar su derecho. Y cita D. 20, 1, 14 pr.

consentimiento, ser obligado a más de lo que él quería obligarse. No se puede, pues, obligarle a dar una caución que no está obligado a dar: la quiebra de sus codeudores, y no la suya, no puede serle perjudicial, según la regla *nemo ex alterius facto praegravari debet*.

De donde se sigue, 2.º, que el acreedor hipotecario que ha formado oposición a la venta de los bienes hipotecados a su favor, y que se encuentra en orden de ser únicamente colocado, puede exigir, sobre el precio de los mismos bienes, el pago de su crédito, bien que el término de ese pago no haya todavía llegado, por cuanto su derecho de hipoteca sobre el que había apoyado la confianza que le había decidido a conceder un término a su deudor, desapareciendo, el efecto del término debe cesar» (219).

Consecuencia de la influencia de POTHIER en los codificadores franceses será la formulación del art. 1188 del *Code Civil*, a cuyo tenor:

«El deudor no puede reclamar el beneficio del término cuando ha caído en quiebra o cuando por hecho suyo ha disminuido las seguridades que había dado por contrato a su acreedor (220)».

Se trata, por tanto de un precepto de carácter general, referido a todo tipo de obligaciones, que establece dos causas de vencimiento anticipado: la quiebra del deudor y la disminución de las garantías por hecho propio del mismo. Sin embargo, por el juego de otros preceptos del mismo Código, y como consecuencia de la interpretación doctrinal de todos ellos, los supuestos de vencimiento anticipado van a resultar notablemente ampliados, como a continuación veremos.

## 17. Supuestos de vencimiento anticipado en el Código Civil francés:

a) *Quiebra del deudor*.—El art. 1188 se refiere expresamente a la quiebra del deudor como determinante de la pérdida del beneficio del término, se refiere a la *faillite*, reproduciendo la doctrina de POTHIER. Y la *faillite* consistía en un procedimiento universal de ejecución de los bienes de los comerciantes. Los jurisconsultos franceses

(219) POTHIER, R. J.: *Tratado de las obligaciones*, trad. de la ed. francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. DUPIN, corregida y revisada por M. C. DE LAS CUEVAS, Buenos Aires, 1978, págs. 134-135.

(220) «*Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque para son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier*». La Ley n.º 85-98 de 25 de enero de 1985, ha suprimido la quiebra como supuesto de vencimiento anticipado en el art. 1188 del Código Civil Francés.

se plantean la posibilidad de aplicar el art. 1188 a los no comerciantes y responden positivamente con base en los siguientes argumentos:

1) Los trabajos parlamentarios así lo atestiguan. En la presentación a los cuerpos legislativos y exposición de los motivos, BIGOT-PREAMENEAU manifiesta: «Es evidente que en caso de quiebra (*faillite*) o de insolvencia (*déconfiture*) el deudor no debe ser más autorizado a reclamar el beneficio del término» (221). Y a la pregunta de SEGUR de si no convendría más suprimir del Código Civil toda disposición relativa a las *faillites*, y reenviar esa materia al Código de Comercio (222), responde TREILHARD que ello no corresponde exclusivamente a tal Código, y que se puede quebrar sin ser comerciante: «esa *faillite* se llama *déconfiture*, pero poco importa la denominación cuando la cosa es la misma» (223). En definitiva, el vencimiento anticipado del término encuentra el mismo motivo en la quiebra que en la insolvencia (224).

2) El Código Civil no regula un procedimiento concursal relativo a los no comerciantes, pero la doctrina acude al art. 180 de las Costumbres de París, conforme al cual,

«El caso de insolvencia —*déconfiture*— se da cuando los bienes del deudor, tanto muebles como inmuebles, no son suficientes a los acreedores aparentes» (225).

(221) FENET, P. A.: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tomo XIII, reimpresión de la edición de 1827, Osnabrück, 1968, pág. 245.

(222) De hecho, el vencimiento anticipado de las deudas del quebrado se estableció también en el art. 448 (en 1838 pasó a ser el 444) del Código de Comercio francés de 1807.

(223) FENET, P. A.: *Recueil complet...*, cit., pág. 69. según BONELLI, G.: «La decadenza dal termine...», cit., pág. 251, el Código, al seguir a POTIER, no advirtió al formular este artículo que la *faillite* se había transformado en un estado que afectaba sólo a los comerciantes, mientras que en los tiempos de aquel jurisconsulto era un estado común a los comerciantes y a los no comerciantes. De ahí la necesidad de declarar que en aquella disposición se entendía incluida también la *faillite* del no comerciante, esto es, la simple *déconfiture*.

(224) Cfr. DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoléon*, tomo XXV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, vol. 2.<sup>o</sup>, París, 1878, n.<sup>o</sup> 667, págs. 641 a 643; AUBRY, C. y RAU, C.: *Cours de Droit Civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4.<sup>o</sup> ed., tomo IV, París, 1871, pág. 88, nota 12; JOSSERAND, L.: *Cours de Droit Civil français*, tomo II, 2.<sup>o</sup> ed., París, 1933, n.<sup>o</sup> 732, pág. 400; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L.: *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile. Delle obbligazioni*, vol. 2.<sup>o</sup>, con adiciones de N. STOLFI, Milán, 1915, n.<sup>o</sup> 1012, págs. 185-186.

(225) «*Le cas de déconfiture est quand les biens du débiteur, tant meubles qu'immeubles, ne suffisent aux créanciers apparentes*». Utilizan como concepto de insolvencia el del art. 180 de las Costumbres de París LAROMBIERE, L.: *Théorie et pratique des obliga-*

3) Determinados preceptos del *Code* se refieren a la insolvencia (*déconfiture*) junto a la quiebra, estableciendo algunos de ellos supuestos de vencimiento anticipado. Se trata de los arts. 1446 (226), 1613 (227), 1913 (228), y 2032 (229). Tal equiparación también debe jugar en el caso genérico de vencimiento previsto en el art. 1188 del Código Civil (230).

tions, tomo X, París, 1857, pág. 485; DEMOLOMBE, C.: *Cours...*, tomo XXV-2.<sup>o</sup>, cit., n.<sup>o</sup> 666, pág. 641; BRAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L.: *Trattato...*, vol. 2.<sup>o</sup>, cit., n.<sup>o</sup> 1012, pág. 185.

(226) Art. 1446: «Les créanciers personnels de la femme ne peuvent, sans son consentement, demander la séparation de biens.

Néanmoins, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, ils peuvent exercer les droits de leur débiteur jusqu'à concurrence du montant de leurs créances».

(227) Art. 1613: «Le vendeur ne sera plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le payement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou état de déconfiture».

(228) Art. 1913: «Le capital de la rente constituée en perpétuel devient aussi exigible, en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur».

(229) Art. 2032: «La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée:

- 1.<sup>o</sup> Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement;
- 2.<sup>o</sup> Lorsque le débiteur est en faillite, ou est en déconfiture;
- 3.<sup>o</sup> Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps;
- 4.<sup>o</sup> Lorsque la dette est devenue exigible para l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée;

5.<sup>o</sup> Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé.»

(230) Cfr. TOULLIER, C. B. M.: *Le Droit Civil français, suivant l'ordre du Code*, tomo VI, 5.<sup>a</sup> ed., París, 1830, n.<sup>o</sup> 670, pág. 702; LAROMBIERE, L.: *Théorie et pratique...*, cit., págs. 484-485, quien también cita el art. 124 del Código Procesal Civil, promulgado dos años antes que el Código Civil, conforme al cual el deudor no puede obtener una dilación, ni gozar de aquella que haya sido concedida, si sus bienes son vendidos a instancia de otros acreedores, si se encuentra en estado de quiebra, o de contumacia (fuga), o si se encuentra prisionero, ni si por hecho suyo ha disminuido las garantías dadas por contrato a su acreedor; DEMOLOMBE, C.: *Cours...*, tomo XXV-2.<sup>o</sup>, cit., n.<sup>o</sup> 664, pág. 638; LAURENT, F.: *Principes de Droit Civil français*, tomo XVII, 3.<sup>a</sup> ed., Bruselas-París, 1878, n.<sup>o</sup> 195, págs. 207-208 (este autor comienza negando la posibilidad de que pueda aplicarse analógicamente el art. 1188 a la insolvencia, señalando que este precepto establece una pena y que no existe identidad de razón entre quiebra e insolvencia, pues en ésta no existe la necesidad de liquidación que se da en aquella; sin embargo, acaba afirmando que los arts. 1613 y 1913 son disposiciones que aplican el principio sentado en el 1188, tanto a la quiebra como a la insolvencia, de manera que aunque el lenguaje del legislador en el 1188 es impropio, su intención es evidente, y la jurisprudencia es constante en tal sentido); LINGENTHAL, ZACHARIE VON: *Mannuale del Diritto Civile francese*, revisado por C. CROME, trad. y notas de L. BARASSI, tomo II, Milán, 1907, § 283, pág. 254, nota 8; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L.: *Trattato...*, vol. 2.<sup>o</sup>, cit., n.<sup>o</sup> 732, págs. 399-400; FUZIER-HERMAN, E.: *Code Civil annoté*, bajo la dirección de R. DEMOGUE, tomo III (arts. 1048 a 1314), París, 1936, pág.

En consecuencia, la totalidad de los tratadistas franceses considera aplicable el art. 1188 a la insolvencia de los no comerciantes (231).

b) *Disminución de las garantías.*—El art. 1100 se refiere exclusivamente a la disminución por hecho propio del deudor de las garantías otorgadas por contrato. Sin embargo, la interpretación doctrinal del precepto va a suponer una ampliación de su contenido al incluir también el no otorgamiento de las garantías prometidas. Para ello los tratadistas franceses se apoyan en lo siguiente:

1) Un argumento *a fortiori*: en la hipótesis de no otorgamiento el deudor no se limita a disminuir la garantía especial, sino que la anula completamente. El motivo del vencimiento es, por tanto, más intenso que el caso explícitamente previsto por el legislador (232).

---

435; PLANIOL, M. y RIPERT, J.: *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, trad. de M. DÍAZ CRUZ y F. RIVEREND BRUSONE, tomo VII, *Las obligaciones* (segunda parte), con el concurso de P. ESMEIN, J. RADONANT y G. GABOLDE, La Habana, 1945, n.º 1014, pág. 326.

(231) BONELLI, G.: «La decadencia dal termine...», cit., págs. 245 y ss., critica la orientación de la doctrina —y la jurisprudencia— francesa. Según señala, las Costumbres de París se ocupan de la *déconfiture* al hablar de la ejecución sobre bienes muebles. Originariamente la ejecución era, en el Derecho germánico, un medio de defensa jurídica individual, de manera que el acreedor que primero ejecutaba no podía resultar perjudicado por los sucesivos acreedores. De concurso se comienza a hablar en el Derecho feudal, a propósito de la venta del feudo, la cual no podía tener lugar sin exclusión de todos los demás bienes del señor feudal. Pero el principio del concurso encuentra resistencia y generalmente, salvo los casos en que el abandono del patrimonio por el deudor precede a la acción ejecutiva de los acreedores, la jurisprudencia y las leyes reconocen el así llamado privilegio *du premier saissant*, conta el que los demás acreedores, para concurrir, deben ejercitar oposición. Al caso del abandono espontáneo de los bienes (cesión, fuga) se equipara en el *Grand Coutumier* (alrededor de 1389) otro caso en que la oposición se admite, con el efecto de reducir todos los créditos porcentualmente, y este caso es la *déconfiture*; es decir, cuando el deudor no tiene bienes suficientes para todos los acreedores que se oponen. Mediante la oposición los acreedores llegaban a resultados diferentes, según que el deudor fuera solvente o no. En este segundo caso hay *déconfiture*, y todos los acreedores obtienen un tratamiento igual al de aquel que ha practicado la *saise*. Este principio se transmite a casi todas las *Coutumes*, y entre ellas a la de París, desde donde se generaliza a toda Francia, con el art. 165 de la Ordenanza de 1629. En consecuencia, por *déconfiture* hay que entender aquel estado del deudor insolvente y sujeto a ejecución que hace nacer el concurso de todos los acreedores sobre sus bienes. La *déconfiture* suponía la liquidación de todos los bienes, muebles e inmuebles, del deudor; se trataba de un medio de defensa colectiva, no individual, que es como la entienden los tratadistas del *Code*.

(232) Cfr. AUBRY, C. y RAU, C.: *Cours...*, tomo IV, cit., pág. 89, nota 15; LAURENT, F.: *Principes...*, tomo XVII, cit., n.º 204, pág. 217; COLIN, A. Y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho Civil*, trad. cast., con notas de D. DE BUEN, tomo III, Madrid, 1924, pág. 353; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L.: *Trattato...*, vol. 2.º, cit., n.º 1018, págs. 194-195; PLANIOL, M. y RIPERT, J.: *Tratado...*, tomo VII, cit., n.º 1016, pág. 330.

2) Los arts. 1912 (233) y 1977 (234) establecen consecuencias para el caso de que el deudor no constituya las garantías prometidas, que aunque no sean propiamente el vencimiento anticipado de la obligación, aclaran el sentido del art. 1188 (235).

Por último, el supuesto de disminución de las garantías plantea la conexión entre los arts. 1188 y el 2131 (que se corresponde con el 79 de la Ley Hipotecaria francesa), ya que en virtud de este último precepto si los inmuebles sujetos a hipoteca se pierden o deterioran, de manera que resulten insuficientes para la seguridad del acreedor, éste se encuentra facultado para reclamar el reembolso de su crédito u obtener un suplemento de hipoteca (236). La doctrina francesa entiende de que este precepto sólo es aplicable a la pérdida o deterioro no imputable al deudor, y que el acreedor no puede dar por vencida la obligación garantizada, sino sólo exigir el suplemento de hipoteca. Sólo en el supuesto de que el deudor no amplíe la hipoteca puede el acreedor dar por vencida la obligación, mientras que si la garantía ha disminuido por hecho propio del deudor éste no puede evitar el vencimiento anticipado ampliándola o sustituyéndola (237).

## **18. Influencia del Código Civil francés en otras legislaciones:**

a) *Bolivia*.—El art. 779 del Código Civil de Bolivia de 1830 establece:

(233) Art. 1912: «Le débiteur d'une rente constituée en perpétuel, peut être constraint au rachat:

- 1º S'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années;
- 2º S'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat».

(234) Art. 1977: «Celui au profit duquel la rente viagère a été constituée moyennant un prix, peut demander la résiliation du contrat, si le constituant ne lui donne pas les sûretés stipulées par son exécution».

(235) Cfr. LAROMBIERE, L.: *Théorie et pratique...*, cit., págs. 494-495; LAURENT, F.: *Principes...*, tomo XVIII, cit., n.º 204, pág. 217; COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso...*, tomo III, cit., pág. 353; JOSSEMAND, L.: *Cours...*, tomo II, cit., n.º 735, pág. 402; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L.: *Trattato...*, vol. 2.º, cit., n.º 1018, pág. 194.

(236) «Pareillement, en cas que l'immeuble présents, assujettis à l'hypothèque, eussent péri ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci ou poersuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque».

(237) Cfr. DEMOLOMBE, C.: *Cours...*, tomo XXV-2.º, cit., n.º 690-693, págs. 655 a 658; AUBRY, C. y RAU, C.: *Cours...*, tomo IV, cit., pág. 89; LAURENT, F.: *Principes...*, tomo XVII, cit., n.º 203, pág. 216; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L.: *Trattato...*, vol. 2.º, cit. n.º 1025, pág. 199; PLANIOL, M. y RIPERT, J.: *Tratado...*, tomo VII, cit., n.º 1015, pág. 329. En apoyo de estas afirmaciones se cita también el art. 2020, que dice: «Lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en entre donner une autre.—Cette règle reçoit exception dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution».

«El deudor no puede reclamar el beneficio del término cuando ha quebrado o cuando ha disminuido las seguridades que había dado al acreedor».

El Código boliviano apenas se aparta del camino emprendido por el Código Civil francés. Los supuestos de vencimiento anticipado son los mismos. Sin embargo, el segundo de ellos se formula con mayor amplitud. Ya no es necesario que las seguridades disminuidas hayan sido dadas por contrato. Tampoco se hace referencia al «hecho propio» del deudor, pero gramaticalmente el sentido es el mismo, pues el verbo de la oración —ha disminuido— tiene por sujeto al deudor.

Sin embargo, el art. 1476 dispone:

«En el caso de que el inmueble o los inmuebles sujetos a la hipoteca hubiesen perecido o deteriorádose de manera que se hayan hecho insuficientes para la seguridad del acreedor, podrá éste pedir un suplemento de hipoteca.»

Se aparta este precepto del 2131 francés y viene a plantear la cuestión de si la disminución del inmueble hipotecado imputable al deudor dará o no lugar al vencimiento anticipado, pues el art. 1476 no distingue. Suponemos que los intérpretes de este precepto, al relacionarlo con el 779 habrán concluido que el 1476 sólo resulta aplicable a la disminución del bien hipotecado no imputable al deudor, como hicieron los comentaristas del art. 2131 francés.

b) *Chile*.—El art. 1496 del Código Civil de Chile (1858) dispone:

El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es:

1.º Al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia.

2.º Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones» (238).

Este precepto supone una nueva orientación en la positivización de los supuestos de vencimiento anticipado. En efecto, lo primero que llama la atención es que no se refiere a la pérdida del beneficio del plazo, sino a la exigibilidad de la obligación. Las consecuencias

---

(238) Idéntico es el art. 1553 del Código civil de Colombia de 1887.

son similares, pero el precepto deja de aparecer como una modificación del principio según el cual el plazo se entiende puesto en beneficio del deudor; en el Código Civil chileno se formula como una excepción a la inexigibilidad derivada del establecimiento de un término de cumplimiento. El pacto en virtud del cual el acreedor concede un aplazamiento al deudor deja de producir los efectos que le son propios si se produce alguna de las situaciones en el precepto descritas.

La segunda novedad de este precepto consiste en la inclusión de la insolvencia notoria junto a la quiebra como supuesto de vencimiento anticipado (239). Se recogen, pues los principios sentados por la escuela de la exégesis al respecto. El precepto deja de ser aplicable únicamente al desbalance económico de los comerciantes; para serlo también al de los no comerciantes.

También llama la atención la formulación del supuesto relativo a las garantías. Se habla, en primer lugar, tanto de extinción como de disminución. La formulación apenas tiene relevancia, pues si la disminución da lugar a la anticipación del vencimiento, con mayor motivo se producirá por la extinción de la garantía.

En segundo lugar, se exige, siguiendo lo dispuesto en el Código francés, que la extinción o la disminución tengan su origen en un hecho del deudor, pero también se incluye la extinción o disminución por culpa del deudor. En estos términos creemos ver una ampliación del supuesto: también darán lugar a la anticipación del vencimiento y consiguiente exigibilidad los actos en que, sin haber sido realizados por el deudor, se aprecie culpa del mismo. Tal sería si se incluyese en ese concepto la culpa *in vigilando*.

En tercer lugar, la disminución de las cauciones ha de ser de su valor y *considerable*. En consecuencia, no basta cualquier disminución imputable al deudor, sino sólo aquéllas de cierta entidad. Sin embargo, el carácter «considerable» de la disminución resulta difícil de precisar.

En cuarto lugar, se suprime la referencia francesa al contrato como origen de las garantías. Resulta el precepto aplicable, por tanto, a las garantías constituidas con posterioridad e incluso a los privilegios, según entendimiento de la mayor parte de los intérpretes del art. 1188 del *Code*.

---

(239) Como antecedente del precepto en este aspecto se encuentra el art. 1307 del Código Civil holandés de 1838. Cfr. GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de 1852, Zaragoza, 1974, pág. 564.

Por último, la exigibilidad anticipada no se producirá si el deudor renueva o mejora las garantías extinguidas o disminuidas. De una parte el precepto, es este punto, se acerca a su antecedente francés, pues habla de reclamación del «beneficio del plazo». De otra parte se aleja de la legislación francesa, pues establece la posibilidad de que el deudor enerve el vencimiento cuando la disminución le es imputable, y el Código de Napoleón sólo lo permitía en la desaparición fortuita de la hipoteca, según extendida interpretación doctrinal. Puede verse, pues, la originalidad de BELLO, redactor de este Código, en la formulación de este precepto.

En relación a la hipoteca el art. 2427 establece:

«Si la finca se perdiera o deteriorare en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a que se mejore la hipoteca, a no ser que consienta en que se le dé otra seguridad equivalente, y en defecto de ambas cosas podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque esté pendiente el plazo, o implorar las providencias conservativas que el caso admita, si la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminada» (240).

En este precepto viene a plantearse la misma cuestión que entre los art. 2131 y 1188 del Código Civil francés, pues el art. 2427 no distingue entre la pérdida o deterioro imputable y la no imputable al deudor. Suponemos que la solución será la misma que dieron los juriconsultos franceses: entender que el art. 2427 se refiere a la disminución no imputable al deudor, de manera que ésta sólo dará lugar al vencimiento anticipado si no se amplia la hipoteca o el acreedor no consiente una seguridad equivalente, mientras que no cabrán estos remedios si la disminución se debió a actos propios del deudor (241).

(240) Idéntico es el art. 2451 del Código Civil de Colombia de 1887.

(241) La influencia del Código chileno se deja sentir en el de El Salvador de 1859, cuyo art. 1367 dispone: «El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es:

1.<sup>º</sup> Al deudor constituido en quiebra o que de una manera notoria ha cesado en el pago de sus obligaciones corrientes.

2.<sup>º</sup> Al deudor cuyas cauciones se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones.»

Sólo una diferencia existe entre ambos. Mientras el chileno se refiere a la insolvencia notoria del deudor, el salvadoreño habla de aquél que de manera notoria haya cesado en el pago de sus obligaciones corrientes. Con ello se trata de acercar el concepto de quiebra, exclusivo de los comerciantes, a los no comerciantes. En lugar de utilizar un concepto jurídico tan indeterminado como el de insolvencia se acude al que puede ser un indicio de la misma, la cesación de pagos.

c) *Portugal*.—El Código Civil portugués de 1867 contempla en su art. 741 el vencimiento anticipado de las obligaciones:

«El cumplimiento de la obligación, aunque tenga plazo establecido, se vuelve exigible quebrando el deudor, o si, por acto de él, disminuyeran las garantías que en el contrato habían sido establecidas a favor del acreedor» (242).

En este precepto destacan dos aspectos. En primer lugar, su formulación gira en torno al concepto de exigibilidad, no haciéndose

---

Por otra parte, el art. 2175 establece, respecto de la hipoteca, exactamente lo mismo y en los mismos términos que el art. 2427 del Código Civil chileno.

También el Código Civil uruguayo de 1868 es deudor del chileno, estableciendo el art. 1438 de aquél:

«Lo que se debe a plazo, fuera de los casos de quiebra o notoria insolvencia, no puede exigirse antes de su vencimiento; pero lo que el deudor, conociendo el plazo, pagare anticipadamente no lo podrá repetir.

En las obligaciones a plazo los riesgos o peligros de la cosa son de cuenta del acreedor».

La influencia chilena en este precepto se aprecia en que se refiere tanto a la quiebra como a la notoria insolvencia. Sin embargo, se separa del Código Civil chileno y de todos los demás por el tratamiento que se hace en él de varias cuestiones que en los demás cuerpos legales se regulan de manera separada, y por las omisiones que contiene. En efecto, se regulan en un mismo precepto el vencimiento anticipado, el pago anticipado y los riesgos y peligros de la cosa en las obligaciones a plazo, y no se hace referencia a la disminución de las garantías como causa de vencimiento anticipado. La única referencia a la disminución de las garantías se encuentra en el art. 2339, a cuyo tenor, «si la finca se perdiese o deteriorase en términos de nos ser suficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a que se mejore la hipoteca, a no ser que consienta que se le dé otra seguridad equivalente; y en defecto de ambas cosas podrá demandar el pago inmediato de la deuda ilquida, aunque esté pendiente el plazo». Se reproduce, pues, el art. 2427 del Código Civil de Chile (con la única diferencia, además de algunas modificaciones de estilo, de que se suprime el último inciso del precepto chileno, relativo a la posibilidad de «implorar las providencias conservativas que el caso admita, si la deuda fuere ilquida, condicional o indeterminada»), pero al suprimirse toda alusión a la disminución de las garantías imputable al deudor en el art. 1438 hay que concluir que ésta no dará lugar al vencimiento anticipado, a no ser que el deudor no mejore la hipoteca o el acreedor acepte otra garantía equivalente.

Por último, también el Código Civil de Chile resulta claro antecedente del art. 1361 del Código Civil de México de 1884. Conforme a este precepto, «al deudor constituido en quiebra, al que se hallare en notoria insolvencia y al que sin consentimiento del acreedor hubiere disminuido por medio de actos propios las seguridades otorgadas, podrá exigirse el cumplimiento de la obligación a plazo, aun cuando éste no se haya vencido». Sin embargo, se introduce en este precepto una novedad: no producirá el vencimiento anticipado de la obligación la disminución de las garantías por actos propios del deudor si el acreedor la consintió. A nuestro juicio, resulta innecesario este inciso, pues si el acreedor consiente la disminución y luego da por vencida la obligación está actuando contra sus propios actos.

(242) «O cumprimento da obrigação, ainda que tenha prazo estabelecido, torn-se exigível falindo o devedor, ou se, por facto dêle, diminuifran asseguranças, que no contrato haviam sido estipuladas a favor do credor».

referencia ni a la pérdida del beneficio del plazo ni al vencimiento. Desde este punto de vista el precepto se separa de su origen francés. En segundo lugar, los supuestos se formulan de igual manera que en el *Code Napoleón*. Sólo se contemplan la quiebra del deudor y la disminución imputable al deudor de las garantías establecidas en el contrato. En resumen, el Código Civil portugués de 1867 se limita a mejorar la formulación de la consecuencia jurídica respecto del Código francés respetándolo en cuanto a los supuestos de hecho. No se observa, pues, ninguna influencia del Código Civil chileno ni del italiano de 1865.

La mayor amplitud de supuestos llegará con el Código Civil portugués de 1966. El art. 780 de éste dispone:

«(Pérdida del beneficio del plazo)

1. Establecido el plazo a favor del deudor, puede el acreedor, no obstante, exigir el cumplimiento inmediato de la obligación, si el deudor se volviera insolvente, aunque la insolvencia no haya sido judicialmente declarada, o si, por causa imputable al deudor, disminuyeren las garantías del crédito o no fueren prestadas las garantías prometidas.
2. El acreedor tiene el derecho de exigir del deudor, en lugar del cumplimiento inmediato de la obligación, la sustitución o refuerzo de las garantía, si éstas sufrieran disminución» (243).

De una parte se incluyen como causas de vencimiento o exigibilidad anticipada la insolvencia, aunque no haya sido judicialmente declarada, y el no otorgamiento de las garantías prometidas. De otra, se establece la posibilidad de enervar la anticipada exigibilidad sustituyendo o reforzando las garantías disminuidas. También se mejora la redacción de la consecuencia jurídica, especificándose que el plazo tiene que haber sido establecido en beneficio del deudor.

Este precepto recoge gran parte de la evolución legal y doctrinal del siglo XX, pero, desde luego, no de una manera completa. Así, no hace referencia a la garantía de la obligación en caso de insolvencia como medio de enervar el vencimiento anticipado y no se refiere a la desaparición fortuita de las garantías.

(243) «(Perda deo benefício do prazo) 1. Estabelecido o prazo a favor do devedor, pode o credor, não obstante, exigir o cumprimento imediato da obrigação, se o devedor se tornar insolvente, ainda que a insolvência não tenha sido judicialmente declarada, ou se, por causa imputável ao devedor, diminuírem as garantias do crédito ou não forem prestadas as garantias prometidas.

2. O credor tem o direito de exigir do devedor, em lugar do cumprimento imediato da obrigação, a substituição ou reforço das garantias, se estas sofreram diminuição».

d) *Argentina.*—La regulación del vencimiento anticipado en el Código Civil argentino (1869) es de las más completas, y viene recogida en los siguientes preceptos:

Art. 572: «El deudor constituido en insolvencia y los que lo representen no pueden reclamar el plazo para el cumplimiento de la obligación».

Art. 753: «Puede el acreedor exigir el pago antes del plazo, cuando el deudor se hiciese insolvente, formando concurso de acreedores. Si la deuda fuese solidaria, no será exigible contra los codeudores solidarios que no hubiesen provocado el concurso».

Art. 754: «Puede también el acreedor exigir el pago antes del plazo, cuando los bienes hipotecados o dados en prenda, fuesen también obligados por hipoteca o prenda a otro acreedor, y por el crédito de éste se hiciese remate de ellos en ejecución de sentencias pasadas en cosa juzgada».

Art. 3.157: «El deudor propietario del inmueble hipotecado, conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad, pero no puede, con detrimento de los derechos del acreedor hipotecario, ejercer ningún acto de disposición material o jurídica, que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor de inmueble hipotecado».

Art. 3.158: «Todo acreedor hipotecario, aunque su crédito sea a término o subordinado a una condición, tiene derecho a asegurar su crédito, pidiendo las medidas correspondientes contra los actos sobre que dispone el artículo anterior».

Art. 3.159: «Cuando los deterioros hubiesen sido consumados, y el valor el inmueble hipotecado se encuentra disminuido a término de no dar plena y entera seguridad a los acreedores hipotecarios, éstos podrán, aunque sus créditos sen causados, y el depósito de lo que importen, o demandar un suplemento a la hipoteca».

Art. 3.160: «Igual derecho tienen los acreedores hipotecarios, cuando el propietario de un fundo o de un edificio enajena los muebles accesorios a él, y los entrega a un adquirente de buena fe».

Art. 3.161: «En los casos de los tres artículos anteriores, los acreedores hipotecarios podrán, aunque sus créditos no estén vencidos, demandar que el deudor sea privado del beneficio del término que el contrato le daba».

En consecuencia, las causas de vencimiento son las siguientes:

1) Insolvencia (art. 572). El Código Civil ya no habla de quiebra, sino de insolvencia (244). Teniendo en cuenta la fecha del Cód-

---

(244) El vencimiento anticipado por declaración de quiebra se encuentra recogido en el art. 1559 del Código de Comercio argentino: «La declaración de quiebra hace exi-

go puede deberse bien a la influencia de la doctrina francesa al respecto, bien a la influencia del Código Civil italiano de 1865. Tal vez la influencia de ambos haya sido la determinante de la inclusión de la insolvencia del deudor como causa de vencimiento anticipado. Como novedad del Código de VÉLEZ SARSFIELD se encuentra la alusión al representante del deudor insolvente.

2) Concurso de acreedores (art. 753). Estableciendo el Código Civil argentino un procedimiento de ejecución universal para los no comerciantes, la declaración de concurso da lugar al vencimiento anticipado de las obligaciones. Sin embargo, la doctrina argentina entiende que el art. 753 viene a precisar el contenido del art. 572, de manera que sólo la insolvencia judicialmente declarada (concurso) dará lugar al vencimiento anticipado de las obligaciones (245).

El art. 753, acogiendo la solución doctrinalmente mayoritaria, declara que el concurso de uno de los obligados solidarios no afecta a los demás.

3) Ejecución de bienes hipotecados o dados en prenda (art. 754). Se justifica este supuesto con base en una razón de hecho: que el bien que garantiza el crédito va a ser ejecutado y la simplificación de los procedimientos sufriría si el acreedor a término tuviera que esperar al vencimiento del mismo; y con base en que hay algo de culpa en el deudor que se deja rematar el bien afectado, y que así destruye la fe que en él depositara el segundo acreedor que le admitió ese bien como garantía especial (246).

4) Disminución del valor del inmueble hipotecado pro actos de disposición material o jurídica (arts. 3.157 y 3.158 en relación con el 3.161), al punto de no dar plena y entera seguridad al acreedor hipotecario (art. 3.159).

5) Enajenación por el propietario de un fundo o de un edificio hipotecado de los muebles accesorios y entrega de los mismos a un adquirente de buena fe (art. 3.160 en relación con el 3.161).

En consecuencia, el Código Civil argentino no establece un precepto relativo a todo tipo de garantías que dé lugar al vencimiento anticipado de la obligación, sino supuestos concretos que afectan a la

gibles todas las deudas del fallido, aunque no se hallen vencidas, sean comerciales o civiles, con descuento de los intereses correspondientes al tiempo que faltase para el vencimiento».

(245) Cfr. COLMO, A.: *De las obligaciones en general*, Buenos Aires, 1920, pág. 209; GASPERI, L. DE: *Tratado de las obligaciones*, tomo I, *Parte general*, Buenos Aires, 1945, págs. 436-437; CORDEIRO ALVAREZ, E.: *Tratado de Derecho Civil, tomo I, Parte general y obligaciones*, Buenos Aires, 1959; pág. 621; SALVAT, R. M.: *Tratado de Derecho Civil argentino (Obligaciones en general)* Buenos Aires, 1923, pág. 296.

(246) COLMO, A. : *De las obligaciones....*, cit., pág. 209.

hipoteca y a la prenda (art. 754) o sólo a la hipoteca (arts. 3.157 a 3.161).

**19. El Código Civil italiano de 1865.**—El art. 1176 del Código Civil italiano de 1865 establecía:

«El deudor no puede reclamar el beneficio del término, si ha devenido insolvente, o si por acto propio ha disminuido las garantías dadas al acreedor o no le ha dado las garantías prometidas» (247).

De manera inmediata se observa que este precepto viene a ser el producto del art. 1188 francés tal y como lo interpretó la doctrina francesa. En efecto, las modificaciones que el 1176 italiano presenta respecto al 1188 francés son todas y cada una de las que los jurisconsultos franceses introdujeron al comentar este último precepto:

- 1) Se refiere a la insolvencia, mientras que el vencimiento anticipado por la declaración de quiebra se establece en el art. 701 del Código de Comercio italiano (248).
- 2) Se incluye explícitamente como supuesto de vencimiento anticipado el no otorgamiento de las garantías prometidas.
- 3) Se suprime la referencia a que las garantías disminuidas tienen que haber sido dadas al acreedor «por contratos», expresión ésta que había sido también interpretada de manera amplia por la doctrina francesa, con la intención de abarcar los privilegios (249).

Por su parte, al igual que el Código francés tiene un precepto dedicado a la pérdida o deterioro de los bienes hipotecados, el art. 1980 del italiano de 1865 establecía:

(247) «Il debitore non può più reclamare il benefizio del termine, se è divenuto non solvente, o se per fatto proprio ha diminuito le cautele date al creditore ovvero non gli ha dato le cautele promesse».

(248) Al igual que el Código Civil francés, en el italiano de 1865 existe una serie de preceptos que equiparan quiebra e insolvencia. Es el caso del art. 1469 (que tiene como antecedente el 1613 francés) y del 1786 (que proviene del 1912 francés). A juicio de BONELLI, G.: «La decadenza dal termine...», cit. Págs. 281 y ss., la *no solvencia* a que se refiere el art. 1176 del Código Civil italiano no coincide con una objetiva *insolvabilidad*, sino que se trata de un estado del no comerciante similar a la quiebra. Considera que la insolvencia del 1176 es a los no comerciantes lo que la quiebra a los comerciantes, y que por ello no resulta aplicable a éstos el art. 1176.

(249) En favor de incluir los privilegios como garantías susceptibles de disminución a los efectos del art. 1188 del *Code* se manifestaron: DEMOLOMBE, C.: *Cours...*, tomo XXV-2.<sup>º</sup>, cit., n.<sup>º</sup> 675, pág. 636; LAROMBIERE, L.: *Théorie et pratique...*, tomo X,

«Siempre que los bienes sujetos a hipoteca pereciesen, o se deteriorasen de modo que deviniesen insuficientes para la seguridad del acreedor, éste tiene derecho a un suplemento de hipoteca y en su defecto al pago de su crédito» (250).

También la doctrina italiana interpretó que este precepto se refería a supuestos de disminución no imputables al deudor, y que no daba lugar al vencimiento anticipado más que si el deudor no ampliaba la hipoteca (251). La influencia del art. 1176 es evidente en el Código Civil español, pero también en otro Códigos, como el de Venezuela de 1923 (252).

Por último, el art. 1186 del Código Civil italiano de 1942 (bajo la rúbrica «Caducidad del término») establece:

cit., n. 675, pág. 489; JOSSERAND, L.: *Cours...*, tomo II, cit., n.º 734, pág. 401; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L.: *Trattato...*, vol. 2.º, cit., n.º 1016, pág. 194. En contra: LAURENT, F.: *Principes...*, tomo XVII, cit., n.º 202, págs. 215-216; HUC, T.: *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, tomo VII, París, 1894, n.º 288, pág. 386.

(250) «Qualora i beni sottoposti all'ipoteca perissero, o si deteriorassero in modo che fossero divenuti insufficienti alla sicurezza del creditore, questi ha diritto ad un supplemento d'ipoteca e in mancanza al pagamento del suo credito».

(251) Cf. GIORGI, G.: *Teoría de las obligaciones*, trad. esp. de la 7.ª ed. italiana, tomo IV, Madrid, 1911, núm. 414, pág. 426; LOMONACO, G.: *Il Diritto Civile italiano*, tomo X, *Delle obbligazioni*, 2.ª ed., vol. 1.º Nápoles, 1906, pág. 123; COVIELLO, L.: *Delle ipoteche*, Roma, 1936, pág. 248; GORLA, G.: *Le garanzie reali delle obbligazioni*, Milán, 1936, pág. 155; PINO, A.: «La "disminuzione della garanzia" ipotecaria (art. 2743 c. c.)», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1947, I, pág. 89. También se cita en apoyo de este argumento, al igual que en el Derecho francés, el art. 1906: «Quando il fideiussore accettato dal creditore volontariamente o giudizialmente sia divenuto in appresso non solvente, se ne deve dare un altro.— Questa regola soggiace ad eccezione nel solo caso in cui il fideiussore non sia stato dato che in forza di una convenzione, colla quale il creditore ha voluto per fideiussore quella determinata persona».

(252) El art. 1215 (anteriormente el 1242) de este Código dispone: «Si el deudor se ha hecho insolvente, o por actos propios hubiere disminuido las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación o no hubiere dado las garantías prometidas, no puede reclamar el beneficio del término o plazo».

El Código Civil de Venezuela también tiene un precepto similar al 2131 francés y 1980 italiano, el art. 1894 (anteriormente el 1966): «Cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan, o padeczan un deterioro que los haga insuficientes para garantir el crédito, el acreedor tendrá derecho a un suplemento de hipoteca, y, en su defecto, al pago de su acreencia (*sic*), aunque el plazo no esté vencido». Sobre estos preceptos véase CRISTÓBAL-MONTES, A.: *La disminución de la garantía hipotecaria*, Caracas, 1972. Este autor se muestra contrario a entender que el art. 1215 sólo resulta aplicable a la disminución por acto propio del deudor y el 1894 cuando la disminución se produce por caso fortuito (págs. 20 y ss.), pues «si la pérdida del beneficio del término se orienta a proteger los intereses del acreedor, a reforzar la efectividad del crédito, ¿tiene sentido negar tal consecuencia cuando la disminución de las garantías es resultado de un hecho natural o de un tercero extraño? No parece muy razonable» (págs. 23-24).

«Aunque el término esté establecido a favor del deudor, el acreedor puede exigir inmediatamente la prestación si el deudor ha devenido insolvente, o ha disminuido, por hecho propio, las garantías que había dado, o no ha dado las garantías que había prometido» (253).

Este precepto es en esencia el 1176 del Código de 1865, pero en lugar de expresarse en términos de «reclamación del beneficio del término» se expresa en términos de exigibilidad de la prestación.

Por su parte, el art. 2743 del Código Civil italiano de 1942 introduce una serie de novedades en relación al 1980 del Código de 1865. Aquél establece:

«Disminución de la garantía.—Siempre que la cosa dada en prenda o sujeta a hipoteca perezca o se deteriore, aunque sea por caso fortuito, de suerte que sea insuficiente para la seguridad del acreedor, éste puede pedir que le sea prestada idónea garantía sobre otros bienes y, en su defecto, puede reclamar el inmediato pago de su crédito» (254).

En primer lugar, se refiere no sólo a los bienes hipotecados, sino también a los bienes dados en prenda. En segundo lugar, se refiere a la pérdida o deterioro «aunque sea por caso fortuito». Este inciso da un nuevo sentido al precepto, pues si del 1980 se decía que sólo era aplicable a las disminuciones no imputables al deudor, el 2743 parece también aplicable a las diminuciones imputables al deudor. La distinción entre el art. 1186 y el 2743 cambia entonces de plano, afirmándose que este último precepto será aplicable a las garantías no constituidas voluntariamente por el deudor, aunque la disminución le sea imputable —supuesto en que no es aplicable el 1186—, y a cualquier disminución no derivada de «hecho propio» del deudor, aunque la hipoteca haya sido por él concedida. La menor gravedad de los presupuestos explica el menor rigor de la consecuencia, pudiendo ser evitado el vencimiento anticipado de la obligación con la prestación de una nueva garantía (255). En consecuencia, el 2743 se asienta en el

(253) «Quantunque il termine sia stabilito a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse».

(254) «Diminuzione della garanzia.— Qualora la cosa data in pegno o sottoposta a ipoteca perisca o si deteriori, anche per caso fortuito, in modo da essere insufficiente alla sicurezza del creditore, questi può chiedere che gli sia prestata idonea garanzia su altri beni e, in mancanza, può chiedere l'immediato pagamento del suo credito».

(255) Cfr. RUBINO, D.: *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, vol. XIX del *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* dirigido por A. CICU y F. MESSINEO, Milán, 1956, n.º 163, pág. 360.

criterio según el cual la petición de suplemento de garantía es condición para el ejercicio de la demanda de pago anticipado; esto es, en derogación del art. 1186 (256).

## 20. Proyectos y anteproyectos españoles:

a) *El Proyecto de Código Civil de 1836.*—El Proyecto de Código Civil de 1836 sigue claramente al francés al regular el vencimiento anticipado de las obligaciones. En efecto, el art. 892 del Proyecto dispone:

«El deudor que hubiere quebrado o disminuido por hechos propios las seguridades dadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, no puede reclamar el beneficio del término» (257).

Sólo se recogen, como en el 1188 francés la quiebra del deudor y la disminución de las garantías por hechos propios del mismo. En igual sentido, se habla de reclamación del beneficio del término. La única diferencia apreciable se corresponde con la exclusión de la expresión «por contrato» en relación a las seguridades dadas.

Sin embargo, la conexión entre el art. 892 y los arts. 1731 y 1732 del proyecto incluyen otra modificación respecto de los créditos garantizados con hipoteca.

Conforme al art. 1731,

«El hipotecante está obligado a cuidar y usar de la cosa hipotecada con el esmero propio de un padre diligente de familia».

Y según el art. 1732:

«Si por falta de esta diligencia padeciese la finca hipotecada tal deterioro que no cubra la obligación principal, estará obligado a constituir otra hipoteca suficiente».

En consecuencia, el deterioro negligente de la finca hipotecada no da lugar al vencimiento anticipado del crédito garantizado, sino a la obligación de constituir otra hipoteca suficiente. Ello lleva a considerar que con la expresión «hechos propios» del art. 892 se contempla

(256) Cfr. PINO, A.: «La “disminuzione...»», cit., págs. 91 y 96; MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de S. SENTÍS MELENDO, tomo IV, *Derecho de las Obligaciones. Parte General*, Buenos Aires, 1955, § 103, n.º 5, pág. 81.

(257) Cfr. LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación española*, tomo IV, *Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, vol. 2.º, Madrid, 1979, pág. 203.

la actuación dolosa del deudor, al menos respecto de los créditos garantizados con hipoteca.

b) *El Proyecto de Código Civil de 1851*.—En la misma órbita de influencia francesa se mueve el Proyecto de Código Civil de 1851, como claramente se parecía de la lectura del art. 1048:

«El deudor constituido en quiebra o que hubiere disminuido, por medio de actos propios, las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, no puede reclamar el beneficio del término» (258).

El precepto habla sólo de la quiebra, sin mención alguna de la insolvencia, lo que demuestra que no se tuvo en cuenta la doctrina francesa y su interpretación del art. 1188 francés. Así, GARCÍA GOYENA, al comentar el término «quiebra» en el Proyecto, señala que «la de mala fe es punible, y aun en el caso de buena fe es de necesidad que el deudor no se aproveche del plazo, porque cede, o le son embargados todos los bienes, y nada le queda para pagar al vencimiento del plazo». Por

(258) En el Proyecto isabelino el término se presumía establecido en beneficio del deudor (art. 1047: «Siempre que en los contratos se designa un término, se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que el contrato mismo o de otras circunstancias resultare haberse puesto también en beneficio del acreedor»), siguiendo lo dispuesto en el art. 1187 del *Code*. Por otra parte, como antecedentes del art. 1048 del proyecto cita GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios...*, cit, pág. 564, los siguientes preceptos: 1188 francés, 2049 de la Luisiana, 1141 napolitano, 844 de Vaud, 1279 sardo y 1307 holandés. También cita GARCÍA GOYENA el art. 1757 del proyecto de 1851 al hablar de la quiebra. Este precepto, antecedente del art. 1843 del Código Civil, establecía: «el fiador puede, aun antes de haber pagado, reclamar del deudor que le indemnice ó releve de la fianza».

- 1.º Cuando el mismo fiador ha sido demandado judicialmente para el pago.
- 2.º Cuando el deudor se declara en quiebra, ó hay temores fundados de que se declare, ó comienza á disipar su fortuna.
- 3.º Si hay temor de que se fugue ó quiere dejar el Reino.
- 4.º Cuando se obligó a relevarte de la fianza en un tiempo determinado y este ha pasado.
- 5.º Cuando la deuda ha llegado á ser exigible por el vencimiento del plazo; en este caso podrá también requerir al acreedor para que proceda contra el deudor, ó contra el mismo fiador, admitiéndole el beneficio de escusión.
- 6.º Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tenía un término fijo para su vencimiento, con tal que la obligación principal no fuese de tal naturaleza que no pudiera extinguirse antes de un tiempo determinado, como acontece en la tutela.

El fiador por título oneroso no puede aprovecharse de la disposición de este número 6.º.

GARCÍA GOYENA, sin embargo, no aclara si el vencimiento anticipado de la obligación principal afecta o no al fiador.

tanto, la justificación tenía su apoyo en el procedimiento de ejecución universal que es la quiebra, más que en la pérdida de confianza del acreedor en el deudor o en otras razones de tipo subjetivo. Así lo pone de manifiesto al hablar tanto de la quiebra de mala fe como de la buena fe. El vencimiento anticipado no tenía en este supuesto carácter de sanción para GARCÍA GOYENA, sino que era consecuencia del procedimiento liquidatorio. Sin embargo, poco después valora conjuntamente los dos supuestos de vencimiento anticipado del art. 1048 diciendo que en ambos casos «no fue concedido el plazo sino en consideración a las seguridades que tenía el acreedor. Cuando su confianza se disminuye por la disminución de las causas en que se fundaba, la ley debe dejarle obrar, como habría obrado no teniendo las mismas seguridades al tiempo del contrato» (259). Recogía aquí GARCÍA GOYENA la teoría de POTHIER relativa al vencimiento anticipado, le tesis de la defraudada confianza del acreedor en el deudor, adornada con la presunción de que si el acreedor no hubiera tenido las seguridades con que nació la obligación no hubiera concedido el aplazamiento.

Este precepto venía a concordar con el entonces vigente art. 1043 del Código de Comercio de 1829, a cuyo tenor «en virtud de la declaración de quiebra se tienen por vencidas todas las deudas pendientes del quebrado bajo descuento del crédito mercantil por la anticipación del pago, si éste llegase a verificarse antes del tiempo prefijado en la obligación». En consecuencia, venía a ser una reiteración, a nuestro juicio innecesaria, de lo que ya decía el Código de Comercio con mejor técnica y detalle.

Por otra parte, la quiebra era sólo para comerciantes (260), y se distinguían, a efectos legales, cinco clases de quiebras: suspensión de pagos, insolvencia fortuita, insolvencia culpable, insolvencia fraudulenta y alzamiento (261).

En cuanto a la disminución de las seguridades, justificaba GARCÍA GOYENA el vencimiento anticipado afirmando que «en este caso el deudor de hace indigno del beneficio, porque falta a la buena fe, alma de los contratos». El vencimiento anticipado por disminución de las garantías aparece configurado, pues, como sanción al deudor por su mala fe. Y en cuanto a los «actos propios», dice el mismo autor que «estos solos son imputables al deudor: de consiguiente conservará el

(259) *Concordancias, motivos y comentarios...*, cit., pág. 564. Por otra parte, GARCÍA GOYENA negaba, siguiendo a POTHIER, que la quiebra de uno de los deudores mancomunados determinara para los demás la pérdida del beneficio del plazo, o la obligación de dar fiador en lugar del fallido, porque *nemo ex alterius facto praegravari debet*.

(260) Cfr. art. 1001 del Código de Comercio de SÁINZ DE ANDINO.

(261) Cfr. art. 1002 y arts. 1003 a 1015 del mismo Código, en qué se conceptuaba cada tipo y se establecían las distintas consecuencias de cada una de ellas.

beneficio del plazo si la disminución de las seguridades procede de fuerza mayor», y cita el art. 1796 del Proyecto (262).

En efecto, reproduciendo la estructura del Código Civil francés en este punto, el Proyecto de 1851 dedica un precepto, el 1796, a la pérdida o deterioro del bien hipotecado. Conforme al mismo:

«Cuando los bienes hipotecados se pierdan o deteriore por culpa del deudor, podrá el acreedor reclamar el pago, aunque no hubiere vencido el plazo estipulado, a no ser que el propio deudor prefiera que se amplíe la hipoteca.

Si la pérdida o deterioro no fuese imputable al deudor, podrá éste renovar o ampliar suficientemente la hipoteca, y sólo en el caso de no hacerlo tendrá el acreedor derecho a exigir el pago antes del vencimiento del plazo.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo determinado en el art. 1562» (263).

En consecuencia, si la pérdida o deterioro resultan imputables al deudor, el acreedor puede dar por vencida la obligación, pero el deudor puede enervar el vencimiento anticipado ampliando la hipoteca. Sin embargo, si la pérdida o deterioro no son imputables al deudor, el vencimiento anticipado no se da más que en el caso de que no amplíe la hipoteca. ¿Cuál es la diferencia? La diferencia estriba en que la pérdida o deterioro del bien hipotecado imputables al deudor facultan por sí solos al acreedor para dar por vencida la obligación. Si el acreedor ejercita tal facultad, el crédito ha vencido, y el deudor sólo puede enervar el vencimiento ya producido. Si la pérdida o deterioro no son imputables al deudor, el vencimiento no se produce por el hecho de la pérdida o deterioro, sino por el incumplimiento de la obligación de ampliar la hipoteca. En realidad la diferencia es más teórica que práctica, pues ampliando la hipoteca se evita el vencimiento anticipado en ambos casos. En última instancia el art. 1796 viene a ser una excepción a la regulación general prevista en el 1048, pues para las demás garantías, en este último precepto, no se prevé la ampliación como medio para enervar el vencimiento anticipado.

En resumen, la regulación del Proyecto isabelino del vencimiento anticipado de las obligaciones procede directamente del Código Civil francés, con muy escasas modificaciones. Las únicas relevantes son:

---

(262) *Concordancias, motivos y comentarios*, cit. pág. 564.

(263) El art. 176 del Proyecto se correspondía con el art. 30 del Anteproyecto de los títulos de las hipotecas y del Registro, redactado por CLAUDIO ANTON DE LUZURIAGA en 1848 (cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y OTROS: *Leyes de 1861 y 1869*, Madrid, 1974, pág. 83). Por su parte, el art. 1562 establecía: «Si la finca gravada con un censo se pierde del todo, cesará el rédito o pensión; pero si se pierde sólo en parte, no se eximirá al deudor de abonar la renta, a no ser que prefiera abandonara la finca al acreedor.—Interviniendo culpa del deudor, quedará sujeto en ambos casos al resarcimiento de daños y perjuicios».

(a) La omisión de la expresión «por contrato» referida a las seguridades otorgadas.

(b) La distinción, a efectos de hipoteca, entre la perdida o deterioro imputable y la no imputable al deudor, no recogida en el art. 2131 del Código Civil francés (264).

c) *El Anteproyecto del Código Civil (1882-1888)*.—El supuesto genérico de vencimiento anticipado venía recogido en el art. 1146 del Anteproyecto de 1882-1888:

«Pierde el deudor todo derecho a utilizar el plazo:

1.º Cuando después de contraída la obligación caiga en insolencia, salvo que garantice la deuda.

2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido.

3.º Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieren, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.»

Las diferencias respecto a la definitiva redacción del precepto en el Código Civil (art. 1129) son mínimas:

(a) En el primer párrafo, «Pierde», en el anteproyecto, por «Perderá», en el Código Civil.

(b) En el número 1º, mientras el Anteproyecto dice «caiga en insolencia», el código Civil dice «resulte insolvente».

(c) En el número 2.º el Anteproyecto dice «estuviere» y el Código «estuviese».

(d) En el número 3.º el Anteproyecto dice «desaparecieren» y el Código «desaparecieran».

En resumen, las modificaciones son puramente de estilo, no de contenido.

El Anteproyecto, y, en consecuencia, el Código, vienen a recoger toda la evolución seguida por las legislaciones codificadas durante el siglo XIX. Así,

(264) Vid. *supra*. Según afirmaba CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, en GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios...*, cit., pág. 938, «el 1796 parece más razonable que el 2131 francés; en este último se concede al acreedor la facultad de exigir el reembolso o un suplemento de hipoteca cuando los bienes anteriormente hipotecados se deterioran, sin hacer diferencia de los casos en que el deterioro provenga de culpa del deudor ó de un accidente; nuestro artículo ha tomado en cuenta esta importante diferencia para acomodar a ella las obligaciones del deudor según su responsabilidad; principio que fue también considerado en los arts. 18 y 45 del Código de Baviera y otros».

1) Comienza refiriéndose el precepto a la «pérdida del derecho a utilizar el plazo». Sigue el Anteproyecto, aunque no literalmente, la formulación del 1188 francés y del 1176 italiano, desconociendo la formulación en términos de exigibilidad de los Códigos de Chile, el Salvador, Portugal y Uruguay.

2) En lugar de hablar de quiebra se habla de insolvencia como causa de vencimiento anticipado. Se reproduce de esta forma lo dispuesto en el art. 1176 del Código Civil italiano de 1865. Hay que tener en cuenta que los efectos propios de la quiebra al respecto se encontraban recogidos en el art. 1043 del Código de Comercio de 1829 y, luego, en el art. 883 del Código de Comercio de 1885. El Código Civil opta por no regular lo que es propio de la legislación mercantil. Por otra parte, tampoco hace referencia al vencimiento anticipado por declaración de concurso. Se establece una separación entre ambos tipos de vencimiento que no es sólo por la causa, sino también por las consecuencias.

3) Se establece el vencimiento anticipado por el no otorgamiento de las garantía prometidas. Con ello se recoge la doctrina francesa anteriormente vista y lo dispuesto en el Código Civil italiano.

4) Se establece el vencimiento anticipado por disminución de las garantía otorgadas. Y siguiendo una línea evolutiva que comienza con el planteamiento doctrinal de la cuestión en Francia, continúa con el Código Civil de Chile y llega hasta el italiano, se elimina la expresión «por contrato» referida a las garantías otorgadas. De esta manera se amplía el supuesto de hecho determinante del vencimiento anticipado, al ampliarse las garantías susceptibles de disminución.

Sin embargo, el Anteproyecto no está exento de novedades:

1) Se establece la posibilidad de garantizar la obligación en el supuesto de insolvencia del deudor como medio para evitar el vencimiento anticipado.

2) Se establece la desaparición de las garantías por caso fortuito como causa de vencimiento anticipado. Esta posibilidad no había sido contemplada más que de una manera parcial y con distinto alcance en las legislaciones decimonónicas.

En primer lugar, ninguno de los preceptos que con carácter general establecen el vencimiento anticipado de las obligaciones recoge el supuesto de desaparición fortuita de las garantías. Donde se recogía era en sede de hipoteca, y no de manera concreta, sino embebido en el supuesto de pérdida o deterioro del bien hipotecado no imputable el deudor.

Y, en segundo lugar, la consecuencia de esa pérdida o deterioro era, según hemos visto, la obligación para el deudor de ampliar la

hipoteca. Sólo el incumplimiento de esta obligación daba lugar al vencimiento anticipado.

El Anteproyecto no establece una norma específica relativa a la hipoteca, sino una norma genérica relativa a todo tipo de garantías, y contempla el supuesto de desaparición fortuita como causa directa de vencimiento anticipado. Hay que tener en cuenta que el deterioro de la finca hipotecada y las facultades que en ese caso correspondían al acreedor se encontraban recogidas en el art. 97 del Reglamento Hipotecario de 21 de junio de 1861, que se corresponde, en gran medida, con el que hoy es el art. 117 de la Ley Hipotecaria. El art. 97 de aquel Reglamento disponía:

«Cuando la finca hipotecada se deteriorare disminuyendo de valor por dolo, culpa o voluntad del dueño podrá el acreedor hipotecario solicitar del juez ordinario del lugar en que esté la misma finca, que le admita justificación sobre estos hechos, y si de la que diere resultare su exactitud y fundado temor de que se insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer ó no hacer lo que proceda, para evitar ó remediar el daño.

Si después insistiere el propietario en abusar de su derecho dictará el juez nueva providencia, poniendo el inmueble en administración judicial» (265).

En consecuencia, al acreedor hipotecario, por la disminución del bien hipotecado imputable al deudor, correspondían dos posibilidades. O bien dar por vencida la obligación, o bien solicitar al Juez que dictara providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda, para evitar o remediar el daño, y en última instancia la administración judicial del bien. Si el deterioro era imputable al propietario no deudor del inmueble hipotecado, sólo podía ejercitarse la acción regulada en el art. 97 del Reglamento Hipotecario.

En resumen, el supuesto de desaparición fortuita de las garantías otorgadas —que en el Reglamento Hipotecario en aquel momento vigente no se encontraba recogido y que los Códigos extranjeros no conceptuaban propiamente como un caso de vencimiento anticipado más que indirectamente y en relación a la hipoteca—, aparece como una innovación del Código Civil español, contemplada ya en el Anteproyecto de 1882-1888.

3) Se establece la posibilidad de sustituir las garantías alteradas como medio de enervar el vencimiento anticipado; y se precisa que la sustitución ha de ser inmediata y ha de consistir en el otorgamiento de otras garantías igualmente seguras. La forma en que se redacta el número 3.<sup>º</sup> parece dar a entender que también en el supuesto de dismi-

---

(265) Reproducido en el mismo artículo del Reglamento Hipotecario de 29 de octubre de 1879.

nución imputable al deudor cabe la sustitución de las garantías afectadas, en contra de la doctrina francesa e italiana al respecto (266).

En resumen, el precepto del Código Civil relativo al vencimiento anticipado de las obligaciones es fruto de la evolución legal y doctrinal decimonónica, con especial influencia del Código Civil italiano de 1865 y con innovaciones propias.

**21. Influencia del Código Civil español en otras legislaciones.**—En tema de vencimiento anticipado la influencia del Código Civil español ha sido patente en las legislaciones de Panamá, México y Perú.

El art. 1015 del Código Civil de Panamá (267) —promulgado en 1917— y el art. 1959 del Código Civil mexicano de 1928 son casi absolutamente idénticos al 1129 de nuestro Código Civil (268).

Por su parte, el Código Civil de Perú (1936), en su art. 1114, establece:

«Perderá el deudor el derecho a utilizar el plazo:

- 1.º Cuando después de contraída la obligación resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.
- 2.º Cuando no otorgue al deudor las garantías a que se hubiese comprometido.
- 3.º Cuando por acto propio hubiese disminuido las garantías, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras, a satisfacción del acreedor.

Como puede observarse, la única diferencia estriba en que mientras el art. 1129 español habla de «otras garantías igualmente seguras», el 1114 peruano se refiere a garantías sustituidas «a satisfacción del acreedor».

---

(266) Cuestión ésta muy dudosa y en la que nos inclinamos por considerar que en el supuesto de disminución imputable al deudor no cabe enervar el vencimiento anticipado sustituyendo las garantías.

(267) Por su parte, los arts. 1237 y 1656 del Código Civil de Panamá se corresponden, respectivamente, con los arts. 1467 y 1915 del Código Civil español.

(268) Las únicas diferencias entre el Código Civil mexicano y el español son las siguientes: a) Aquél dice «resultare», en lugar de «resulte», en el número 1.º; b) El mexicano dice «estuvriere», mientras el español dice «estuviese», en el número 2.º; c) El mexicano dice «desaparecieren» donde el español dice «desaparecieran», en el número 3.º. De todo ello se concluye que en cuanto a los números 2.º y 3.º los redactores del Código Civil mexicano emplearon el texto del Anteproyecto de 1882-1988, y en cuanto al número 1.º siguieron el texto del Código Civil, pero modificando el tiempo del verbo. En relación al art. 1959 del Código mexicano de 1928 pude verse: BORJA SORIANO, M.: *Teoría general de las obligaciones*, tomo II, 7.ª ed., México, 1974, págs. 40 a 42; ROJINA VILLEGAS, R.: *Derecho Civil mexicano*, tomo V, *Obligaciones*, vol. 2.º, 3.ª ed., México, 1976, págs. 682-683.



# El subsuelo urbano en relación con el planeamiento urbanístico y con los artículos 348 y 350 del Código Civil

LUIS MIGUEL LOPEZ FERNANDEZ

Ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma

**SUMARIO:** Introducción.—I. El artículo 350 del Código civil y el subsuelo.

1. Facultades de utilización del subsuelo.
2. El tráfico jurídico-privado del subsuelo.—II. El subsuelo y el Ordenamiento Urbanístico.—III. El volumen de edificabilidad en relación con el subsuelo.
1. Interés de esta magnitud.
2. Indefinición legal.—IV. Los reglamentos de aplicación del TRLS en relación con el artículo 74 del TRLS.—V. La legislación urbanística y los artículos 348 y 350 del Código Civil a la luz del artículo 33 de la CE.
1. El artículo 33.3 de la Constitución.—VI. Diferenciación entre construcciones subterráneas atendiendo a una interpretación adecuada del volumen edificable.—Epílogo.

## INTRODUCCION

En los momentos actuales resulta evidente el enorme valor económico alcanzado por el suelo de las ciudades, en especial en las urbes con mayor densidad poblacional, donde se precisa la construcción de viviendas y locales para el establecimiento de personas y empresas con toda la compleja red de infraestructuras que ello conlleva (Centros comerciales, viales, centros públicos, espacios libres, aparcamientos, etc.). Todas estas instalaciones precisan, como es lógico, de una superficie sobre la cual asentarse. A medida que el proceso de crecimiento de la ciudad mediante su ensanche va mostrando sus inconvenientes, los cuales no es preciso relatar de forma minuciosa, bastando citar entre otros muchos el de la absorción de terrenos tradicionalmente dedicados a la agricultura o simplemente de campo necesario para el mantenimiento de un mínimo equilibrio ecológico y las cada vez mayores distancias a recorrer diariamente entre residencia y centro de trabajo, y de forma paralela al desarrollo de nuevas técnicas constructivas, observamos como viene planteándose la opción de proceder a un aprovechamiento más intenso del suelo disponible, y entonces, descartada por nuestra cultura ur-

banística la idea de erigir gigantescos “rascacielos”, siguiendo la moda impuesta por otras urbes, parece seductora la posibilidad de “hundir” esos enormes edificios, volviendo la vista con interés hacia las posibilidades edificadorias que el subsuelo puede ofrecer. Es de este modo cada vez más frecuente encontrarnos ante centros comerciales que, sea por mera originalidad o por existir auténticas razones de orden práctico que así lo hacen aconsejable, se encuentran parcialmente “enterradas”, presentando no obstante un cuidadísimo aspecto en sus plantas inferiores, con grandes “calles” entre sus locales e incluyendo asimismo numerosa vegetación de interiores hasta el punto de estremecer nuestras convicciones acerca de la virtualidad del subsuelo en orden a albergar instalaciones o espacios habitables; pero no sólo cabe hablar de esta tipología edificatoria, hoy por hoy todavía muy esporádica, sino que existen determinadas construcciones, cuyo paradigmático ejemplo son los garajes, especialmente indicadas para su ubicación en el subsuelo, contribuyendo ello además a descongestionar hasta cierto punto nuestras calles, y habiendo alcanzado tales usos una elevada cotización en el mercado y un cierto grado de independencia, incluso en el tráfico jurídico-privado, respecto de la edificación construida sobre el suelo.

Todas estas consideraciones parecen justificar el avance en el estudio de una materia tradicionalmente ignorada ante la aceptación general de que las denominadas en el tecnificado lenguaje de las ordenanzas municipales “superficies habitables”, es decir, las edificaciones destinadas a albergar presencia humana de forma continuada, han de reunir una serie de requisitos de higiene y salubridad que en nuestro actual estado tecnológico parecen implicar la imposibilidad de su localización en el subsuelo. Como quiera que las instalaciones subterráneas en consecuencia y caso de existir, venían siendo destinadas, salvo experiencias trogloditas excepcionales, a albergar depósitos, almacenes o construcciones en definitiva accesorias de la edificación principal, siguiendo su utilización y disposición la suerte de aquella, es lógica la falta absoluta de previsiones específicas que vengan a delinear un régimen jurídico diferenciado del subsuelo.

Precisamente ante esta evolución en utilizaciones del subsuelo cada vez más independientes y lucrativas respecto de la edificación elevada sobre el suelo, la doctrina ha comenzado a plantearse el problema, a veces con un optimismo que no podemos en modo alguno compartir, llegando a afirmar un grado de libertad en la utilización edificatoria de este subsuelo cuya fundamentación básica, residenciada en torno a la aplicación de los artículos 348 y 350 del código civil ante la carencia de normas específicamente aplicables al subsuelo, puede adolecer de dos fundamentales puntos débiles, consistentes el primero de ellos, en la hasta cierto punto apriorística, o cuando menos poco explicada, aceptación de la vigencia de tales preceptos en relación con la denominable propiedad urbanística y, el segundo, en partir de la inaplicabilidad, al menos de modo directo, de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación

Urbana (Texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/76, de 9 de abril, en adelante TRLS) al subsuelo, derivada esta inaplicabilidad básicamente de una interpretación literal de sus preceptos que suelen contemplar en muy aislados casos específicamente el problema del subsuelo, refiriéndose con carácter general al suelo, sin precisión adicional alguna (1). Vamos a intentar aportar un diferente punto de vista en relación con este confuso problema, tratando sin embargo de encontrar pautas interpretativas que vengan a clarificar en lo posible la posición del propietario, evitando así que el acto administrativo consistente en otorgar o denegar la preceptiva licencia de obras (2) se convierta en constitutivo y discrecional, en relación con las edificaciones subterráneas, dando entrada a la interpretación, a través del propio acto administrativo de ejecución en que la licencia consiste, de un interés público, que, en tanto parece insertarse como un componente más de la denominada función social delimitadora del dominio, según el artículo 33-3 de nuestro texto constitucional, habría de venir ya definido a nivel normativo.

Lógicamente nuestro análisis se limitará a las utilizaciones del subsuelo con finalidad edificatoria, dejando a salvo cuantas situaciones jurídicas puedan derivarse de la aplicación de la legislación especial de Aguas y Minas.

## I. EL ARTICULO 350 DEL CODIGO CIVIL Y EL SUBSUELO

### 1. Facultades de utilización del subsuelo

Dado que el objeto de nuestro análisis viene constituido por la utilización edificatoria del subsuelo urbano, el estudio del artículo 350 del Código civil, en tanto viene a contemplar el régimen jurídico del derecho de propiedad cuando el objeto de ese dominio viene constituido por un terreno, ha de erigirse en el necesario punto de partida. Dice así el meritado precepto, como es por otra parte bien sabido:

---

(1) Ya NÚÑEZ RUIZ en su *Dictamen sobre el Derecho de Superficie, la división horizontal del dominio y otros extremos*, Revista de Derecho Urbanístico, VI, n.º 29 (1972) venía a afirmar que la Ley del Suelo entonces vigente no se ocupaba del subsuelo. TORRES LANA, por su parte, en *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona 1975, pág. 211, citando el trabajo anteriormente expuesto, viene a admitir, si bien con no demasiada seguridad que las facultades dominicales del propietario en relación con el subsuelo no se ven recortadas por la legislación de urbanismo, apuntando como los Planos Urbanísticos suelen contener alusiones al subsuelo.

Más recientemente NIETO PEÑA en *El subsuelo urbanístico*, Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 66, abril/junio, 1990, pp. 187 y ss. se une a esta opinión.

(2) Así al menos lo impone el artículo 178 del TRLS para "los actos de edificación y uso del suelo", aunque siguiendo la línea restrictiva en la interpretación del vocablo *suelo* y la orientación de cuantos afirman la inaplicabilidad del citado TRLS al subsuelo ¿por qué afirmar tan rotundamente la necesidad de licencia de obras en relación con los "actos de edificación y uso del subsuelo"?

“El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y en los reglamentos de policía”.

Por conocida vamos a ahorrar al lector la exposición detallada de todas las vicisitudes por las que ha atravesado la tradicional cuestión de la extensión en sentido vertical del dominio (3), pero sí cabría aludir aquí, si bien sintéticamente, a los numerosos problemas planteados siempre en relación a los límites del subsuelo, entendiendo como parte integrante del objeto propio del derecho de propiedad fundiaria. Esos problemas no solamente han de ponerse en relación con el límite inferior, a partir del cual el subsuelo tampoco se ha definido unánimemente si pasa a formar parte del dominio público o se convierte en una *res nullius* susceptible de ocupación (problema hasta cierta medida carente de interés todavía, porque hoy a tal profundidad la utilización del subsuelo básicamente se circunscribe a la explotación de sus recursos, siendo por ello objeto de regulación legal específica), sino que es incluso dudoso que al referirnos a la sección accesible para la mayor parte de las actividades edificatorias subterráneas a las cuales se aludirá en este trabajo estemos hablando de subsuelo, pareciendo posible mantener la existencia de una cierta profundidad en sección vertical de la corteza terrestre que más bien debería considerarse a todos los efectos suelo, en lugar de limitar esta noción a un plano bidimensional sin espesor alguno. Así, desde el Derecho romano, poco dado a la categorización, se estimaba ya el terreno existente bajo la superficie *en cuanto es necesario* para el desenvolvimiento de la agricultura (destino natural del fundo en aquella economía), de la misma consideración jurídica que el suelo. Con posterioridad se atribuye a los postglosadores la afirmación de la extensión ilimitada del dominio en sentido vertical (4), luego restringida en su alcance mediante el recurso a criterios diversos entre los cuales podrían citarse los de la atención a las exigencias del *uso ordenado y regular* de la finca (Werenberg), a lo impuesto por la efectiva satisfacción del *interés práctico del propietario* (Ihering) o a lo que las *fuerzas o facultades humanas y la naturaleza de los objetos reclame* (Hesse), quedando siempre difusa la delimitación suelo-subsuelo, al abordarse el tema desde la perspectiva más general de la extensión del objeto de la propiedad fundiaria en sentido vertical. Aún existen otras diferencias doctrinales en torno al alcance jurídico de tal extensión, entendiendo unos autores que hasta la cota definida a través de la utilización de los criterios antes expuestos (entre los cuales ha alcanzado especial éxito el del interés del propietario razonablemente tutelado en atención a la posibilidad real de

(3) Para un más detallado análisis de este tema, consultar el clásico trabajo de JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n.º 1, 1925, pp. 11 y ss.

(4) JERÓNIMO GONZÁLEZ, op. cit. p. 15.

utilización), el uso del subsuelo está sujeto a idéntico régimen jurídico que el del suelo, pareciendo extinguirse más allá del derecho del dominus soli (5), mientras otros consideran que el límite obtenido no lo es de la extensión del dominio sino de la posibilidad de ejercitar acciones en defensa del mismo (6).

Resulta destacable que en todo caso ha de acudirse a un concepto normativo hasta cierto punto indeterminado y en buena medida cambiante, al remitirse su concreción a conceptos que también lo son, como por ejemplo ocurre con la utilización ordinaria de las fincas o las posibilidades de actuación del propietario. La utilización ordinaria de una finca rústica se ve absolutamente subvertida por su incorporación al proceso urbanizador y las posibilidades de actuación del propietario son variables dependientes de datos como la evolución tecnológica y los hábitos y gustos sociales. La modificación de esos criterios conllevará la indeseable mutación del límite establecido en atención a ellos con consecuencias poco adecuadas para la obtención de un adecuado nivel de seguridad jurídica. Puede alegarse que, con independencia de la utilización de estos criterios para resolver los problemas que estaban en el origen de su desarrollo (7), posibilitan una fácil adaptación del ordenamiento jurídico a la cambiante realidad, siendo su elasticidad más virtud que defecto, pero no se olvide que la finalidad de los mismos consiste en fijar la extensión material del objeto de la propiedad fundiaria, no las facultades que tal derecho integran, no siendo imposible poder encontrarnos en el futuro ante situaciones en las cuales algunos propietarios no puedan llevar a cabo determinados usos del subsuelo como consecuencia de la injerencia llevada a cabo tiempo atrás, a tal profundidad (¿cuál es la suficiente?) que en su día no fuera considerada relevante para poner en marcha los mecanismos jurídicos protectores del dominio; en ese momento, ampliadas las posibilidades de utilización de tal subsuelo por la evolución de la técnica y del mercado ¿cómo se resolvería el conflicto de intereses planteado?

Sin embargo, no habiendo llegado aún, salvo supuestos anecdoticos, el momento en el cual los indicados problemas pudieran plantearse, lo que sí parece ser posición pacífica e indubitable entre la doctrina, según era ya sabido y parece justificarse en estas líneas, es la afirmación de la existencia de una franja subterránea, aunque de imprecisos perfiles, cuya utilización es atribuida al propietario del suelo como facultad inherente a su dominio.

---

(5) Así, por ejemplo, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, ed. Tecnos, Madrid, 1978, p. 160.

(6) Por ejemplo LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, t. III, Librería Bosch, Barcelona, 1979, p. 220.

(7) Tendido de cables de conducción eléctrica sobre fundos privados, incipiente navegación aérea, túneles abiertos en la montaña bajo propiedad privada, etc.

## 2. El tráfico jurídico-privado del subsuelo

Una vez establecida la posibilidad de defender la atribución al propietario de un haz de facultades en relación con el subsuelo como manifestación del poder jurídico que el derecho de propiedad fundiaria supone, sabemos también que existen una serie de negocios jurídicos llamados a servir de cauce para la transmisión de esas facultades sin por ello violentar en exceso en la generalidad de los supuestos el carácter parcelario de nuestra propiedad inmueble (8), una de cuyas consecuencias destacadas viene constituida por la vigencia del principio “superficies sólo cedit”, consagrado legislativamente en el artículo 358 de nuestro Código civil. Así, tradicionalmente ha venido señalando nuestra doctrina la existencia de dos excepciones a la accesión inmobiliaria: el derecho real de superficie y la propiedad horizontal (9). Pues bien, aun siendo cierto que estos derechos reales han sido estudiados básicamente en relación con la edificación *sobre* suelo ajeno o la *sobreelevación* de una o más plantas en un edificio ya existente, ambos pueden perfectamente servir de cauce adecuado para el tráfico jurídico del derecho a construir instalaciones subterráneas, bien en suelo ajeno (caso del derecho de superficie), o bien en suelo que vendrá a ser elemento común en la situación de propiedad horizontal resultante de la efectiva realización de la actividad edificatoria (supuesto del derecho de realizar construcciones bajo el suelo “sin constituir derecho de superficie”, como indica el artículo 16-2.<sup>º</sup> del Reglamento Hipotecario) (10).

Algunos autores han hablado incluso de la existencia de un auténtico “principio de superficie”, inspirándose para ello en el conjunto de excepciones aludidas y resaltando así el carácter de mera presunción iuris tantum que el referido artículo 358 representa. Pero aún con ser importantes las excepciones comentadas, se muestran en algunos casos insuficientes para satisfacer el interés del tráfico jurídico. Sin necesidad de abordar en detalle el problema representado por la denominada en la doctrina francesa superposición de propiedades, haciendo con ello referencia a la posibilidad de coexistencia del dominio público y propiedad privada en diferentes planos verticales y cuya resolución pasa necesariamente por la previa definición del concepto mismo de dominio pú-

(8) Puesto críticamente de manifiesto por Savatier en *La propiedad del espacio*, Revista del Derecho Urbanístico, n.<sup>o</sup> 1, año 1967, pp. 17 y ss.

(9) En este sentido se manifiesta por ejemplo ROCA SASTRE en *Derecho hipotecario*, tomo III, ed. Bosch, Barcelona, 1968, p. 572.

(10) Aun cuando algunos autores opinan que la propiedad separada y por ende la comunidad horizontal, surge desde el momento en el cual el derecho se constituye, sin ser necesario el requisito de la realización efectiva de la construcción subterránea. En este sentido, por ejemplo, SOTO BISQUERT, *El derecho de vuelo*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1971, n.<sup>o</sup> 2, pp. 923 y ss.

blico (11), es notorio como en las Islas Canarias la búsqueda de una perpetuidad que parece negada al derecho de superficie (12) (aún cuando existan defensores de la posible existencia de un derecho de superficie perpetuo, lo cual más bien nos llevaría a las figuras censales), unida a la imposibilidad de acudir a la configuración prevista en el artículo 16-2.<sup>o</sup> del Reglamento Hipotecario, entre otras evidentes razones por la de no existir propiamente edificación alguna sobre el suelo, ni tan siquiera proyectada, que pudiera dar origen a la típica situación de propiedad horizontal (13) a que tal derecho real tiende, y al peculiar sistema de extracción de agua mediante la construcción de galerías subterráneas, dio lugar a auténticas “ventas del subsuelo” que, según Guimera Pedraza nos comenta, tuvieron acceso incluso al Registro de la Propiedad (14). Por último y sin ser nuestro propósito el incidir aquí en tema tan espinoso como el de la existencia o no de un *numerus clausus* en materia de derechos reales, cabría traer a colación la Resolución de la DGR y N de 28 de octubre de 1988, por cuanto, a pesar de su equívoca terminología, parece admitir la inscripción de un derecho real y perpetuo a construir en el subsuelo sin que de la narración de los hechos se deduzca en absoluto, sino más bien al contrario, la concurrencia de los requisitos exigidos por el tan reiterado artículo 16-2 del vigente Reglamento Hipotecario (15) (constituido este derecho en favor de un particular y en relación con subsuelo de unos terrenos cedidos a un ayuntamiento, habría sido interesante conocer el destino de tales terrenos por si estuviéramos

---

(11) Ver artículo de GAUDENET, *La superposition des propriétés privées et du domaine public*, en Recueil Dalloz Sirey, Chronique, n.<sup>o</sup> 44, 1978, pp. 293 y ss.

(12) Así, el art. 173-2 del TRLS para el derecho de superficie urbanístico y 16-1.<sup>o</sup> a) del Reglamento Hipotecario.

(13) La doctrina parece exigir para la viabilidad del derecho previsto en el artículo 16-2.<sup>o</sup> del Reglamento Hipotecario la existencia de una edificación al menos proyectada; así SOTO BISQUERT, op. cit.

(14) En su artículo *El derecho de subsuelo* (Aguas subterráneas), publicado en esta revista, tomo XIV, fascículo I, enero-marzo, 1961, pp. 121 y ss.

(15) Se trataba de la inscripción de la venta de una séptima parte indivisa de un derecho de uso *transmisible y perpetuo* sobre una zona de subsuelo de 408 m<sup>2</sup> para ser destinada a garaje o almacén de negocio, de una finca inscrita a favor del Ayuntamiento de Palafrugell como consecuencia de título otorgado por una sociedad que se reservó ese derecho sobre el subsuelo, el cual figuró en la inscripción de la finca y en las sucesivas inscripciones que tuvieron por objeto recoger las diversas transmisiones del meritado derecho en relación con el subsuelo. Denegada la inscripción de la venta en cuestión por no haberse declarado previamente la construcción realizada y la constitución de la misma en régimen de propiedad horizontal, la Dirección General entiende que “no hay razón legal que apoye esta exigencia y que limite, de tal modo, la facultad de disposición, consustancial, en principio, a todo derecho real” (*Fundamento de Derecho Primero*).

Se alegaba asimismo la indefinición de ese derecho de uso en la escritura de venta y, en su *Fundamento de Derecho Segundo*, la resolución comentada entiende que se trataba del propio derecho de uso en relación con el subsuelo ya inscrito a nombre del vendedor, afirmando textualmente que “tratándose, el inscrito, de un *derecho atípico*, no puede pretenderse que en la escritura reciba una exacta denominación que no tiene”.

ante un supuesto de superposición de dominio público y propiedad particular, pero la escueta narración de los hechos nos impide la investigación de estos datos), o la no menos interesante Resolución del mismo organismo de 5 de febrero de 1986, en la cual parece admitirse un derecho de vuelo con reserva de la propiedad del suelo para el concedente, incidiéndose en la perpetuidad de la propiedad originada por el derecho a sobrelevar frente a la temporalidad de la propiedad superficiaria.

Todo lo expuesto parece fundamentar mínimamente la consideración de que el ordenamiento jurídico-privado no solamente viene a afirmar la extensión en alguna medida al subsuelo del poder jurídico que el dominio supone, según vimos supra I-1, sino que dispone de cauces idóneos para posibilitar el tráfico de las utilidades de que ese subsuelo es susceptible mediante la constitución por el propietario del suelo de derechos reales, en ocasiones incluso de dudosa tipicidad, tendentes a lograr el mayor grado posible de separación e independencia entre propiedad del suelo y derecho real sobre el subsuelo.

## II. EL SUBSUELO Y EL ORDENAMIENTO URBANISTICO

En la introducción al presente trabajo vimos como existían autores proclives a afirmar la inaplicabilidad de la ley del suelo al subsuelo; así, en lo relativo a éste, la normativa aplicable habría de buscarse en los preceptos del Código civil. Sin embargo, admitían la posibilidad de que los planes urbanísticos abordaran la regulación detallada de ese subsuelo y entonces, habida cuenta de que el Plan no constituye sino necesario desarrollo de la legislación urbanística, nos encontraríamos en la necesidad de justificar la eficacia de los preceptos de aquel en relación con el subsuelo, no en tanto desarrollo de una ley que por hipótesis afirmamos inaplicable al subsuelo, sino del propio artículo 350 del Código civil, mediante la consideración de las normas urbanísticas contenidas en el Plan en cuestión como “Reglamentos de Policía” (16). Sin embargo, aun

---

(16) No habría tampoco mayores problemas para tal fundamentación de la eficacia de las normas urbanísticas de los Planes relativas al subsuelo. Ya SCAEVOLA se mostraba partidario de una interpretación amplia de la expresión “reglamentos de policía”, entendiendo que la misma había de comprender, además de las Ordenanzas Municipales relativas a obras, plantaciones y excavaciones, las disposiciones contenidas en la Real Orden de 17 de noviembre de 1925, vigente a la sazón y en virtud de la cual se aprobó el Reglamento y Nomenclator de los establecimientos incómodos, insalubres y peligrosos. Hoy SÁINZ MORENO, en *El subsuelo urbano*, Revista de Administración Pública, n.º 122, mayo-agosto, 1990, p. 180, estima comprendidas en dicho término las Ordenanzas Municipales sobre uso del vuelo, suelo y subsuelo, las Normas Urbanísticas vigentes en el municipio y las normas técnicas sobre obras subterráneas, asumiendo una postura doctrinal prácticamente unánime.

cuando tal construcción nos parezca perfectamente posible (17), nos inclinamos por relativizar el argumento principal de que el TRLS no es aplicable al subsuelo; nos parece que si lo es, y no solamente por el concepto parcelario que del derecho de propiedad fundiaria tiene nuestro ordenamiento jurídico, claramente plasmado en los ya aludidos artículos 350 y 358 del Código civil, sino por la sencilla idea de que la afirmación contraria vendría a defraudar la tutela del interés público objeto de protección a través de la actividad planificadora. En otras palabras, la liberalización del uso del subsuelo (en aquellos supuestos en los cuales el plan no aborde la detallada regulación de éste), significaría la absoluta ineeficacia del Plan. Vamos a desarrollar esta idea a través de los siguientes razonamientos jurídicos, deducibles del propio TRLS:

1.º Dos de los más significativos preceptos contenidos en el TRLS, los artículos 76 y 87-1 del mismo, aluden a limitaciones y deberes configuradores del “derecho de propiedad” en relación con el uso de los “terrenos y construcciones” (18) o de limitaciones y deberes derivados de la clasificación urbanística de los “predios”, con todo lo cual el argumento puramente literalista, consistente en afirmar que suelo y subsuelo son realidades diversas en la mente del legislador y que el texto legal refiere única y exclusivamente al suelo, salvo en aquellos supuestos en los cuales expresamente se refiera al subsuelo, debe ser, a nuestro juicio, rotundamente rechazado. El nuevo texto legal relativo a la Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, ley 8/1990 de 25 de julio (en lo sucesivo LRS), habla de “utilización del suelo” y de “su urbanización y edificación” en su artículo 2.º (19) cuando define el objeto regulado por la ordenación territorial, refiriéndose en su artículo 4.º (20)

---

(17) Pese a que NIETO PEÑA, en su ob. cit., prefiere amparar la virtualidad del planteamiento en relación con el subsuelo en la cláusula general contenida en el artículo 3-5 del TRLS, que viene a afirmar la extensión de la competencia urbanística concerniente al planteamiento “a cuantas otras (facultades) fueren congruentes con la misma (competencia urbanística), para ser ejercidas con arreglo a la presente Ley”, nosotros preferimos nuestra alternativa si lo que se está defendiendo es, precisamente, la inaplicabilidad al subsuelo de “la presente Ley”.

(18) Artículo 76 del TRLS: “Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios”.

Artículo 87-1 del TRLS: “La ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciada en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística. Los afectados tendrán, no obstante, derecho a la distribución equitativa de los beneficios y cargas del planteamiento en los términos previstos en la presente Ley”.

(19) Artículo 2 de la LRS: “La utilización del suelo y en especial su urbanización y edificación, deberá producirse en la forma y con las limitaciones que la legislación de ordenación territorial y urbanística y, por remisión de ella, el planteamiento establezcan de conformidad con la clasificación y calificación urbanística de los predios”.

(20) Artículo 4 de la LRS: “La ordenación del uso de los terrenos y construcciones

a la más genérica expresión de “Ordenación del uso de los terrenos y construcciones”, con lo cual parece continuar en la línea del TRLS.

2.º El Plan General, la Norma Subsidiaria o el Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano, pueden clasificar el suelo en los diversos tipos establecidos por la Ley (urbano, urbanizable programado, urbanizable no programado o no urbanizable), ahora bien, como no puede ser de otro modo considerando la reserva relativa de ley establecida en el artículo 33-2 en relación con el 53-1, ambos de nuestro texto constitucional, el régimen jurídico de las diferentes clases de suelo, establecidas por aquellos instrumentos, se encontraba antes en los artículos 83, 84, 85 y 86 del TRLS y hoy en los preceptos configuradores del Título Primero de la LRS. Según la clasificación de los terrenos establecida en el nivel de planeamiento procedente, será de aplicación el correspondiente régimen legal; pues bien, ¿es posible afirmar que el subsuelo puede escapar de esa regulación? ¿Cabe construir, por poner un ejemplo, una galería comercial en el subsuelo de terrenos clasificados como suelo no urbanizable? Al margen de cuantas consideraciones de rentabilidad sean alegadas (en determinadas zonas podría ser incluso rentable tal construcción), parece correcto afirmar que ello no es posible por imposibilitarlo el artículo 86 en relación con el 85 del TRLS, y el aludido Título primero de la LRS, que vienen a limitar la tipología edificatoria en este suelo, impidiendo, al parecer, tales edificaciones. Pero ello pasa por admitir la aplicabilidad de esos preceptos al subsuelo, así como la clasificación establecida por el Plan en desarrollo de los textos legales.

Luego si, además de las razones ya expuestas, afirmar la independencia de suelo y subsuelo en la lógica interna de la legislación urbanística, nos lleva a conclusiones absolutamente rechazables, parece correcto rendirse ante la evidencia de que la referida ordenación regula edificios y construcciones, predios y terrenos, sin diferenciar, con carácter general, instalaciones construidas sobre y bajo el suelo. Cuestión distinta es que, no como regla, sino por el contrario más bien como excepción, algunas instalaciones presenten características que permitan, al amparo siempre de los propios textos normativos, fundamentar ciertas peculiaridades en su régimen jurídico. En especial estas peculiaridades pueden residir en su particular consideración a efectos de una magnitud fundamental del ordenamiento urbanístico, cual es la edificabilidad, volumen de edificabilidad o coeficiente de edificabilidad, dado que todas estas expresiones vienen a definir en el fondo un mismo y relevante dato: la cantidad de edificación posible, elemento fundamental del valor del suelo de destino urbano. Es en este apartado donde la carencia de una definición legal de dicha magnitud, unida a la poca atención dedicada por los textos normativos a las peculiaridades planteadas por las

---

no confiere derechos indemnizatorios, salvo en los supuestos que la Ley define”.

instalaciones subterráneas, puede llevarnos a la siguiente duda: ¿se computa lo construido en el subsuelo a efectos del límite de edificabilidad establecido por el planteamiento?

### III. EL VOLUMEN DE EDIFICABILIDAD EN RELACION CON EL SUBSUELO

#### 1. Interés de esta magnitud

El volumen edificable o edificabilidad es definido por Fuentes Sanchiz como el número de metros cúbicos (o cuadrados añadimos nosotros) de construcción, que pueden realizarse en una superficie determinada (21). Siendo el único destino posible del suelo urbano o urbanizable programado el de ser urbanizado y edificado, y dada además la íntima vinculación existente, según ha señalado Martín Blanco, entre el valor de un terreno y una serie de circunstancias en las cuales influye notoriamente la relativa a lo que sobre él pueda edificarse (22) (nótese la subconsciente idea de que el volumen se refiere a la edificación erigida sobre el suelo, posiblemente derivada del escaso valor, dato este desmentido hoy por el tráfico jurídico, atribuido a las instalaciones subterráneas), resulta evidente la profunda vinculación entre edificabilidad y valor del suelo, resaltada de modo especialmente rotundo por Martín Mateo, cuando afirma que "hoy el tráfico inmobiliario prescinde casi en absoluto del hecho superficial. Lo que importa es el volumen que los planes autorizan como edificable" (23). La incidencia ha sido tenida en cuenta por el legislador, que viene a establecer un remedio específico en el artículo 62 del TRLS para el supuesto de incumplimiento por el vendedor de los deberes de información impuestos por el propio precepto, sin que ello implique la imposibilidad de acudir al sistema general de remedios establecido en el código civil (24). No acaba aquí, sin embargo, el interés de la magnitud que estamos estudiando, por cuanto la misma constituye el eje en torno al cual se desarrolla todo el sofisticado sistema de distribución equitativa de beneficios y cargas derivados del planeamiento en el suelo urbanizable programado, sistema que hoy como es sabido se traslada matizadamente por la LRS a la gestión del

(21) En *Registro de la Propiedad y Urbanismo*. Ponencia para el Congreso de Derecho Registral (Madrid, 1961).

(22) MARTÍN BLANCO, *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del suelo*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1968, p. 57.

(23) *La penetración pública en la propiedad urbana*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, XLVIII, 1972, p. 1.244.

(24) Para el desarrollo de estos aspectos véase TORRES LANA, *La edificabilidad de los terrenos y sus repercusiones en el tráfico jurídico inmobiliario*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n.º 506, 1975, pp. 65 y ss.

suelo urbano. Los aprovechamientos medio y tipo, con los cuales habremos de familiarizarnos en adelante, no son sino factores derivados de la edificabilidad atribuida por el planeamiento a los terrenos, y de este modo, edificabilidad e igualdad en la distribución de cargas y beneficios son conceptos profundamente entrelazados. Así, en los procedimientos reparcelatorios necesarios para la ejecución del urbanismo en el suelo urbanizable programado, la superficie de suelo de la cual se es propietario otorga el derecho, una vez cumplidos los deberes correspondientes, a una parcela, adecuada en su configuración al planeamiento y situada en áreas aptas para la edificación; la relación entre la parcela inicial y la atribuida al propietario, mediante la técnica de la subrogación real, no se plantea sin embargo en términos tales que la superficie resultante sea igual a la inicial, una vez deducidos los terrenos de obligada cesión a la corporación municipal, sino que la relación proporcional se establece entre la superficie de la parcela aportada y el volumen edificable establecido por el plan para la parcela resultante.

Consecuentemente con esta relevancia, el valor urbanístico señalando a un terreno a efectos expropiatorios se determina tomando como base fundamental el volumen edificable, a través del complicado sistema establecido por el artículo 71 de la LRS (25).

## 2. Indefinición legal

Si hemos dedicado el epígrafe anterior a resaltar la enorme importancia del volumen edificable o edificabilidad, ha sido con el ánimo de poner de manifiesto lo hasta cierto punto incongruente que resulta la indefinición, en un texto con rango de ley, de dicha magnitud; no existe definición legal de dato tan relevante y tampoco un criterio que, con el mencionado rango de ley, establezca qué construcciones o superficies han de contabilizarse a efectos de su cómputo. En efecto, el TRLS viene a imponer como contenido necesario del Plan General en suelo urbano la constancia del *volumen de las construcciones* (art. 12-2-2-f), así como la fijación, en el Suelo Urbanizable Programado, del aprovechamiento medio de la superficie total ordenada y, caso de existir sectores, de cada sector (art. 13-2-b); en ambos supuestos el Plan ha de utilizar

(25) Establece el citado art. 71 de la LRS:

1. “Una vez adquirido el derecho al aprovechamiento, el valor urbanístico de un terreno se determinará por aplicación a dicho aprovechamiento del valor básico unitario de repercusión en el polígono, corregido en función de su situación concreta dentro del mismo.

2. A tal efecto, la Administración tributaria fijará para cada polígono fiscal el expresado valor básico correspondiente al uso y tipología edificatoria característicos, resultantes de la ordenación urbanística, cualquiera que sea la intensidad de dicho uso.

3. La ponderación de la situación de cada parcela dentro del respectivo polígono se determinará en la forma que defina la normativa sobre fijación de valores catastrales”.

un concepto previo, el de volumen edificable, no establecido por la ley (26).

Ante esto cabe alegar que tal dato no ha de ser definido por tratarse de un concepto obvio: cualquier superficie edificada es computable a efectos del límite de edificabilidad y, consecuentemente, cuando el plan indica, por poner un ejemplo, que en una superficie determinada se pueden edificar 9.000 m<sup>2</sup>, la suma algebraica de todas las construcciones establecidas en esa superficie no ha de rebasar la referida cuantía. Sin embargo, nada más alejado de la práctica habitual; la sola lectura de unas normas urbanísticas de cualquier plan, viene a poner de manifiesto como en ellas se definen normalmente los conceptos de superficie edificable y de superficie edificada, estableciéndose, además, excepciones, esto es, instalaciones que no se consideran superficie edificada (27). Como es obvio se limita de esta manera la superficie edifica-

---

(26) Precisamente y en relación con el tema que nos ocupa ello plantea el problema adicional de que la jurisprudencia tampoco puede contribuir eficazmente a la resolución de nuestras dudas. Cada sentencia ha de ponerse en relación con un planeamiento concreto y así no es difícil encontrar resoluciones tan aparentemente contradictorias como las de 28-5-1981 y 12-12-1989 (recaídas en Procedimiento Contencioso-Administrativo), toda vez que mientras en la primera se venía a afirmar que la habilitación de una planta subterránea de garajes en el edificio de "El Corte Inglés" de Sevilla para uso comercial no implicaba aumento de volumen (considerando 4." de la Sentencia citada), en la segunda se admite la conversión de un sótano, destinado igualmente a garaje, en archivo, ya que el aumento de volumen que tal operación conllevaba no superaba la edificabilidad permitida por el planeamiento. ¿En un caso sí aumenta el volumen y en otro no? La respuesta, suponemos, ha de hallarse en la consideración que cada planeamiento hubiera hecho de las plantas destinadas a garaje. Así, en el edificio de "El Corte Inglés", si a efectos de cómputo de la edificabilidad habían de tenerse en cuenta todas las plantas, incluidas las subterráneas y cualquiera que fuera su destino (cosa que entendemos puede prescribir el plan), es lógico que el cambio de uso no implique modificación alguna de la superficie edificada a efectos del indicado cómputo. Por el contrario, si en el supuesto de hecho resuelto por la STS de 12 de diciembre de 1989, el Plan eximía los garajes, hasta un determinado número de plazas, de tal cómputo (cosa habitual), o si, según nuestra postura como veremos luego, nada establecía en relación con el subsuelo, el cambio de uso implicaría un aumento de la superficie edificada, dado el cómputo sobrevenido de esas instalaciones subterráneas. Ante esta situación comentada y dado el elevado valor que están cobrando las instalaciones destinadas a garaje, especialmente en núcleos urbanos, nos reafirmamos aún más en nuestra opinión de que la seguridad jurídica más elemental, cuando no la propia reserva relativa de ley que nuestra Constitución establece en orden a la regulación del derecho de propiedad, imponen la definición legal del volumen de edificabilidad.

(27) Así, por ejemplo, en las Normas Urbanísticas de Madrid, año 1985, 2.<sup>a</sup> edición, julio 1988, se viene a establecer la exclusión del cómputo de la superficie edificada, entre otras, de la superficie bajo cubierta si carece de posibilidades de uso o está destinada a depósitos u otras instalaciones generales del edificio (casi todas las buhardillas tan de moda en nuestra ciudad son el resultado de conferir posibilidades de uso a espacios bajo cubierta que carecían de él, como es sabido); también se excluyen las superficies correspondientes a plazas de aparcamiento "obligatorio", accesos y áreas de maniobra, así como el exceso de estas superficies o plazas hasta un 10% (art. 9-5-3); por su parte la superficie

da definida en el plan, pero no ya todo cuando físicamente puede edificarse, dada la existencia posible de superficies exceptuadas del cálculo de la edificabilidad. Por tanto, en los planes de urbanismo, hemos de concluir que no necesariamente coinciden la edificabilidad o el volumen edificable con el límite de la construcción realizable efectivamente en el solar. Quizá el escrupuloso cumplimiento de la reserva relativa de ley establecida por el artículo 33-3 de nuestra Carta Magna exigiría una definición a nivel legislativo de un apartado tan trascendental en punto a determinar el valor del suelo urbano.

Otro factor curioso en relación con tan esencial magnitud estriba en observar cómo ni el TRLS ni la LRS establecen un sistema “normalizado” o uniforme para el señalamiento por el plan del volumen de edificabilidad; así, lo más frecuente es que incluso en unas mismas normas urbanísticas coexistan varios sistemas de fijación de esa medida. Toman do como ejemplo las Normas Urbanísticas del Ayuntamiento de Madrid, observaremos cómo en su artículo 9.5.6.2., tras definir el concepto de superficie edificable, proporciona dos sistemas alternativos para el señalamiento de su dimensión por parte del plan:

a) La conjunción de las determinaciones de posición, forma y volumen sobre la parcela.

b) Coeficiente de edificabilidad.

En tanto la fijación de un coeficiente de edificabilidad (relación entre la superficie total edificable y la superficie de terreno al cual se refiere, cuyo resultado nos indica el número de metros cuadrados de edificación posible por cada metro cuadrado de suelo) plantea menos dudas, la fijación de la edificabilidad a través del otro sistema (fijación de número de plantas, altura máxima, línea de edificación y de fondos, etc.), suele presentar muchos más problemas en cuanto al subsuelo se refiere, toda vez que el punto de referencia para la medición suele establecerse en la rasante del terreno.

Cabría pensar, sin embargo, que los problemas expuestos en relación con la edificabilidad, proceden del propio planeamiento de desarrollo, siendo hasta cierto punto menores por existir la posibilidad de acudir a un control de legalidad de esos Planes. Se trataría solamente de hallar en el TRLS o en la LRS algún criterio interpretativo, ya que no una definición expresa, que nos permita la determinación de cuales son las construcciones computables a efectos del expuesto límite de edificabilidad; de este modo, el Plan podría ser controlado y las disposiciones del mismo que vinieran a contrariar el criterio legal podrían ser impugnadas por tal motivo.

Sin embargo, aún siendo posible hallar algún criterio legal, este no

---

edificable, según el artículo 9.5-6-1, “es el valor señalado por el planeamiento para limitar la superficie edificada total que puede construirse en una parcela o en un área, en su caso”.

puede por menos que sumirnos todavía más en la incertidumbre. En efecto, el criterio más próximo existente en el TRLS a la fijación de un concepto de volumen edificable, podríamos cifrarlo en el artículo 74 del TRLS, el cual viene a establecer la edificabilidad del suelo urbano, en el supuesto de inexistencia de plan, expresándose en los siguientes términos:

“Mientras no exista Plan o Norma Urbanística que lo autorice no podrá edificarse con una altura superior a tres plantas medidas en cada punto del terreno, sin perjuicio de las demás limitaciones que sean aplicables”.

Sistema de determinación coincidente a grandes rasgos con el que las Normas Urbanísticas de Madrid definían como “conjunción de las determinaciones de posición, forma y volumen sobre la parcela”, y el cual, aludiendo a la altura de tres plantas “medidas en cada punto del terreno”, viene a soslayar el problema de las plantas subterráneas. Aquí comienza, tras todo este arduo y, sin embargo, necesario peregrinaje a través del derecho urbanístico, a definirse nuestro dilema: ante este silencio, ¿cabe edificar planta subterránea alguna? Vimos cómo esta misma forma de determinación de la edificabilidad era la utilizada por no pocos Planes Urbanísticos, en cuyo caso, salvo la posibilidad fundamentada con anterioridad de que el propio plan desarrolle la utilización del subsuelo, las dudas no van a limitarse únicamente a los no escasos municipios carentes de plan. Por otro lado, veamos a continuación cómo los Reglamentos para la aplicación del TRLS contienen también preceptos cuyo tenor nos induce a afirmarnos en nuestra idea de que el subsuelo, si bien regulado en numerosos aspectos por la legislación urbanística, como ya argumentamos con anterioridad en el apartado II de este trabajo, no ha sido tenido en cuenta en el criterio legal de limitación de la edificabilidad.

#### IV. LOS REGLAMENTOS DE APLICACION DEL TRLS EN . RELACION CON EL ARTICULO 74 DEL TRLS

Aún siendo conscientes de la relatividad de los resultados obtenidos a través del recurso a un texto reglamentario para la interpretación de la disposición legal que desarrolla, toda vez que la línea de demarcación entre el desarrollo normativo y la extralimitación que implicaría su nulidad es a menudo muy estrecha, vamos a citar por su interés dos textos cuyo tenor viene a apoyar nuestra anterior afirmación de que las plantas subterráneas no se incluían en el cómputo de la edificabilidad llevado a cabo por el meritado artículo 74 del TRLS; estos textos son el artículo 99 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico y el artículo 82.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística. Será interesante examinarlos, toda vez que aun cuando en numerosas Comunidades Autónomas se ha procedido a la redacción de nuevos textos legales que vienen a de-

rogar aquellos Reglamentos, es lo cierto que también suele ser habitual la semejanza entre las normas autonómicas y los preceptos de los Reglamentos estatales derogados. Además, repetimos que dichos textos son utilizados únicamente como argumentos a fortiori en relación con la interpretación aquí mantenida del TRLS:

1. Art. 99 del Reglamento de Planeamiento: dice su apartado n.<sup>o</sup> 1, párrafo segundo, al desarrollar el cómputo de las tres plantas establecido por el meritado artículo 74 del TRLS: “Del mismo modo (que las plantas bajas) se incluirán en dicho cómputo las plantas retranqueadas, los áticos y los *semisótanos que sobresalgan más de un metro* en cualquiera de las rasantes del terreno en contacto con la edificación”.

Parece deducirse de este artículo que, sensu contrario, no se computarán los semisótanos *que no sobresalgan más de un metro* en cualquiera de las rasantes y, con mayor motivo aún los sótanos, situados totalmente bajo rasante.

2. El artículo 82.1 del Reglamento de Disciplina urbanística por su parte, al contemplar el supuesto de que el volumen edificable sea determinado específicamente y no por remisión a otras magnitudes, limitándose además la altura máxima posible, establece lo siguiente:

Art. 82.1. : “Se sancionarán con multa del 5 al 10 por 100 del valor del exceso los actos de edificación cuando ésta alcance altura superior a la determinada por el plan o norma de aplicación, *si dicho exceso no implicare aumento sobre el volumen permitido*”.

2. “*La misma sanción* se aplicará a quienes edifiquen sótanos o semisótanos, cualquiera que sea el uso a que se dedicaren, *no permitidos* por el plan o norma urbanística aplicable”.

Existen en este texto, bajo nuestro punto de vista, dos notas destacables a los efectos de nuestro problema:

1. El citado precepto impone a los sótanos y semisótanos no permitidos por el Plan idéntica sanción que la correspondiente a la edificación con exceso de altura *que no suponga aumento sobre el volumen permitido* y, conllevando el exceso de edificación por encima de la edificabilidad permitida una *sanción mayor*, acogida en el propio artículo 80 del mismo texto legal, dado además el principio de proporcionalidad de las sanciones, la única conclusión extraíble del Reglamento de Disciplina nos parece la de que, bajo su óptica, la construcción de sótanos *no puede implicar aumento sobre el volumen permitido* como principio, al referir el párrafo segundo del citado texto a *la misma sanción* establecida para el supuesto de hecho del párrafo primero, no al mismo supuesto de hecho (no dice “lo mismo se aplicará”).

2. otro punto curioso es la referencia a sótanos o semisótanos *no permitidos* por el plan: ¿es o no equivalente a *prohibidos* por el plan tal expresión? Precisamente la respuesta dependerá de si afirmamos la existencia, y en qué medida, de un principio general de libertad en esta materia, residenciable en la articulación del artículo 33-3 de la Constitu-

ción con los artículos 348 y 350 del Código civil y con los preceptos del TRLS y de la LRS, cuyo estudio abordaremos después.

Parece correcto afirmar que al menos los artículos comentados no proporcionan un obstáculo indubidado para una interpretación del artículo 74 del TRLS de la cual se extraiga la conclusión de que el subsuelo, aún regulado por la Legislación de suelo, no es tenido en consideración a efectos del límite de edificabilidad, salvo que otra cosa se deduzca del Plan. Ahora hemos de responder a tres preguntas, íntimamente relacionadas entre sí:

— *La primera* es si resulta aceptable establecer un principio general tan amplio como el de que *ninguna* edificación subterránea es computable a efectos de dicho límite o cabe, por el contrario, realizar matizaciones que atiendan a la diversa tipología edificatoria.

— *La segunda* sería si es posible extraer las indicadas matizaciones a través de una interpretación analógica de la legislación urbanística (Leyes y Normas Urbanísticas de los planes) o si es preciso continuar afirmando el carácter excepcional de las limitaciones legales restrictivas del “derecho genuinamente absoluto de propiedad, según resulta del artículo 348 del Código civil” (STS, sala 4.<sup>a</sup> del 30-9-88, Az. 7286).

— *La tercera* consiste en determinar si la no computabilidad de las edificaciones subterráneas a efectos del volumen edificable como criterio general contenido en el propio TRLS y derogable por el Plan, supone necesariamente la posibilidad de su realización práctica, o si simplemente no se computan pero tampoco pueden ser realizadas, salvo que el plan *expresamente* las autorice.

## V. LA LEGISLACION URBANISTICA Y LOS ARTICULOS 348 Y 350 DEL CODIGO CIVIL A LA LUZ DEL ARTICULO 33 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Estimamos que la respuesta a los tres interrogantes citados en el epígrafe anterior únicamente es posible a través de una interpretación integradora de las relaciones entre la Legislación Urbanística y las normas del Código civil relativas al derecho de propiedad, bajo el imperio todas ellas del artículo 33-3 de nuestro Texto Constitucional, que ha de ser punto obligado de referencia. Ciento que tal labor probablemente desborda el propósito de este trabajo y las posibilidades de su autor, pero también lo es que el ejemplo propuesto del subsuelo no constituye sino uno más de los múltiples casos en los cuales, más allá de construcciones teóricas de exquisito valor doctrinal en relación con la función social, la delimitación y el concepto estatutario del dominio, es preciso descender al derecho vigente y a supuestos de hecho concretos, para intentar contrastar teoría y praxis. Una autorizada doctrina se muestra partidaria de que ante la falta de *prohibición expresa* del plan el propietario

puede utilizar libremente el subsuelo (28), existiendo también una corriente jurisprudencial de la sala de lo contencioso proclive a entender, con carácter general y sin referirse de modo directo al subsuelo que, a falta de expresa limitación del plan o de la legislación urbanística, ha de operar el principio pro-libertate en favor del propietario (29). Sin embargo, no puede olvidarse la no menos autorizada corriente doctrinal que entiende separados de la titularidad dominical del suelo los derechos al desarrollo de un aprovechamiento urbano, haciendo especial hincapié en el giro copernicano que significó la Ley del Suelo de 1956 y afir-

(28) Así, ALEJANDRO NIETO, en op. cit., p. 199, afirma expresamente que “donde las leyes nada dicen, donde no imponen limitaciones específicas, recobra su eficacia el artículo 348 del Código civil”. Limita además las determinaciones que los Planes pueden tener en relación con el subsuelo a “sus conexiones con la ordenación del suelo”. Sin embargo, la excepción proclamada por el ilustre autor de que el subsuelo “inicialmente irrelevante para el urbanismo, emerge en el TRLS cuando incide sobre el suelo”, tiene tal fuerza expansiva que para nosotros esa es precisamente la regla, siendo la irrelevancia la excepción.

También parece apuntar en esta dirección SAINZ MORENO, F., en op. cit., pp. 153 y ss., si bien ello es dudoso por cuanto se limita a citar el contenido de la STS (Sala 4.<sup>a</sup>) de 30-6-87, la cual viene a afirmar más bien la tesis contraria, al referir esta libertad a las obras de *mero sondeo* por contraposición a las edificatorias, en relación con las cuales afirma que únicamente son posibles cuando las autoriza el plan.

(29) Precisamente el número de Sentencias en las cuales se reconoce un ámbito de libertad para el propietario ante el silencio o la indefinición del planteamiento es elevadísimo. Podemos citar esquemáticamente aquí algunas de ellas a modo puramente ejemplificativo:

1. Contundentemente, la antes citada STS (Sala 4.<sup>a</sup>) de 30 de septiembre de 1988, en un caso de duda en el plazo señalado en una concesión de licencia (se discutía acerca de si el fijado era para la terminación o el comienzo de la obra), se manifiesta, en su fundamento de derecho tercero, del siguiente modo: “si obligado es siempre partir de que la intervención administrativa en materia urbanística constituye una poderosa restricción del derecho genuinamente absoluto de propiedad, según resulta del artículo 348 del Código civil —que no consiente más limitaciones que las legalmente establecidas—, es claro que estas y las condiciones que se impongan habrán de interpretarse siempre en el sentido que resulte menos restrictivo de esas facultades dominicales, sobre todo si las consecuencias del incumplimiento producen la invalidez de la licencia”.

2. No menos contundente resulta el considerando primero de la STS de 28 de diciembre de 1983 (Sala 4.<sup>a</sup>), confirmatoria del fallo de la Audiencia Territorial que condenó al Ayuntamiento de Jávea a otorgar licencias de obras para transformar unas plazas de garaje en galería comercial, argumentando en base a la inexistencia de “precepto alguno de ordenanza o normativa urbanística que prohiba o impida el uso solicitado...”.

3. En la STS (Sala 4.<sup>a</sup>) de 15 de abril de 1988 se estima que no constituye infracción urbanística manifiesta el exceso en el número de plantas autorizadas, respetando la altura máxima, de un edificio destinado a garaje, aduciendo que el reiterado exceso en el número de plazas es resultado de “una imprecisión de las mismas (las Normas Urbanísticas), que sólo lo disponen (el número de plantas) cuando de un edificio de viviendas se trata y no cuando de uno destinado a aparcamiento de vehículos, uso permitido, se proyecta construir, en que consecuentemente a la menor altura precisada por éstas, sin rebasar la total edificable, resulta un número de plantas superior” (*Fundamento de derecho segundo*).

mando la derogación de la regulación civil del contenido del derecho de propiedad cuando éste recae sobre el bien inmueble suelo (30); según esta óptica, cualquier aprovechamiento o utilidad urbanística del suelo habrá de ser atribuida *expresamente* por el plan, y de aquí que, ante el silencio de la normativa urbanística, no esté tan claro el recurso al Código civil.

Parece, por todo lo expuesto, íntimamente relacionado el problema que nos ocupa con el debate en torno a si el ius aedificandi forma parte del derecho de propiedad o es otorgado por el plan siendo señalada por los autores la existencia de posiciones doctrinales y de líneas jurisprudenciales en favor de una y otra tesis (31), discusión que nos parece aún hoy perfectamente planteable a pesar de la literalidad con la cual se expresa la LRS (32). Sin embargo, para el problema aquí planteado, vamos a intentar evitar posicionamientos apriorísticos en torno a alguna de las posiciones definidas, si bien las conclusiones que intentaremos extraer del concreto supuesto al cual intentamos ceñir nuestro estudio, necesariamente supondrán una matización de ambas (salvo que se intente su resolución desde la rígida aplicación de una de las tesis en conflicto, solución que rechazamos como principio). Lo cierto es que, aun admitiendo que el ius aedificandi (es, en una u otra medida, consecuencia del plan), en ausencia de tal planeamiento (supuesto en el cual se aplicará el artículo 74 del TRLS) o bien cuando aquél plantee dudas en lo relativo a la configuración de ese ius aedificandi ¿qué postura adoptar? Es evidente la existencia de un margen de libertad para el propietario, lo

---

(30) Ver por ejemplo GARCÍA ENTERRÍA-PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, ed. Civitas, S.A., Madrid 1979, pp. 401 y ss.

(31) Una más detallada y esquemática exposición del estado de esta cuestión puede consultarse en la obra de LOBATO GÓMEZ, *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1989, pp. 545 y ss.

(32) Así, pese al sistema escalonado de adquisición de derechos, parece cierto que si el primer llamado al cumplimiento de los deberes para la adquisición de las facultades urbanísticas es el propietario del suelo sin que ello implique vulneración alguna del invocadísimo derecho de igualdad consagrado por el artículo 14 de nuestra Constitución, es por no existir término posible de comparación entre quien está en la posición jurídica de propietario y aquel que no ostenta tal dominio. Además, esta consecuencia se alcanza igualmente sin más que observar cómo el artículo 66-2 de la LRS valora el suelo urbanizable programado *sin planeamiento de desarrollo*, añadiendo al valor inicial el 25% del coste estimado de su urbanización. La aprobación de aquel planteamiento de desarrollo añade al valor del suelo el denominado en la terminología legal "derecho a urbanizar", cifrado en un 50% del coste de urbanización. Se podrá discutir acerca de las cuantías añadidas el valor inicial por su dudosa equidad (baste contemplar el dato de que cuanto más costosas resulten las obras de urbanización y por ello menor la aptitud natural del terreno para su destino urbano, mayor es la cuantía en que será valorado) pero es evidente que, sin necesidad de actividad alguna por parte del particular, existe una indemnización consecuencia de un correlativo perjuicio patrimonial del propietario, que únicamente cabe poner en relación con su exclusión del proceso conducente a la adquisición de facultades a través de la realización de las cargas urbanísticas y, no cabiendo hablar de expectativas de derecho, parece lógico concluir la existencia de un auténtico derecho previo.

que sucede es que, precisamente por parecer ello tan evidente, incluso para los más recalcitrantes opositores de tal ámbito más allá de lo expresamente autorizado por el Planeamiento, ni tan siquiera se plantea el problema, ni se acude al artículo 350 del Código para fundamentar el aludido ámbito de libertad. Por citar un ejemplo, es frecuente que el plan establezca unas magnitudes de altura máxima, línea de edificación, línea de fondo, coeficiente de ocupación de parcela, etc., plenamente cumplimentables a través de *infinitas* formas edificatorias. Tal indefinición del plan, llevando a sus extremos la tesis de que sólo es posible la edificación cuando la autoriza el Plan y en el modo en que la autoriza, implicaría, o bien una ulterior definición de la Administración, o bien la paralización del proceso de ejecución del planeamiento. Ello no es así debido a que, incluso de modo subconsciente, se está admitiendo que la indefinición del Plan se integra con el libre albedrío del propietario, pero ello, sin atribución expresa y en un clima donde se parta de la premisa de que “lo no autorizado está prohibido”, no es a simple vista posible. Resulta evidente la necesidad de admitir que el *ius aedificandi*, aun cuando se estime atribuido por el Plantamiento (con mayor razón aún si se es partidario de la corriente doctrinal opuesta), se integra de modo efectivo por la libertad, valor superior del ordenamiento de acuerdo con el artículo 1.1 de nuestro texto constitucional y consagrada en materia de propiedad inmobiliaria por los artículos 348 y 350 del Código civil. Se podrá atribuir mayor o menor juego a la operatividad de este derecho, el planificador coloreará más o menos el lienzo, pero el fondo, en caso de quedar un intersticio, continuará siendo blanco.

## **1. El artículo 33.3 de la Constitución**

Evidentemente, la postura que hemos mantenido no supone en absoluto negar la evolución, glosada hasta la saciedad por los autores, desde el concepto de una propiedad tendencialmente ilimitada, a la cual únicamente era posible oponer limitaciones externas, hasta el moderno concepto estatutario de propiedad, delimitada además internamente. Así, el derecho urbanístico no parece haya de ser considerado hoy un derecho excepcional, en el sentido del artículo 4-2 del Código civil y de aquí que la simple falta de regulación expresa de un supuesto de hecho no haya necesariamente de conllevar la irrupción inmediata de los preceptos generales del Código civil. Será por ello, y bajo nuestro modesto punto de vista, plenamente posible la interpretación extensiva, e incluso analógica, de sus preceptos, en orden al logro de la finalidad pública inserta en la actividad planificadora. Pero lo que con frecuencia parece olvidarse es que esa delimitación del contenido del dominio, según nuestro ordenamiento constitucional y en sede de propiedad, se lleva a cabo a través del etéreo concepto de la *función social y de acuerdo con la ley*;

tales referencias implican la necesidad de que la ley y las normas administrativas dictadas en desarrollo de aquélla sean los instrumentos a través de los cuales la mencionada función social se defina. Con esta afirmación, obvia sólamente en apariencia, venimos a completar el esquema; la consecuencia inmediata de la misma será la imposibilidad de que el interés público, componente necesario de la tan repetida función social, pueda ser definido en el escalón del acto administrativo de denegación o concesión de licencia. Tal afirmación, en definitiva, viene a oponerse a una corriente jurisprudencial alternativa, peligrosamente insinuada en alguna sentencia de la Sala de lo contencioso del Alto Tribunal, como por ejemplo la de 24-4-84, en la cual, ante la inexistencia de norma expresa en las ordenanzas municipales, viene a otorgarse a la administración local un discutible ámbito de discrecionalidad para completar esas ordenanzas, *atendiendo a las particularidades del caso concreto* (33). La delimitación del contenido esencial de la propiedad, si ha de verificarse *de acuerdo con la ley*, impone el carácter absolutamente reglado de la licencia y la motivación de su denegación en una norma de rango suficiente, cosa que, por otro lado, viene siendo doctrina reiterada del propio tribunal (34).

Como razonamiento adicional cabría aducir que no parece lógico ad-

---

(33) Pese a las interrogantes que nos provoca la fundamentación del fallo, sin embargo éste fue favorable a la concesión de licencia, lo cual viene a poner en duda el valor como auténtica ratio decidendi de la aludida fundamentación. Se trataba de una licencia de ampliación de terraza otorgada por el Ayuntamiento de Langreo y que, recurrida por un vecino del solicitante, fue declarada nula por la Audiencia Territorial de Oviedo. Recurrido este fallo en casación, el Alto Tribunal estimó el recurso. Admitida la inexistencia, en las Ordenanzas Municipales de la Edificación vigentes y en zonas de alta densidad, de limitación alguna sobre el fondo de las edificaciones o sobre el volumen total resultante, estableciéndose únicamente la altura máxima de aquellas, dando por sentado el Alto Tribunal que el criterio interpretativo de la ordenanza ha de estar en relación con el contexto y acomodarse a su espíritu y finalidad en relación con el principio de proporcionalidad (considerando tercero), viene a continuación a decir que “*es atribuible al Ayuntamiento la facultad precisa para fijar el fondo de la edificación y el volumen total, ateniéndose las particularidades del caso concreto*” (considerando sexto). No nos tranquiliza el hecho de que se establezcan en la sentencia algunos términos para el control de esa discrecionalidad tales como “*lo razonable*” en función del “*principio de proporcionalidad*” y “*decisiones análogas anteriores*”, cuando son magnitudes de tal entidad las remitidas a concreción a través del acto de concesión de la licencia.

(34) Así SSTS de 29-11-1968, 29-4-1970 y 9-5-1970 entre muchísimas otras. A nuestro juicio no se ha de entender alterada tal consideración por el nuevo texto de la LRS, que literalmente entendida, confiere carácter constitutivo a la licencia en la adquisición del derecho a edificar (art. 20), dado que el carácter reglado y la eficacia constitutiva de una licencia son cosas no necesariamente coincidentes. Así, es posible que el propietario tenga derecho a la licencia si se dan los requisitos establecidos en la ley (carácter reglado), aún teniendo valor constitutivo el acto de concesión de aquélla (así ocurre por ejemplo en el Town and Country Planing Act inglesa de 1947), como ha señalado acertadamente MARTÍN BLANCO en *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, ed. Montecorvo, 1968, pp. 68 y ss.

mitir que precisamente la falta de concreción de las Normas Urbanísticas u Ordenanzas Municipales de la Edificación, en cuyo proceso de aprobación tiene una destacada intervención el Ayuntamiento, dado el sistema de competencias compartidas entre la administración local y autonómica vigente en esta materia, venga a resolverse precisamente en una mayor discrecionalidad en favor de aquél órgano para interpretar el interés público. En estos casos ha de cobrar toda su relevancia la regulación contenida en los artículos 348 y 350 del Código civil, dado además su carácter de derecho supletorio general, establecido en el artículo 4-3 del título preliminar del propio texto legal. Si las leyes únicamente se derogan por otras posteriores, según preceptúa el artículo 2-2 del Código Civil y es evidente la plena compatibilidad de la regulación general acogida en éste con la legislación especial (el Código habla de la de Montes y Minas, pero nada impide ampliar el catálogo con las normas dictadas en relación con bienes deanáloga relevancia para el interés común), e incluso con los propios Planes Urbanísticos, según razonamos en el apartado II, y en nota n.<sup>o</sup> 15 de este trabajo, no existe razón alguna para negar la preeminencia sobre los actos del ente municipal de los meritados artículos 348 y 350, en tanto normas legales que contribuyen a delimitar el contenido esencial del derecho de propiedad, en plena conformidad con el precitado artículo 33-3 de la Constitución, e interpretados obviamente de acuerdo con la realidad social actual, no con la existente en el inicio del proceso codificador y que tampoco coincide plenamente con la inspiradora de nuestro código civil (35).

## VI. DIFERENCIACION ENTRE CONSTRUCCIONES SUBTERRANEAS ATENDIENDO A UNA INTERPRETACION ADECUADA DEL VOLUMEN EDIFICABLE

Hemos ido desgranando a lo largo de los epígrafes anteriores una serie de razonamientos que vamos a intentar sintetizar. El resumen nos llevará a conclusiones que no sabemos si calificar de pesimistas u optimistas, pero en cualquier caso negativas en orden a la posibilidad de mantener la existencia en nuestro derecho de vía libre para el establecimiento de cualquier tipología de instalaciones subterráneas. Matizando en cierto modo el razonamiento de Nieto Peña cuando afirma que

---

(35) En este sentido cabe poner de manifiesto como LOBATO GÓMEZ, op. cit. pp. 229 y ss., resumiendo las opiniones doctrinales en torno al proceso de formación del Código civil, hace hincapié en la flexibilidad del concepto del Derecho de Propiedad contenido en nuestro código, que viene a incorporar ciertas infiltraciones de nuestra tradición jurídica, además de verse influido por las críticas hechas al derecho de propiedad privada durante la segunda mitad del siglo XIX, todo lo cual viene a justificar la existencia de matizaciones al mismo fundamentadas en el interés público.

ante el silencio del Plan recobra su eficacia el artículo 348 del Código civil (36), nosotros afirmamos la vigencia de este artículo, pero con un juego más modesto. No creemos en el estricto silencio del TRLS y de la LRS en torno al subsuelo, como ya señalamos con anterioridad, pero sí venimos apuntando en cambio la existencia de indicios suficientes para defender que las instalaciones subterráneas, salvo expresa regulación del Plan, no parecen computables a efectos del límite de edificabilidad, a falta de una regulación por ley de esta magnitud y ante el confuso tenor del reiterado artículo 74 del TRLS. Sin embargo, ello no implica ilimitación alguna en la virtualidad edificatoria del subsuelo, al menos, por las siguientes razones:

1. Ya dijimos cómo la clasificación del suelo, que dado nuestro punto de partida nos parece plenamente aplicable al subsuelo, supone el sometimiento del ius aedificandi en relación con éste a idénticas limitaciones y cargas que las establecidas para su ejercicio (o adquisición, si se está a la literalidad de la LRS), en relación con la superficie.

2. Como secuela de la aplicabilidad del TRLS al subsuelo, la clasificación (división del suelo en todas o alguna de las categorías siguientes: urbano, urbanizable programado, urbanizable no programado y no urbanizable) y la calificación (asignación de usos: residencial, industrial, terciario, etc.), establecidas por el planeamiento en virtud de aquél (art. 76 TRLS), han de ser respetadas por las instalaciones subterráneas y, por lo tanto, serán posibles exclusivamente las destinadas a usos permitidos o compatibles con los establecidos por el Plan para la zona en cuestión (37).

3. Lógicamente las prescripciones contenidas en el planteamiento y normativa sectorial aplicables en relación con las condiciones higiénico sanitarias de edificios y construcciones, habrán también de ser respetadas, y ello ya se trate de instalaciones sobre o bajo rasante, lo cual conllevará la exclusión, en la mayor parte de los supuestos, de edificaciones subterráneas dedicadas a albergar presencia humana de modo continuado.

La actuación de los tres factores enumerados ya va a limitar de modo notable el ámbito de poder atribuido al propietario en relación con el subsuelo. Sin embargo, nos queda todavía un factor determinante, que hace referencia y se fundamenta en todo lo anteriormente expuesto acerca de la interpretación del derecho urbanístico.

En efecto, si dijimos ya que en el estado actual de evolución del derecho de propiedad hacia un concepto estatutario, derivado de la peculiar incidencia y la diversidad de las funciones sociales que están llamados a cumplir los distintos bienes, y concepto además de una propiedad

---

(36) Op. cit. p. 199.

(37) Así se viene a reconocer en la STS de 28-12-82, que estima procedente la transformación de plazas de aparcamiento en galería comercial "por no existir precepto alguno de ordenanza o normativa urbanística que prohiba o impida el uso solicitado".

delimitada por la respectiva función social, no cabrá hablar ya de la legislación urbanística como de una normativa excepcional respecto del régimen ordinario del dominio, tampoco será posible argumentar por consiguiente en torno a una interpretación restrictiva de sus preceptos. La importante conclusión extraíble de estos datos es que, si bien el subsuelo, según ya hemos reiterado con exceso, no parece computable a efectos del volumen de edificabilidad, ello no implicará la posibilidad de acudir a los artículos 348 y 350 del Código civil sin antes agotar la interpretación del propio TRLS. Así, resulta evidente que los Planes Urbanísticos (al menos los Planes Generales, los Planes Parciales y los Programas de Actuación Urbanística), están llamados a efectuar una ordenación integral del territorio, para la cual existe un dato de enorme interés: *el de la densidad de población* que está llamada a ocupar el área planificada. Así, el TRLS establece una innumerable serie de los llamados estándares urbanísticos, a cumplir por el planificador, en relación con las superficies que han de ser destinadas a espacios libres y equipamiento comunitario (parques, centros de enseñanza, centros sanitarios, etc.) y los cuales son fijados en atención al datos poblacional (38).

Esta idea de la relación equipamiento/población constituye el espíritu inspirador del artículo 49-2 del TRLS el cual viene a exigir, para la modificación de un Plan que *tienda a incrementar el volumen edificable de una zona*, la previsión de los mayores espacios libres *que requiera el aumento de la densidad de población*. Pues bien, una interpretación finalista e incluso analógica de esta norma (¿por qué no, si, como dijimos, no estamos ante un derecho excepcional?), permitirá extender el criterio hacia la imposibilidad de autorizar aquellas instalaciones subterráneas que impliquen aumento de población, aún cuando no puedan significar aumento de volumen por haber partido de la premisa de que el subsuelo no es computable a tales efectos.

Estas consideraciones permiten marcar una diferencia fundamental, en atención a la incidencia en la ordenación llevada a cabo por el planificador, entre las instalaciones subterráneas que puedan implicar aumento de la densidad de población y aquellas otras que no presenten incidencia negativa alguna sobre ese parámetro, pudiendo incluso presentar una colaboración positiva en la descongestión de áreas urbanas, como sería el caso de los garajes (39).

---

(38) Basta para comprobarlo con asomarse a los artículos 12-1-b), 12-2-1 c) y d) y 13-2 b), c), d) y e) del TRLS.

(39) Esta idea de la relación entre volumen edificable/densidad de población está en la base de sentencias como la de la Sala 4.<sup>a</sup> del T.S. de 26-9-84, que acepta los considerandos de la sentencia apelada de la Audiencia Territorial de Pamplona de 30-6-82 en los cuales se admite la construcción de una planta para trastero bajo cubierta (la posibilidad de extrapolar al subsuelo es obvia, máxime cuando en relación con éste no es posible el frecuente fraude de tabicar las buhardillas y venderlas o arrendarlas después como vivien-

Podrá alegarse que esta diferenciación, basada en una interpretación finalista e incluso analógica del TRLS y del Planeamiento de desarrollo, supone en cierta medida un paso atrás en la búsqueda de seguridad jurídica, introduciendo consideraciones relativas al impacto sobre el plan de las distintas tipologías que las edificaciones subterráneas pueden presentar; creemos, sin embargo, que ello no es así y que, además, nuestras conclusiones ni tan siquiera resultan ajena al entendimiento clásico de nuestro artículo 350 del Código civil en relación con el subsuelo. Así ya mencionamos como Scaevola venía a configurar una utilización del subsuelo accesoria respecto de la edificación superficiaaria. Hoy esta accesoriad, en determinadas instalaciones, puede ser matizada (por ejemplo, el garaje privado puede arrendarse o enajenarse, pero ello no supondrá sino que se convierta en accesorio de otra edificación próxima: así ocurrirá cuando el propietario arriende su plaza de garaje a empleados de un cercano edificio de oficinas), pero no deja de constituir un elemento inseparable, si no jurídica sí funcionalmente, de estas instalaciones. No atenta así contra tal interpretación, bajo nuestro modesto punto de vista, ni tan siquiera el floreciente tráfico jurídico de que son hoy objeto los garajes, instrumentado a través de las figuras jurídico privadas anteriormente glosadas; la razón es evidente: siempre se tratará de un tráfico restringido a usuarios de las que, en contraposición al concepto de edificación accesoria, cabría llamar edificaciones principales próximas.

Lógicamente entendemos que la intensidad de esa utilización posible del subsuelo, habrá de ser conforme con su carácter accesorio y el punto de referencia vendrá constituido, en principio al menos, por la edificación a la que sirve, debiendo entenderse a estos efectos como tal la edificada o edificable en la parcela o solar de los cuales el subsuelo es parte integrante.

En cuanto a las instalaciones subterráneas para usos comerciales, industriales, etc., no parece descabellado entender que, si cumplen los demás requisitos establecidos por la legislación urbanística y el planeamiento de desarrollo, puedan ser edificadas, pero sometidas a las limitaciones establecidas por el límite de la edificabilidad máxima, por vía

---

da), sin que ello implique alteración del número de plantas para vivienda y ante la ausencia de "norma impeditiva, excluyente o prohibitiva de la licencia".

— También en la STS de 21-3-1972 se aceptan los considerandos de la Audiencia Territorial donde claramente se alude a que los garajes "tampoco constituyen espacios habitables con cuyo cómputo se incrementa la densidad de población en función del cual (*¿de la cual?*) se establece y ha de valorarse el dato del volumen de edificabilidad".

— Por su parte la STS de 4-10-1988 viene a revocar el fallo de la Audiencia Territorial de Bilbao que a su vez declaró nula la resolución denegatoria de licencia del Departamento de Política Territorial del Gobierno Vasco, debido a la existencia de un traspase volúmétrico de locales de planta baja a viviendas, *con aumento notorio de la densidad de población*, que en el caso de autos era ya, según el Plan Parcial, superior al límite de viviendas por hectárea fijado en el TRLS.

analógica y al implicar una indudable incidencia sobre la densidad poblacional de la zona planificada.

## EPILOGO

Con estas modestas líneas no se ha intentado sino apuntar unas pautas de control en relación con la edificación en el subsuelo cuando no existe plan o bien cuando sus normas resultan oscuras o no refieren expresamente a las instalaciones subterráneas. Hemos intentado por un lado respetar y defender la vigencia de los artículos 348 y 350 del código civil en tanto configuradores de un principio general de libertad en favor del propietario, al cual se alude por el Tribunal Supremo bajo muy diversas fundamentaciones (artículo 6 del Reglamento de servicios de las Corporaciones locales, carácter reglado de las sentencias con la secuela ineludible de que toda denegación haya de ser motivada o bien citando expresamente tales preceptos), pero cuya vigencia parece indiscutible, en tanto por otro intentamos reducir la aplicación de esos artículos a lo que estimamos deben ser sus justos términos, evitando consecuencias que conviertan el subsuelo en vía de escape a las limitaciones establecidas por el planificador. Ahora bien, el subsuelo plantea numerosísimos problemas aún, cuyo tratamiento exhaustivo ha sido eludido tradicionalmente. La concepción absoluta, ahora no ya de la propiedad privada sino del dominio público, que parece extenderse, este sí, desde el cielo y hasta los infiernos, lo cual junto con la progresiva patrimonialización de ese dominio público en favor de la administración titular, conlleva la publificación de sectores cuyo cierre a la iniciativa privada no ha sido debidamente justificado (así, los aparcamientos públicos gestionados a través de la concesión administrativa) (40) es otro interesantísimo problema por resolver.

Pero existen otros que tocan más de cerca al derecho privado; así, es corriente que en los Planes de Urbanismo se exceptúen del cómputo de la edificabilidad los garajes que el propio plan impone como obligatorios y en la medida en que lo son. En algunos planes se impone además la vinculación del uso de una vivienda o local con el de la plaza de garaje que corresponda (41). Dado que la Resolución de la Dirección General de los Registros de 20-12-73 admite el pacto estatutario que establezca la prohibición de transmitir por separado la propiedad de vivienda y local para aparcar (aún siendo distinto transmitir el dominio o el uso) la enajenación o arrendamiento será un acto nulo en base al artículo 1255 del Código civil? Recuérdese antes de desechar tal posi-

---

(40) Esta aplicación del artículo 350 del Código Civil al dominio público ha sido criticada por SAINZ MORENO, F., op. cit. pág. 208.

(41) Vinculación admitida por el Tribunal Supremo (Sala 4.<sup>a</sup>) en su sentencia de 22-6-1981.

bilidad, que la nulidad parcial del precio establecido por encima del máximo autorizado en la compra-venta de Viviendas de Protección Oficial, es jurisprudencia reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo y téngase en cuenta el hoy indubitado carácter normativo de los planes.

Todavía quedaría la problemática relativa al importantísimo problema de los aprovechamientos atribuibles al subsuelo. Girando el sistema legal en torno a la relación valor del suelo/volumen edificable, ¿puede alegar el propietario de un terreno se tome en consideración el valor de una edificabilidad que el plan no otorga expresamente o que, aún otorgándola, exceptúa del cómputo de la edificabilidad? La STS de 10-4-1990 (Sala 3.<sup>a</sup>) toma en cuenta los garajes cuya superficie no se incluía en la edificabilidad señalada en las normas subsidiarias de aplicación *pero que podía ser construida* (caso típico de nuestro estudio), según se reflejaba en un anteproyecto de viviendas a construir en los terrenos expropiados y en un Estudio de detalle; ¿se habría tomado en consideración tal superficie sin la existencia de tales documentos, que no obstante carecen de eficacia normativa alguna, no pudiendo por tanto innovar el ordenamiento del cual son meros instrumentos aplicadores?

Todas estas dudas y muchas más forman parte de la poco cuidada regulación del subsuelo, en contraste con la creciente importancia atribuida al mismo en el tráfico jurídico. Nos hubiera gustado abordar detenidamente cada supuesto pero nos parece haber agotado ya con creces la paciencia del lector en relación con tema tan arduo y complejo, quedando a la espera de que, una vez más, la evolución legislativa desarrolle en esta materia empujada por la tecnología.



# INFORMACION LEGISLATIVA (\*)

A cargo de

PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH  
LUIS MIGUEL LOPEZ FERNANDEZ

## 1. DERECHO CIVIL

### *3. Derechos reales*

#### **1. REGIMEN ESPECIAL DE LA PROPIEDAD. Regulación del Patrimonio Histórico de Andalucía.**

**Ley del Parlamento de Andalucía 1/1991, de 3 de julio («B.O.E.» del 26).**

##### A) Exposición

Al amparo de las competencias atribuidas por el artículo 13 n.º 27 y 28 del Estatuto de Autonomía, se ha procedido por el Parlamento Andaluz a la promulgación de la presente norma, cuya declarada intención es la de definir un marco general en el cual se acojan los planteamientos de la Ley Estatal 16/85 del Patrimonio Histórico Español, sirviendo así como complemento y desarrollo de la misma. Podrás resumir del siguiente modo los aspectos más relevantes de la regulación autonómica:

1) Se ha atendido por el legislador a la necesidad de coordinar la acción protectora de la Ley con la legislación urbanística y en consecuencia se posibilita la intervención de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente en el procedimiento de tramitación del correspondiente planeamiento y en la actividad urbanística de los particulares en relación con los bienes inmuebles objeto de protección.

2) La Ley presentada crea el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, modulándose en su texto el régimen jurídico aplicable a los bienes constitutivos del mismo según hayan sido estos objeto de inscripción genérica o específica, estableciéndose un régimen de autorizaciones previas más estricto en relación con estos últimos.

3) Se opta por la subvención y el acuerdo con los particulares como instrumentos de preferente utilización para promover su colaboración, estableciéndose la consi-

---

(\*) Referida a las disposiciones publicadas en el «B.O.E.» durante el segundo trimestre de 1991.

deración de las ayudas concedidas como créditos refaccionarios anotables en el Registro de la Propiedad, cuya cancelación tendrá lugar una vez verificado el cumplimiento de los condicionantes impuestos para el otorgamiento de la subvención.

4) Además se aligeran los formalismos establecidos para la aceptación de donaciones o legados de bienes muebles del Patrimonio Histórico Andaluz con la finalidad de garantizar su efectiva permanencia en Andalucía, facultándose a tales efectos al Consejero de Cultura y Medio Ambiente.

5) Tienen reflejo igualmente en la regulación autonómica los tradicionales deberes de conservación y custodia, puestos a cargo de propietarios, *titulares de derechos o simples poseedores* de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz, contemplándose la posibilidad de acudir a la expropiación por causa de interés social en el supuesto de incumplimiento de tales deberes.

6) Son también destacables los derechos de tanteo y retracto establecidos en favor de la Administración autonómica para el caso de que se pretenda transmitir la titularidad o *tenencia* de bienes catalogados.

Cabe señalar por último que en la Disposición comentada se contiene una tipificación de infracciones, sistematizadas en muy graves, graves y menos graves, con sus correspondientes sanciones y sujetos responsables, cuya inspiración responde a la idea de que la actuación antijurídica no pueda ser nunca fuente de lucro.

## B) Observaciones

La presente disposición plantea una serie de problemas derivados de la perniciosa parcelación del ordenamiento y que, si bien son detectables también en mayor o menor medida en la Ley Estatal 16/85, del Patrimonio Histórico Español, no por ello resultan menos perturbadores para la seguridad jurídica garantizada por el art. 9-3 de nuestro vigente texto constitucional. Así, los deberes de conservación y custodia son puesto a cargo, según ya dijimos, de propietarios, titulares de derechos y simples poseedores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Andaluz (de propietarios o, en su caso, titulares de derechos reales o poseedores, se habla en la vigente Ley Estatal y a los propietarios, poseedores o usuarios se refería con similar imprecisión, el texto derogado de 1933). Sin embargo, el art. 16-2 del texto autonómico recoge la posibilidad de que los destinatarios de las órdenes de ejecución administrativas, encaminadas a promover coactivamente el efectivo cumplimiento de tales obligaciones, se liberen cuando el coste de las obras o previsiones impuestas exceda del 50 por 100 del valor total *del bien* de que trate, siempre que ofrezcan a la Consejería competente la transmisión de sus respectivos *derechos sobre el indicado bien*, por el precio por ellos estimado al calcular el porcentaje que supone sobre el total el coste de las actuaciones impuestas. Resulta evidente la inspiración del precepto en la contemplación del derecho de propiedad, toda vez que si se trata de un derecho real y obligacional que faculta a su titular cualquier utilización del bien en cuestión ¿qué papel juega el valor del bien? El módulo sería en todo caso el del derecho de que se trate, pero entonces ¿qué ocurre si el dere-

cho no es transmisible, como sucede señaladamente con el derecho real de uso (art. 525 del Código Civil)?

Más sorprendente resulta la regulación de los derechos de tanteo y retracto establecidos en favor de la Administración Autonómica, por cuanto, se contemplan en el art. 18-1 de la ley autonómica en relación con la transmisión de la titularidad o *tenencia* de bienes catalogados, añadiendo, en el apartado 2 del mismo precepto, que la voluntad de transmitir la titularidad o *tenencia* de bienes catalogados habrá de ser notificada a la Administración con dos meses de antelación, indicando el *precio* y *condiciones* con que pretendan *enajenarse*. Este apartado viene a explicar de algún modo que son únicamente las transmisiones onerosas por actos inter-vivos las sometidas a los citados derechos de tanteo y retracto, pero no salva la grave imprecisión terminológica de este artículo al resultar palmaria la disparidad existente entre la transmisión de la tenencia (a que se alude en el art. 430 del Código Civil denominándola posesión natural) y el concepto jurídico de enajenación. También resulta evidente que no toda enajenación ha de materializarse a través de un negocio jurídico oneroso, con lo cual vuelve a plantearse la falta de sintonía existente en la terminología.

Tampoco parece demasiado adecuado denominar derechos de tanteo y retracto a los establecidos en el art. 18-3 de la norma autonómica, toda vez que, reproduciendo la regulación contenida en el art. 38-2 y 3 de la Ley Estatal 16/85 igualmente criticable, se faculta a la Consejería competente a abonar en dos anualidades como máximo (dos ejercicios económicos en la ley estatal), el precio por el que se iba a enajenar o se enajenó el bien.

Por último también resulta destacable la posibilidad conferida a la Administración para el establecimiento, en los supuestos de inscripción específica, de las instrucciones particulares que concreten, para cada bien y su entorno, la forma en que deben materializarse las inconcretas obligaciones previstas genéricamente en la ley para los propietarios o poseedores de bienes catalogados (art. 11-1 de la ley comentada). Estamos ante un acto administrativo (inclusión en el catálogo), que no se limita a aplicar la ley, sino que se desarrolla el estatuto jurídico de un bien determinado con pretendida eficacia *«erga omnes»* y cuya publicidad se garantiza en el artículo 6-2 de la norma autonómica.

## 2. DERECHO REGISTRAL

### 2. REGISTRO CIVIL. Reforma Parcial de su Reglamento. R.D. 1063/1991, de 5 de julio («B.O.E., del 9»).

La presente disposición viene a establecer la documentación precisa para justificar el domicilio del progenitor o progenitores a efectos de proceder a la inscripción del nacimiento en el correspondiente Registro Civil, en aquellos supuestos en que el alumbramiento acaeciera en municipio distinto del meritado domicilio.

Además se amplía el plazo de declaración a treinta días cuando se acredita la concurrencia de justa causa que habrá de hacerse constar en la inscripción.

### 3. DERECHO MERCANTIL

#### 3. SOCIEDADES. Regulación de las Sociedades Anónimas Deportivas. Real Decreto 1084/1991, de julio («B.O.E» del 15).

En virtud de este Real Decreto se procede al desarrollo del nuevo modelo de asociacionismo deportivo delineado por la Ley del Deporte, de la cual ya se diera noticia en el fascículo I del tomo XLIV de esta revista, mediante el establecimiento de las peculiaridades necesarias para adaptar el régimen general de la Sociedad Anónima al mundo del deporte y entre las cuales podríamos destacar las siguientes:

- 1) Se contemplan normas especiales en relación con el capital de las Sociedades Anónimas Deportivas (siempre respetando la cifra mínima establecida por la legislación de Sociedades Anónimas) y con el proceso fundacional de las mismas, revistiendo especial interés, en este último aspecto, la intervención administrativa, articulada a través del Consejo Superior de Deportes y del Registro de Asociaciones Deportivas.
- 2) También se imponen rigurosas limitaciones a la posibilidad de ostentar simultáneamente la titularidad de acciones en dos o más sociedades que participen en la misma competición, bien sea de forma directa o a través de personas o entidades que constituyan una «unidad de decisión», sujetando determinados negocios jurídicos relativos a las acciones de las Sociedades Anónimas Deportivas a especiales requisitos de notificación.
- 3) Las disposiciones relativas a la Administración de las Sociedades Anónimas Deportivas contenidas en el Real Decreto presentado, vienen a contemplar una serie de causas específicas de incapacidad para desempeñar una serie de causas específicas de incapacidad para desempeñar el cargo de Administrador, estableciéndose además el régimen jurídico de las garantías a prestar por los administradores, la necesidad de acuerdo de la Junta General para la realización de determinados actos o negocios jurídicos y la obligatoriedad de comunicar a la Liga Profesional aquellos acuerdos que supongan modificación de los Estatutos Sociales, estando la mencionada entidad, así como los accionistas que representan al menos el 5 por 100 del capital social legítimos para la impugnación de tales acuerdos.
- 4) Se contienen también las disposiciones relativas al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto conferidos en favor de determinados entes públicos por la antes citada Ley del Deporte para el caso de enajenación a título oneroso de instalaciones deportivas pertenecientes a una Sociedad Anónima Deportiva.
- 5) Por último, en las Disposiciones Adicionales de la norma comentada se contienen una serie de preceptos principalmente referidos a los avales bancarios a prestar por las Juntas Directivas a los clubes no obligados a adoptar la forma societaria, abordándose en las Disposiciones transitorias el régimen jurídico aplicable al complejo proceso de transformación de clubes o de adscripción de equipos profesionales a Sociedades Anónimas Deportivas.

#### 4. VALORES MOBILIARIOS. Regulación de las ofertas públicas de adquisición.

Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio (BOE del 2 de agosto).

##### A) Exposición

La regulación de las ofertas públicas de adquisición de valores (O.P.A.) tiene por objeto establecer un procedimiento que asegure, en términos generales, la igualdad de oportunidades para los titulares de tales valores que deseen aceptar los términos de la oferta.

Este procedimiento puede utilizarse voluntariamente por cualquier adquirente de acciones o valores convertibles en ellas y sólo estará sujeto a los requisitos y trámites establecidos en la presente disposición cuando se refieran a valores cotizados en Bolsa (O.P.A. voluntaria, art. 8).

Pero, en otras ocasiones, el procedimiento se impone obligatoriamente para determinadas adquisiciones.

##### *Clases de O.P.A. obligatoria:*

1) Adquisición de participación significativa: Se produce el supuesto cuando concurren los siguientes requisitos:

- que se pretenda adquirir acciones u otros valores convertibles en ellas o que permitan su adquisición;
- que dichas acciones sean cotizadas en Bolsa, y
- que la participación final en el capital

de la sociedad alcance el 25 por 100 o el 50 por 100 o, encontrándose entre ambos límites, se adquiera un 6 por 100 en doce meses.

Este caso de O.P.A obligatoria es el regulado con más detalle, dedicándose especial atención a los siguientes extremos:

- a) Destinatarios de la oferta, que serán todos los titulares de acciones con voto en ese momento, de derechos de suscripción y de obligaciones convertibles. Podrá también dirigirse a los titulares de «warrants» o similares en la misma forma general.
- b) Alcance mínimo de la oferta, a un porcentaje del capital social (10 por 100) o al preciso para alcanzar determinada participación (llegar al 75 por 100 cuando el oferente pretenda alcanzar o superar el 50 por 100).
- c) Cómputo de la participación significativa. Una vez impuesta la acumulación de participaciones vinculadas a un centro único de decisiones, el Real Decreto contempla casos singulares, como los de usufructo o prenda de acciones (este último difícil de

entender, art. 72 de la Ley de Sociedades Anónimas), disposición contractual de derechos de voto, derechos de suscripción o adquisición de acciones y adquisición sobrevenida mediante fusión o toma de control de otra entidad. Este último caso puede revestir características distintas según la condición de la sociedad fusionada o controlada, sometiéndose a un régimen particular.

También se individualizan las adquisiciones de participaciones significativa producidas indirectamente, al reducirse el capital social o en ejecución de contratos de aseguramiento de emisiones, pues el mecanismo de la O.P.A sólo se impone aquí para actuaciones posteriores ó después de un plazo.

Finalmente, se excluye la obligatoriedad de la O.P.A en operaciones realizadas por entes públicos de garantía financiera, expropiaciones forzosas o en ejecución de reordenaciones de sectores económicos. Es evidente que la oferta pública carecería de sentido si los accionistas unánimemente acuerdan una venta o permuto de la totalidad de las acciones (art. 4, c), pero igual criterio deberá seguirse para el caso de fusión por absorción, no citado, en que el procedimiento a seguir tutela debidamente los derechos del accionista.

2) Modificación de los Estatutos de la sociedad: Es preciso el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Titularidad única de acciones que representan más del 50 por 100 de los votos;
- que la sociedad tenga sus títulos admitidos a cotizar en Bolsa y
- que, por primera vez, desde la adquisición del porcentaje de votos citado, se proponga la modificación estatutaria. Las excepciones a la formulación de este tipo de O.P.A se fundan en razones varias, como la voluntad del resto de los accionistas, la escasa relevancia de la modificación, la falta de interés contrario de los accionistas o la anterior formulación de otra oferta pública.

En este tipo de oferta deberán comprenderse todas las acciones de la sociedad con derecho a voto y la contraprestación será dineraria.

3) Exclusión de la negociación bursátil: Se trata de una medida que impondrá la Comisión Nacional del Mercado de Valores si estimase insuficientes los procedimientos previstos por la sociedad para defensa de los intereses de sus accionistas disconformes.

La peculiaridad de la oferta radica en el precio a ofrecer, que deberá ser aprobado por la Comisión, sin ser inferior al que resulte de la aplicación conjunta de los criterios contables y bursátiles (valor teórico, valor liquidativo, cotización media, precio ofrecido anteriormente).

4) Reducción de capital: Se aplica el procedimiento de la O.P.A para la adquisición de acciones propias tendente a una reducción de capital, además del debido cumplimiento de lo establecido en la Ley de Sociedades Anónimas.

*Reglas generales:* Son de aplicación a todas las ofertas públicas las siguientes normas:

— Forma contractual de compraventa, permuta o mixta, salvo que se imponga la contraprestación en dinero. Los valores que se ofrezcan en permuta habrán de ser cotizados en Bolsa o emitidos por la sociedad oferente.

— Constitución de garantías tanto del pago de la contraprestación en dinero como la disponibilidad de los títulos que se ofrezcan.

*Procedimiento:* La tramitación de la O.P.A sigue un procedimiento complejo y exige la elaboración de extensa documentación. A continuación se reseñan solamente las fases o etapas del mismo.

1) Presentación ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la solicitud y documentación complementaria. La Comisión suspenderá cautelarmente la negociación bursátil de los valores afectados y durante la suspensión deberá ser informada de cualquiera transmisión de ellos que se formalice (art. 12 p. 3).

De los documentos que han de acompañar a la solicitud destaca el folleto explicativo, que debe recoger todos los elementos de la oferta.

2) Autorización de la Comisión, que deberá dictarse en el plazo de 15 días hábiles desde la solicitud. El acuerdo denegatorio es recurrible en vía contencioso-administrativa.

3) Publicación de la oferta en los boletines oficiales y en periódicos.

4) Plazo de aceptación que se fijará por el oferente sin que pueda ser inferior a un mes ni superior a dos, y siendo prorrogable dentro de dicho límite máximo.

5) Incidencias sobrevenidas. Aunque las ofertas públicas son irrevocables y no queda a la voluntad del oferente su libre alteración o retirada, se preven supuestos excepcionales en que cabe modificar una oferta ya formulada (mejorando sus condiciones) o desistir de ella. Especial importancia revisten las limitaciones a que queda sometido el oferente para actuar fuera de los cauces de la O.P.A iniciada o ya concluida (art. 23).

6) Aceptación de la oferta a través de cualquier Sociedad o Agencia de Valores y Bolsa.

7) Publicación del resultado por las Sociedades Rectoras de las Bolsas.

8) Liquidación de la oferta, con aplicación, en su caso del prorratoe de los valores que excedan del límite impuesto.

*Reglas especiales:* Se dedican dos capítulos del presente Real Decreto para regular dos figuras o aspectos singulares:

1) Las ofertas competitadoras se refieren a valores objeto de una O.P.A en tramitación. Deben autorizarse por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y suponer

una mejora de la oferta precedente. Estas ofertas permiten la revocación de las aceptaciones ya emitidas y habilitan también al primer oferente para mejorar su primitiva oferta o desistir de ella.

2) Las ofertas que puedan dar lugar a operaciones de concentración de empresas afectadas por la Ley de Defensa de la Competencia (16/1989, de 17 de julio), deberán comunicarse al Servicio competente, quedando condicionadas a la resolución favorable del expediente.

*Régimen de control:* La aplicación de las normas sobre O.P.A queda sujeta al régimen general previsto en la Ley del Mercado de Valores; además se establecen dos medidas:

a) El deber de abstención de intervenir en operaciones que infrinjan esta normativa, impuesto a las Sociedades, Agencias de Valores y fedatarios públicos.

b) La suspensión del ejercicio de derechos políticos por el adquiriente de acciones que omita la formulación de la correspondiente oferta pública. Tal suspensión se mantendrá mientras los títulos no sean transmitidos o se formule oferta de adquisición del resto de las acciones. Teniendo en cuenta los supuestos de la O.P.A obligatoria, es utópico pensar que se alcance el acuerdo unánime e individual del resto de los accionistas para aprobar la adquisición (art. 40 p. 3).

#### B) Observaciones:

El Real Decreto reseñado constituye un desarrollo de la Ley del Mercado de Valores, 24/1988, de 28 de julio (arts. 34 y 60) y sustituye al anteriormente vigente Real Decreto 279/1984, de 25 de enero, con ventaja, pues la nueva regulación es mucho más completa y precisa. No obstante, alcanzado este estado de detalle en la regulación, cabe preguntarse por el funcionamiento real del sistema de O.P.A y, sobre todo, por el cumplimiento de su fin principal, la garantía del principio de igualdad entre los titulares de los valores que se adquieren.

En relación con el primer punto, no cabe dudar de la continuada aplicación de la O.P.A evidente en España durante el presente año. Prácticamente todas las clases se ofertas se han producido, especialmente para la adquisición de una participación de control, pero también como preparación de una fusión y para la exclusión de la cotización bursátil. Pero siempre la formulación de la O.P.A aparece como un requisito enojoso que los adquirientes deben cumplir. Salvo muy contadas excepciones la O.P.A no es el canal principal para lograr el control de la sociedad; los adquirientes ya tienen éste asegurado por otros caminos, de forma que el resultado final de la O.P.A es prácticamente irrelevante.

El fin básico, la tutela del inversor, sobre todo del pequeño en volumen, se cumple escasamente, pues juegan contra ello las limitaciones cuantitativas del capital que se adquiere, con aplicación generalizada de las reglas de prorrata, y la falta de cumplimiento de los criterios que, para actuaciones futuras, se establecen en el procedimiento de la O.P.A.

No es admisible llegar a concluir calificando el procedimiento de la O.P.A como superfluo, pero sí reconocer que sus objetivos son limitados y no cabe encumbrarlos. Con la O.P.A se trata de aumentar la transparencia del mercado bursátil, asegurando la difusión de informaciones de general interés, evitar la realización de operaciones desligadas de tal mercado y, claro está, impulsar la participación de todos los accionistas en los momentos críticos de la vida de la sociedad, no es un mecanismo de cobertura de riesgos, ni siquiera un medio de dar liquidez al mercado bursátil, para lo que existen otros instrumentos. Y los fines que se han señalado anteriormente se cumplen sobradamente por la nueva regulación que, por momentos, llega a ser farragosa.

**5. MERCADO HIPOTECARIO: Se modifican algunos preceptos de su regulación reglamentaria.**

**Real Decreto 1289/1991 de 2 de agosto (BOE del 10).**

La norma básica reguladora del Mercado Hipotecario, la ley 2/1981, de 25 de marzo, fue desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo (véase su reseña en este Anuario, XXXV-III disposición n.º 9 de la Información legislativa) al que se introducen, ahora modificaciones limitadas.

Aparte de reflejar en esta regulación la nueva estructura de las entidades de crédito de capital estatal, se trata de facilitar la emisión de títulos hipotecarios. Para ello se retoman los siguientes aspectos:

1. Los límites de la cobertura exigible para las emisiones de cédu las y bonos, reconiéndose normas especiales para los préstamos relativos a edificios en construcción.
2. El régimen y configuración de las sociedades de tasación.
3. Las cédu las hipotecarias podrán representarse mediante anotaciones en cuenta, con las peculiaridades que ello supone.
4. Se incluyen las participaciones hipotecarias en la cobertura precisa para la emisión de cédu las.
5. Las participaciones hipotecarias se regulan nuevamente para fomentar su emisión y aumentar las garantías del titular.
6. Al contemplar las operaciones sobre valores hipotecarios propios se prevé la posible amortización anticipada de los mismos.

**6. VALORES MOBILIARIOS: Se establecen reglas para identificar los de elevada liquidez.**

**Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 31 de julio de 1991 (BOE del 12 de agosto).**

Una clasificación tradicional de los valores mobiliarios, especialmente importante desde el punto de vista financiero, se hace atendiendo a su liquidez, es decir, a su aptitud

tud para ser realizados o convertidos en dinero en el momento que decida su titular. Los valores de liquidez elevada constituyen inversiones más seguras, por lo que son adecuados para materializar los fondos de entidades sujetas a reglamentaciones especiales, como compañías de seguros instituciones de inversiones colectiva o entidades de financiación.

La regulación española de los Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario (Ley 46/1984, de 26 de diciembre y Reglamento aprobado por el Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre) limita sus inversiones en valores que no gocen de elevada liquidez, previendo que administrativamente se establezcan los criterios determinantes de tal cualidad.

La presente Orden Ministerial exige tres caracteres de concurrencia simultánea para configurar los valores de elevada liquidez:

1. Negociación en un mercado secundario organizado, sea oficial o no.
2. Pronta realización del valor, que se presume si existen otros análogos del mismo emisor con difusión y negociación elevada o si entidades especializadas han asumido el compromiso de ofrecer contrapartidas en el mercado.
3. Vencimiento del valor o de la operación en un plazo igual o inferior a dieciocho meses.

Corresponde a la Comisión Nacional del Mercado de Valores comprobar el cumplimiento de los caracteres anteriores y publicar la relación de valores concretos que merezcan la calificación.

Como puede observarse, la Orden añade el requisito del vencimiento a la pura caracterización de la liquidez, desvirtuando su significado. Ello se debe al destino de la norma, los FIAMM, pues los activos propios de los mercados monetarios son precisamente de corto plazo de vencimiento.

# BIBLIOGRAFIA

## Libros

**ANGEL YAGÜEZ, Ricardo de:** «La doctrina del Levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia», Madrid 1991, segunda edición (revisada y ampliada), Editorial Civitas, 211 págs.

El autor en el presente trabajo se propone, de forma exclusiva, recoger y sistematizar las sentencias que en los últimos años se han dictado por el Tribunal Supremo con aplicaciones, más o menos explícitas, de la doctrina del levantamiento del velo.

Aunque todas las sentencias reseñadas en esta obra tienen como denominador común evitar que por medio de la cobertura formal de la persona jurídica se lesionen los intereses de terceros (doctrina del «levantamiento del velo»), R. de Angel opta por sistematizarlas en función del siguiente criterio:

— Sentencias en que el levantamiento del velo jugó a efectos de las reglas de responsabilidad civil, para imputarla al titular de los intereses escondidos bajo la forma de una persona jurídica o para desprendérse los Tribunales de esta cobertura en aspectos de orden meramente procesal pero decisivos para el pronunciamiento sobre el fondo.

— Otro grupo de sentencias (las más numerosas y de mayor interés), se refieren a casos en que el Tribunal se adentró en el descubrimiento de los intereses ocultos bajo la capa de la persona jurídica y así proyectar sus soluciones no sobre la persona jurídica en sí, sino sobre los titulares de dichos intereses.

Hay ocasiones en que el levantamiento del velo viene justificado por el Tribunal Supremo a partir de consideraciones de marcado carácter ético, al ver en la utilización del artificio de la persona jurídica un objetivo contrario a las exigencias morales de comportamiento social. También, en algunos casos el levantamiento del velo de la persona jurídica tiene presente a ésta como objeto, no como sujeto de la relación controvertida.

Particular atención le presta el autor al levantamiento del velo (también a través de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo) en la sociedad de un solo socio o, en general, de la persona jurídica de un único miembro.

También, se recogen casos en que el levantamiento del velo juega a efectos de la tercera de dominio, o pone de relieve operaciones fiduciarias, o incluso se practica en casos en que el disfrute de bienes puede verse ensombrecido por una forma social determinada.

Otras sentencias aluden a situaciones en que lo determinante del levantamiento del velo por parte del tribunal es cualquier forma de desfiguración de la realidad propiciada por el nombre o denominación de la persona jurídica sin más.

Al final de la obra incluye el autor algunas sentencias dictadas en el orden jurisdiccional laboral que pueden servir como material para una elaboración doctrinal de carácter puramente civil.

Para terminar, debemos resaltar que esta segunda edición tiene las siguientes novedades: De un lado, se incluyen sentencias posteriores a la preparación de la edición primitiva (y algunas anteriores), con cita, en algún caso, de referencias doctrinales recientes; por otra parte, al final del libro se añaden algunas resoluciones del orden contencioso-administrativo con el fin de ampliar el ámbito de la recopilación jurisprudencial, a pesar de que el análisis que realiza el autor intenta referirse principalmente al terreno jurídico privado.

IGNACIO DIAZ DE LEZCANO

**CRISTOBAL MONTES, Angel: «Las Obligaciones Indivisibles». Editorial Técnicos, 1991, 154 págs.**

Antes de entrar en la referencia de los contenidos particulares de los diferentes capítulos en los que se encuentra dividido el estudio que presenta el profesor Cristóbal Montes, es conveniente destacar desde un punto general dos aspectos meritorios en el mismo. El primero es el propio estudio que sale a la luz, dado el parco tratamiento de que han sido objeto en nuestra doctrina las obligaciones indivisibles, lo que proporciona al presente un mayor valor dado que trata desde posturas rigurosas en sus planteamientos de dotar al estudio de dichas obligaciones de un importante elemento de estudio. Dentro de lo que es el propio estudio, hay que resaltar el énfasis con el que defiende, frente a otras posturas doctrinales, la ubicación de estas obligaciones, no como un *tertius genus*, sino su incardinación dentro de las obligaciones mancomunadas, pero respetando las especiales características que resultan del objeto de la obligación.

Dicho lo anterior, podemos descender al contenido de los nueve Capítulos en los que se encuentra dividida la obra.

Tiene el primero un carácter introductorio y de acercamiento histórico a la materia objeto del estudio. El autor sienta en el mismo la noción de lo que ha de entenderse por indivisibilidad, debiéndose atender tanto a la sustancia de la prestación como a la manera en que las partes la han configurado, señalando que el problema de la indivisibilidad encuentra su verdadero encaje en las obligaciones con pluralidad de partes.

Desde el punto de vista histórico realiza un breve recorrido por la situación y carácter de las obligaciones indivisibles en el derecho romano y en el *ius commune*, deteniéndose en la doctrina de Pothier desarrollada sobre la elaborada por Dumoulin, indicando la influencia que tuvieron las ideas de aquel tanto en la elaboración del *Code* como en el *Codice de 1865*.

El segundo Capítulo se encuentra dedicado al planteamiento de la cuestión dentro de nuestra doctrina, señalando las características del Proyecto de 1851, el cual sigue a su modelo francés, acercando el régimen de las obligaciones indivisi-

bles al de las obligaciones solidarias, aunque se produce una modificación fundamental al estatuirse el sistema de indivisibilidad de las deudas del causante.

Dedica el resto del Capítulo a presentar los diversos posicionamientos doctrinales en torno a las obligaciones indivisibles, derivadas del análisis del Anteproyecto de Código de 1882-88, especialmente la del profesor Díez-Picazo, que entiende que pueden ser consideradas como «obligaciones en manos común», diferentes de las solidarias y de las mancomunadas. Para el autor, el supuesto del incumplimiento de estas obligaciones nos revela su verdadero carácter, en el artículo 1150, el cual no es otro que el de la mancomunidad, mediante el juego de los artículos 1139 y 1150, el primero al establecer restricciones al funcionamiento de las obligaciones mancomunadas y el segundo al revelar su naturaleza ante el incumplimiento.

En el tercero de los Capítulos expone el concepto de obligación indivisible y lo distancia de las obligaciones solidarias. Parte de una idea base, la de que sólo podrá ser admisible un fraccionamiento del objeto o un cumplimiento parcial, si el interés del crédito no sufre quebranto. Ello traslada el problema desde un aspecto subjetivo al aspecto objeto, de modo que se evita la tentación de aproximar el régimen de estas obligaciones al de las solidarias.

Respecto de las diferencias entre la indivisibilidad y la solidaridad, para el autor la más característica, se encuentra en el grado de vinculación que existe entre los diferentes sujetos, contingente en la indivisibilidad y de mayor fuerza en las solidarias.

Dedica el Capítulo Cuarto a las fuentes de estas obligaciones, rechazando el criterio clásico de indivisibilidad por el objeto o por la voluntad, al entender que no puede usarse un criterio uniforme para lo que resulta ser dispar, aunque cree que a la hora del cumplimiento la diferencia es estéril por lo que prefiere centrarse en supuestos concretos en función de la conducta que ha de desarrollar el deudor.

Junto a lo anterior analiza el problema de la supuesta existencia de obligaciones indivisibles de origen legal, centrarse en el estudio de los supuestos del artículo 145 y 1169 del Código Civil. Niega el anterior carácter a lo preceptuado en ambos preceptos, entendiendo que el primero es un supuesto de obligación solidaria y que el segundo realmente hay que reconducirlo al momento del pago y no a la estructura de la obligación.

Rechaza igualmente la comunicación de la indivisibilidad del carácter de una prestación a la otra en las relaciones sinalagmáticas.

Dedica los Capítulos Quinto y Sexto al análisis de las obligaciones indivisibles de dar, de hacer y de no hacer.

Respecto de las primeras y partiendo del estudio de la expresión «cuerpos ciertos» en el artículo 1151, así como de la posibilidad de la divisibilidad intelectual en la trasmisión del derecho, llega a la conclusión de que el carácter de divisible o no en las obligaciones de dar, debe fundarse sobre la divisibilidad del objeto, no del derecho a transmitir. Igualmente aplica este criterio para las obligaciones de transmitir o constituir un derecho y para las obligaciones de restituir o entregar la posesión de la cosa.

Para determinar el carácter de divisible o no de la cosa, acude a los criterios de la división de las cosas en comunidad de bienes o de la comunidad hereditaria, y así será indivisible la cosa cuando las partes que resulten no conserven la sustancia, no cumplan la función o sumen el valor del todo.

Respecto de las obligaciones de hacer, entiende el autor que el acreedor sólo obtendrá satisfacción cuando el objeto de la obligación se ejecute por entero, pero considera que los sucesivos actos realizados por el deudor, desde el punto de vista interno de la obligación, tendrán el carácter de cumplimiento parcial, aunque desde el punto de vista externo la obligación sea indivisible.

Tomando como ejemplo las obligaciones de transporte o de custodia, llega a la conclusión, en función de la correlación objeto-prestación, contraria a la obtenida en las obligaciones de dar, de que en estas obligaciones lo determinante para concretar su naturaleza divisible o no, no se encuentra en la posibilidad de que la cosa lo sea, sino que habrá de estarse a lo prometido por el deudor. En relación a la construcción de un edificio, típico ejemplo de obligación indivisible, el autor así lo considera, salvo para el supuesto del artículo 1592 en relación con el artículo 1151.

En relación a las obligaciones de no hacer, el autor utiliza criterios semejantes a los empleados para las *in faciendo*, indicando que cabe su divisibilidad pero contemplada desde la perspectiva no del cumplimiento sino del incumplimiento parcial. Esto determina que si el incumplimiento parcial lesiona por entero al acreedor, la obligación sería indivisible y si le permite aún obtener provecho del respeto del resto de la obligación, ésta sería divisible.

El Capítulo Séptimo, lo dedica la régimen jurídico de la indivisibilidad, insistiendo en su idea ya expuesta de deslindarla de las obligaciones solidarias. El capítulo está centrado fundamentalmente en el estudio del artículo 1150, señalando las diferencias con el artículo 1124, siendo el primero de carácter claramente indemnizatorio, aunque no excluye que el acreedor, pueda acudir a lo dispuesto en el artículo 1124, aunque no suponga ello una proximidad entre ambos preceptos, insistiendo que el primero ha de entenderse dentro del «verdadero» incumplimiento, cuando la prestación sea realmente de imposible ejecución.

En relación al segundo inciso del artículo 1150, entiende que se trata de una norma específica y particular de las obligaciones indivisibles, ya que en su ausencia habría que recurrir a los principios generales en materia de responsabilidad del deudor y a las normas específicas de la mancomunidad, las cuales llevarían a resultados diferentes.

Respecto de la posibilidad contemplada por otros autores de que el régimen de este precepto suponga realmente una mera facultad, a la que pueda optar si el cumplimiento parcial no le interesa, aun a pesar de que de reservarse acciones frente a los deudores incumplidores, rechaza tajante la posibilidad.

Los Capítulos Octavo y Noveno se dedican al análisis de las obligaciones indivisibles con pluralidad de acreedores y con pluralidad de deudores.

Respecto de las primeras, y en relación al artículo 1139 entiende que no debe caerse en el maniqueísmo de referirse al acto como perjudicial o beneficioso, sino que la referencia debe realizarse a los efectos que produzca el acto.

Analiza igualmente el supuesto de la reclamación judicial del crédito, en la que admite que se lleve a cabo de forma aislada por uno de los acreedores. Realiza un recorrido por el panorama doctrinal, criticando aquellas posturas, que si bien llegan al mismo resultado, utilizan el recurso de la comunidad de bienes, ya que entiende que son supuestos completamente diversos. Para el autor la posibilidad de actuación individual deriva de la peculiar naturaleza de la obligación, que exige

su división en tantas relaciones obligatorias particulares cuantos sean los sujetos, ya que la indivisibilidad de la cosa, en ningún momento implica que se abandone el campo de la mancomunidad, para entrar en el de la solidaridad.

En relación a la pluralidad de deudores, acepta plenamente la necesidad de que la reclamación se deduzca frente a todos, teniendo a su disposición aquéllos, en caso de que no se haya producido en dicho sentido, la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario.

Estudia la posibilidad de existencia de excepciones a dicho principio, resolviendo para los supuestos en los que se hubiesen producido diferentes actitudes de los deudores frente al cumplimiento, y en los que la cosa debida solo estuviese en poder de uno de aquéllos, que no obstante, la reclamación deberá plantearse frente a todos ellos.

La misma regla, entiende el autor, que deberá observarse en relación a toda actuación del acreedor en defensa del crédito que deba causar efectos sobre el total de los deudores; e igualmente la entiende aplicable, para el supuesto de la interrupción de la prescripción rechazando la posible aplicación del artículo 1975.

EMILIO MURCIA QUINTANA

**ESPIN CANOVAS, Diego: «Las facultades del derecho moral de los autores y artistas», Cuadernos Civitas, Madrid 1991, 169 págs.**

Es digna de reseña la aparición de una monografía sobre el derecho moral de los autores y artistas, si bien debemos lamentar su extensión, pues las limitaciones editoriales impuestas al autor han recortado planteamientos y desarrollos de temas tan interesantes, como los que apunta el profesor Espín Canovas, autor de anteriores trabajos dedicados al tema monográfico (*Actualidad e Investigación Cultural*, n.º 24, septiembre 1986) y a otros vecinos (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril 1988). La limitación editorial del espacio ha hecho resentir el aparato bibliográfico citado, mucho menor que el manejado durante la elaboración de este trabajo.

La obra es pues antes sugerente que concluyente y ahí reside su mayor valor. Cómo no cerrar las páginas de este libro y seguir planteándonos las relaciones del autor o del artista intérprete con sus causahabientes y la necesidad doctrinal y jurisprudencial de concebir un abuso del derecho moral de autor, que, de por sí, dadas sus exorbitantes facultades, se presta a ello. Se dirá que la institución del derecho moral es indispensable para concebir la propiedad intelectual y que la fuerte protección del autor, lejos de perjudicar a la sociedad, le sirve a la misma, pues su situación contractual de privilegio, aunque sea sufrida por su contraparte —nunca sin indemnización, previa o no—, es garantía de su monopolio e indirectamente, beneficia a la comunidad al estimular la investigación y la creación literaria artística y científica con la atribución de unos derechos especiales, sometidos, sin embargo, a caducidad.

Del desdibujado reconocimiento del derecho moral en la Ley de 1879 al sistemático régimen de 1987 no hay sólo un mero paso del legislador ordinario, sino una aquilatada construcción doctrinal (Dánvila, Ansorena, Cuevas, García Llansó y López Quiroga hasta Pérez Serrano que glosa el derecho moral en esta Revista

en 1949 y los sistemáticos y elaborados trabajos de Peña (Comentarios al CC dirigidos por Albaladejo) y Caffarena (Comentarios a la LPI), así como los incesantes trabajos de Delgado Porras (orales y escritos), Rogel y el propio Espín, miembro de la comisión redactora de la nueva Ley de 1987). La mayoría de autores citados beben de fuentes francesas e italianas y eso explica en parte su preferencia por calificar el derecho moral como derecho de la personalidad, «no innato», dice el autor de esta monografía siguiendo a Castán.

Otra cosa sería de haber seguido las fuentes alemanas y ello aunque Kohler en 1907 hablaba de un derecho de la personalidad del editor (se mezclaban aspectos morales y de competencia desleal) o que los tratadistas alemanes utilizan la expresión Urheberpersönlichkeitsrecht, exactamente igual que la ley italiana habla de derecho de la personalidad del autor, cosa que la ley francesa no hace. El mayor inconveniente no es que no toda persona tenga derecho moral de autor, a diferencia de otros derechos de la personalidad innatos, sino que una persona tiene tantos y distintos derechos morales de autor como obras haya creado, inembargables, inalienables e irrenunciables en sí mismos y en favor de terceros, quizás susceptibles de renuncia abdicativa indirecta, pues el derecho del art. 20.1.b) CE, de ser derecho, debe permitir «abandonar y renunciar a la obra» (PEÑA) y, por tanto, a todos los derechos nacidos de su creación. La imprescriptibilidad es sólo parcial (art. 41 LPI) referida sólo a la paternidad y el respeto a la integridad de la obra, quedando el derecho de divulgación e inédito, cuyo ejercicio es transmisible *morts causa* (art. 15) y, en ocasiones excepcionales, ejecutable forzosamente por el Juez (art. 40 LPI). Los demás derechos morales se extinguían con la muerte del autor (Alvarez Romero en 1969 ya formulaba esta idea, para el régimen anterior, que tenía una sola excepción, el art. 44 derogado).

La afirmación o negación de que el derecho moral de autor sea un derecho de la personalidad no permite, a mi juicio, afirmar o negar automáticamente que sea derecho fundamental en la CE de 1978. Las diferentes posturas fueron expuestas en su día, provocadas en su mayor parte como comentario a la sentencia del TS de 9-12-85 sobre el célebre caso de Pablo Serrano. Por un lado, se niega que se reconozca en el art. 20.1.b), porque se encuentra reconocido en el art. 33, como especial propiedad que es, y porque el citado precepto constitucional protege un genérico derecho a crear y producir, además de que el TS en 1985 así lo entendió. (El TC, en sentencia de 18-3-87 no llegó a pronunciarse sobre el fondo del asunto). Por otro, la ponencia Constituyente defendió en su día el entonces art. 19.1.b) aludiendo a la sentencia del derecho comparado de fundamentalizar los derechos de autor (art. 27.2 Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 42 Constitución portuguesa) y parece que esta intención del constituyente es relevante, además de que no todo el mundo encuentra sentido a un genérico derecho a crear y producir, que no sea libertad de expresión (art. 20.1.a) CE) o creación literaria artística o científica ya realizada. No se cita tanto en la doctrina civilista la STS, de la Sala 5.<sup>a</sup>, de 5 de junio de 1987. El propio Tribunal Supremo considera materia constitucional y susceptible de amparo la pretensión de dos autores de un Manual de Euskaldunización cuya paternidad e integridad había sido desconocida por la Administración autonómica vasca. Dice el fundamento Quinto de la citada resolución que se ha producido vulneración del derecho reconocido en el art. 20.1.b) CE por no evidenciar de manera patente la autoría del libro.

Con posterioridad a la Ley de 1987 que comenta el profesor Espín, el propio Tribunal Supremo ha resuelto en dos ocasiones acerca del derecho moral de autor, de manera no exactamente coincidente. La STS de 19-7-1989 consideraba que la no atribución de paternidad de una escultura a su verdadero creador en una Enciclopedia podía repararse en forma específica, pero era improcedente la indemnización pecuniaria pues no quedaba acreditado que la cotización del escultor hubiera mermado como consecuencia de dicha omisión. Sin embargo, el art. 125 LPI no exige, en supuesto de daño moral, la prueba del daño material y, por otra parte, la lesión de su cotización no es idéntica a la lesión de su reputación (integrada entre otras cosas, por el catálogo de sus obras, del que se excluye la escultura en cuestión hasta que no se publica el anuncio en la prensa rectificando la omisión en la enciclopedia). La recientísima STS de la sala 1.<sup>a</sup> de 3-6-91 apreció daños por los desperfectos causados en unos cuadros cedidos gratuitamente por un pintor a un Ayuntamiento para su exposición. La petición en instancia fue tan modesta (los daños que el Tribunal estime), que los fallos oscilaron entre el millón y medio de pesetas de Instancia, el medio millón de la Audiencia y el millón fijado finalmente por el Supremo. Lo peligroso de los casos donde la lesión del derecho moral implica un daño material (desperfectos en los cuadros) es que entre los medios jurídicos profesionales, y atendida la peligrosa doctrina de la STS de 19-7-89, se crea que los daños morales deben probarse milimétricamente (carece de sentido pues es bien abundante la jurisprudencia sobre honor, intimidad e imagen) o que no son indemnizables si no se produce un lucro cesante o merma de cotización del autor, esto es, si no van acompañados de daños materiales. Confiamos en que la obra del profesor Espín Canovas contribuya a conocer mejor el derecho moral de autor y a disipar estas nieblas de la incipiente jurisprudencia sobre la LPI de 1987.

JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ TAPIA

**GUILARTE GUTIERREZ, Vicente: «Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales», Lex Nova, Valladolid 1991, pág. 611.**

I. El tema central de la presente monografía, aparte de quedar perfectamente definido por el título de la misma, lo resume el propio autor en el preámbulo de su trabajo al señalar las pretensiones del mismo: Se intenta dar solución a cómo quiso el legislador de 1981 ordenar el sistema de responsabilidad en el marco de la sociedad de gananciales, contrastando para ello el problema con la práctica de los tribunales, lo cual nos permite tener una visión no sólo estrictamente legal sino también práctica de la evolución de los problemas planteados. Para ello, el sistema utilizado se centra, según las propias palabras del autor, en la realización de una investigación no derivativa (bajo la pretensión de no valerse para su estudio de lo ya creado por otros autores), así como en la exclusión del sistema de citas amplias, limitándose a recoger trabajos directamente relacionados con la materia investigada, intentando con ello dar un enfoque original de los temas, aventurando para ello planteamientos y soluciones diferentes a los de la doctrina española y extranjera.

II. Se divide el estudio en tres partes perfectamente interrelacionadas que ponen de manifiesto la coherencia expositiva del trabajo, constituyendo las dos primeras una base, perfectamente articulada para el desarrollo de lo que constituye el problema central del estudio, la responsabilidad de los bienes gananciales.

La primera de ellas, con cuatro capítulos, se centra en el estudio de cuestiones generales, en las que se incluyen básicamente conceptos y temas previos sin los cuales no podría llegarse a una perfecta comprensión del tema. Así, el Capítulo Primero se refiere al Régimen económico matrimonial (págs. 25 a 51); el Segundo, a delimitar los conceptos de Gestión y responsabilidad en la órbita patrimonial del matrimonio (págs. 53 a 92); el Tercero, al análisis de los procedentes históricos (págs. 97 a 129), y el Cuarto completa el panorama con el análisis del derecho comparado sobre responsabilidad de bienes. La segunda parte del estudio analiza el problema de la Gestión de los bienes comunes, dedicándose su Capítulo Primero a la Administración de tales bienes (págs. 227 a 302), y el Segundo a los actos de disposición sobre bienes comunes (págs. 306 a 328). Y, por último, la Tercera parte dedicada al estudio del tema central del trabajo, donde el autor cumple sobradamente con las pretensiones iniciales estudiando el tema de la Responsabilidad de los Bienes comunes, dedicando el Capítulo Primero al estudio de las esferas interna y externa de las relaciones obligatorias (págs. 339 y 365); el Segundo al análisis de las concretas normas de responsabilidad interna (págs. 374 a 414); el Tercero a la responsabilidad externa de los bienes comunes (págs. 417 a 481), los capítulos Cuarto a Sexto al estudio de problemas concretos íntimamente vinculados con el tema de la responsabilidad, y que se traen al estudio por la trascendencia práctica de los mismos (Capítulo Cuarto referido al especial estatuto de la vivienda familiar en orden a su responsabilidad por deudas familiares (págs. 485 a 499); Capítulo Quinto sobre responsabilidad de los bienes comunes por fianzas concertadas unilateralmente (págs. 501 a 517), y Capítulo Sexto dedicado al estudio del art. 1373 del Código Civil (págs. 522 a 547), para terminar en el Capítulo Séptimo con el estudio de la responsabilidad de los bienes gananciales tras la disolución y liquidación del régimen (págs. 549 a 603).

III. Entrando ya en la referencia a las cuestiones estudiadas por el autor, tenemos que poner de manifiesto la existencia en el mismo de un hilo conductor, que entendemos está presente en la totalidad del trabajo: La necesidad de poner de manifiesto que en el régimen de responsabilidad de los bienes gananciales previsto legalmente existe una clara y evidente diferencia entre los supuestos de responsabilidad externa (aquellos en que provisionalmente responden tales bienes por las deudas contraídas conjunta o unilateralmente por los cónyuges), frente a los de responsabilidad interna de los mismos (referida a los supuestos en que responde definitivamente el consorcio). Dato éste que se pone de manifiesto en el análisis de los propios preceptos cuando se diferencia entre las deudas que son «de cargo de la sociedad de gananciales», frente a las que son responsabilidad de la misma.

Para llegar a tal formulación, el autor de la presente monografía realiza un detallado estudio no sólo de los textos legales, sino también de abundante jurisprudencia (lo que otorga un eminentemente carácter práctico al trabajo) unas veces compartida y otras criticada. Si bien, partiendo del análisis de cuestiones generales de forma que el lector va intuyendo los problemas a analizar, teniendo al mismo tiempo una panorámica general de la ubicación de los mismos.

Así, en la primera parte del trabajo, como ya se ha indicado, se estudian una serie de cuestiones generales (referencia al régimen económico matrimonial, a los conceptos de gestión y responsabilidad, así como los antecedentes históricos y el derecho comparado), enfocadas todas ellas al problema central objeto de estudio. Dentro del análisis del régimen económico, el autor pone de manifiesto la necesidad de su estudio, dado que el mismo es el contexto en el que se ubica el tema de la responsabilidad, centrándose no obstante en el régimen de gananciales, por ser el único régimen que ampara la existencia de una masa consorcial. Refiriéndose a los principios básicos que rigen el mismo: *a)* El de igualdad, con una especial vinculación con el tema de la responsabilidad. Principio que, sin embargo, en la práctica diaria del funcionamiento de los matrimonios no se lleva a los extremos realmente previstos por el legislador, lo que ha llevado a que en la práctica los tribunales se amparen más en la realidad social que en los criterios legales; *b)* El de actuación en interés de la familia, principio que según el autor sólo juega en la esfera patrimonial en ausencia de preceptos expresos que ordenen el supuesto con tal concreción, lo que determina —y ello tiene una trascendencia básica en orden a la determinación posterior del sistema de responsabilidades— que la actuación de un cónyuge en base a tal principio no sea decisiva para calificar como consorcial el débito contraído; *c)* Los principios de libertad de pactos e igualdad de derechos como límite a la libertad capitular.

Por otro lado, y como parte esencial de su estudio, el autor analiza el sistema legalmente previsto en orden a la gestión de los bienes gananciales (regla de cogestión como principio general, frente a los supuestos excepcionales, aunque más numerosos en que se permite la gestión individual), nuevamente enfocado hacia el tema central: la responsabilidad, partiendo del criterio generalmente admitido de que quien puede gestionar un patrimonio es también quien se encuentra facultado para responsabilizarlo, siendo necesario no obstante, que tal actuación se enmarque en los límites que legal o voluntariamente tenga atribuidos. Llegando en este punto, también de gran trascendencia sobre el problema de la responsabilidad, a rechazar la ya tradicional configuración de la sociedad de gananciales como comunidad germánica, entendiendo que a la vista de la actual normativa en materia de gestión y responsabilidad, aquella se aproxima más a la comunidad romana, si bien teniendo en cuenta que recae sobre un patrimonio afecto al levantamiento de determinadas cargas y que la cuota resulta intrasmisible e inconcretable hasta el momento de la liquidación. Ciertamente tal postura tiene una gran trascendencia cara al planteamiento de los posteriores problemas justificando por otro lado la posible detención individual de los bienes gananciales por uno de los cónyuges.

Para completar la panorámica general expuesta se analizan los antecedentes históricos en cuanto sirven para ver si nuestra legislación anterior, sobre la base de la desigualdad de los cónyuges, establecía consecuencias en cuanto a la vinculación de los bienes gananciales, diferentes en principio del actual régimen de responsabilidad. Para ello se hace un recorrido histórico, analizando primero el sistema de facultades dispositivas, y posteriormente el de la responsabilidad, partiendo de la legislación anterior al Código Civil, centrándose en dos etapas diferentes: Los Fueros Viejos y las Colecciones legislativas (derecho anterior a la recepción y posterior, previo al Código Civil), pasando al proyecto de García Goyena y el proyecto del Código Civil, para analizar posteriormente el sistema de gestión y res-

ponsabilidad en el Código Civil y posteriormente en las reformas de 1958, 1975 y la última de 1981. Centrado ya en esta última pone de manifiesto que el actual sistema de responsabilidad se fundamenta en criterios objetivos (atendiendo a la finalidad del gasto y no al cónyuge que los realiza), rechazando nuevamente el principio de actuación en interés de la familiar como base determinante de aquélla en los supuestos de actuación individual de uno de los cónyuges.

Termina la exposición de esta primera parte con un análisis del derecho comparado (Derecho francés, italiano, alemán, suizo, portugués y brasileño) en cierta medida influyente en nuestro ordenamiento jurídico. Centrándose básicamente en el estudio del sistema de gestión y responsabilidad previsto respecto de los regímenes, legales o convencionales en que se parte de un sistema comunitario.

IV. La segunda parte del trabajo, como ya se indicó al inicio de la presente recensión, se dedica a un estudio detallado de los supuestos de administración y disposición sobre los bienes gananciales, previstos legalmente, desmenuzando cada texto legal, partiendo de los supuestos de administración conjunta, las excepciones a la misma, para llegar a los supuestos de disposición conjunta y las excepciones a la misma.

La finalidad perseguida por el autor en esta segunda parte se dirige a sentar base para su exposición final sobre el tema de la responsabilidad. De forma que, si se parte del principio de que quien administra un bien puede obligarlo, nada mejor que analizar detalladamente los supuestos en que legítimamente se puede administrar, o disponer de un bien conjunta o individualmente, para posteriormente tener clara tal facultad de obligarlo.

Entrando en los supuestos de administración conjunta, el autor analiza los arts. 1375 y 1376, centrando su estudio en el problema de la interpretación que haya de darse a la exigencia de tal consentimiento (si el consentimiento ha de implicar codisposición o simple asentimiento, y por otro lado, si estamos ante un sólo consentimiento o una dualidad, postura esta última admitida por el autor, entendiendo que no obstante la sanción ante la ausencia de uno de ellos difiere de la establecida en materia de comunidad ordinaria —anulabilidad y no nulidad—, lo cual tiene una clara incidencia en la relación externa. En cuanto a los supuestos de excepción a la administración conjunta, que denomina indistinta de carácter excluyente (salvo en el caso del art. 1386 del Código Civil), realiza un estudio pormenorizado de los supuestos (art. 1319, 1384, 1385, 1386, 1366 y 1371 del Código Civil). El mismo criterio detallista se utiliza para el análisis de los actos de disposición (conjunta o indistinta), siendo destacable en este punto la referencia a un problema que es objeto posterior de análisis separado: el de la fianza concertada unilateralmente por uno de los cónyuges, adelantando ya su postura en el sentido de entender que actualmente para la valoración de la misma ya no es relevante si se trata de un acto de administración o disposición, sino de si el cónyuge que la realiza se encuentra facultado para ello, fundamentalmente porque la trascendencia del acto está en función de si puede o no responsabilizar el patrimonio consorcial.

Ciertamente, en esta segunda parte del trabajo, se le da al lector una visión completa de los supuestos en que ambos cónyuges, o uno sólo de ellos, se encuentran legitimados para administrar o disponer del patrimonio.

V. Entrando ya en la tercera parte del trabajo, el autor nos pone inicialmente sobre aviso del tratamiento a otorgar, centrándose en lo que más arriba comentamos como una de las cuestiones esenciales del mismo. Así se estructura esta últi-

ma y esencial parte diferenciando entre los supuestos de responsabilidad externa y los de responsabilidad interna. Por ello, el autor en este punto redobla su esfuerzo en demostrar que ambas esferas de responsabilidad existen, aunque incluso el TS las haya confundido en innumerables ocasiones —que detalladamente recoge—, y que, por otro lado, dichas esferas están perfectamente delimitadas en el propio Código Civil. Así, partiendo del origen de la distinción en los conceptos de deuda y responsabilidad, dedica parte de su trabajo a delimitar las diferencias entre los dos preceptos básicos en que se recogen ambos supuestos (el art. 1362 a la responsabilidad interna y el 1365 a la externa).

Mientras que el primero de los preceptos contiene una serie de supuestos que son cargo definitivo de la sociedad de gananciales, el segundo se refiere a aquellos otros en que los terceros pueden actuar contra los bienes comunes, aunque definitivamente éstos no hayan de responder, lo que hace comprensible el posterior juego de recompensas y reembolsos entre las diferentes masas patrimoniales. Aparentemente, es cierto, señala el autor que los supuestos de responsabilidad interna y externa parecen coincidir, si bien dedica su esfuerzo a demostrar que ello no es absolutamente cierto:

a) Así, las adquisiciones onerosas aparecen como carga del consorcio en el art. 1362, pero no en el 1365, encargándose de poner de manifiesto que ello no es fruto de un descuido del legislador, por cuanto las mismas sí aparecían como responsabilidad provisional del consorcio en el primitivo proyecto de 4 de octubre de 1978, para ser posteriormente suprimidas de su redacción.

b) Los gastos por disposición de bienes privativos son responsabilidad del consorcio (1365), pero no carga definitiva del mismo (1362).

c) El art. 1362 no alude al ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio a que se refiere el 1365. De la misma forma que en el primero de ellos se incluye como carga los gastos en la explotación regular de los negocios, y no en el segundo, o la gestión o disposición de los bienes gananciales que por ley o pacto corresponda a uno de los cónyuges, prevista como responsabilidad externa y no como carga definitiva del consorcio.

Por ello, en definitiva rebate la tesis que mantiene la unificación del pasivo de la sociedad de gananciales en el art. 1362 del Código Civil.

Tras dejar clara su postura al respecto, y en capítulos diferentes, se dedica a analizar con precisión el conjunto de normas que junto con los citados preceptos base, recogen supuesto de responsabilidad interna (art. 1362, 1363, 1366, 1371, 1364) y externa (art. 1365), centrándose en aquellas cuestiones que sobre los mismos han sido objeto de mayor debate doctrinal y jurisprudencial.

Los últimos capítulos del trabajo están dedicados al análisis, como ya se dijo, de cuestiones de gran trascendencia práctica, vinculadas íntimamente con el objeto de estudio:

a) En cuanto al estatuto de la vivienda familiar, se centra el discurso sobre la posibilidad de que la misma, en los supuestos de ocupación dominical, sea objeto de un sistema de responsabilidad diferente al resto de los bienes gananciales, dada la ausencia de normativa específica al respecto. En cuanto a los supuestos de responsabilidad (externa) por deudas comunes, tras presentar como posible solución la tesis mantenida por algunos autores, en defensa de la inembargabilidad por deudas contraídas unilateralmente, o la inclusión de tal bien dentro de un patrimonio separado ajeno a las posibles acciones de los terceros acreedores, pone de mani-

fiesto que al no haberse previsto un sistema especial de responsabilidad, puesto que los arts. 1320 del Código Civil 91.1 y 144.5 del RH son normas de responsabilidad interna, resulta evidente que la vivienda familiar está sometida al mismo régimen de responsabilidad que el resto de los bienes comunes.

Por otro lado, también se hace extensible tal responsabilidad cuando de deudas privativas se trata, puesto que la acción de los terceros contra la misma queda abierta a la luz del art. 1373 del Código Civil.

b) De gran trascendencia práctica resulta igualmente el problema de las fianzas concertadas unilateralmente por uno de los cónyuges, a los efectos de determinar la responsabilidad externa del consorcio. En este punto es donde el autor difiere más de la postura tradicionalmente mantenida por la Jurisprudencia de nuestro TS, que sistemáticamente ha venido apoyándose en el criterio de la actuación «en interés de la familia» para responsabilizar los bienes gananciales ante tal tipo de actos, admitiendo en tal caso la onerosidad de la misma.

Para el autor, la fianza en todo caso se trata de un acto gratuito, de conformidad con lo establecido en el art. 441 del Código de Comercio aplicable por la remisión que el art. 1365 del Código Civil *in fine* establece. Resultando, no obstante indiferente tal gratuitad porque lo realmente trascendente es si el cónyuge que se obliga puede efectivamente responsabilizar con su actuación el patrimonio consorcial. Y, para saber si ello ocurre la única posibilidad es remitir la fianza a los supuestos del art. 1365 del Código Civil donde en principio parece no encajar el supuesto.

c) Analiza en el Capítulo Sexto el problema del art. 1373 del Código Civil.<sup>1</sup>

Tras referirse a los presupuestos sustantivos del mismo, se centra en los procesales, y en concreto en la relación existente entre el citado precepto y el 144 del RH, así como en los cauces procesales para hacer viable la actuación excluyente prevista en el artículo. Respecto de la primera de las cuestiones y tras criticar la posición mantenida por la DGRN a partir de la resolución de 28 de marzo de 1983, el autor pone de manifiesto que mientras que el art. 144.1, párrafo final en su relación con el art. 1373, ha de entenderse que basta con la simple notificación de la demanda al cónyuge no deudor para que actúe conforme al precepto del Código Civil, puesto que la deuda aparece como externamente privativa, en el supuesto del 144.1 es necesario en todo caso demandar a ambos cónyuges porque la deuda es externamente consorcial y el cónyuge puede oponerse y defenderse en la propia litis.

En cuanto a la segunda cuestión (cauce procesal del precepto), tras rechazar las posibles opciones al mismo (comparecencia del cónyuge solicitando la puesta en marcha del art. 1373, incidente de previo y especial pronunciamiento, oposición al juicio ejecutivo), mantiene que el cauce adecuado es el de la tercera de dominio, pese al rechazo sistemático del TS en este punto, que se apoya en la tradicional concepción germánica de la sociedad de gananciales para mantener su postura, criticada como ya vimos por el autor.

VI. No podía faltar como complemento de un trabajo tan prolífico, una referencia al régimen de responsabilidad de los bienes gananciales tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. En este momento parece que al legislador le preocupa más la protección de los terceros que el interés familiar.

En primer lugar, se pone de manifiesto algo que en la práctica resulta evidente: Las garantías de aquéllos no son las mismas en todos los supuestos de disolu-

ción del régimen (no es lo mismo que la sociedad se disuelva por fallecimiento, separación o divorcio que si ello ocurre como consecuencia de una crisis económica del matrimonio que determina la alteración de aquél en capitulaciones matrimoniales con la consiguiente adjudicación al cónyuge que no contrajo las deudas de todos o parte de los bienes comunes).

Por ello el autor se dedica en las páginas finales de su amplio trabajo a analizar los mecanismos de defensa de los acreedores en tales casos. Siguiendo los esquemas presentados por el profesor LACRUZ, se analizan en primer lugar los derechos de los mismos tras la disolución y antes de la liquidación y los existentes en el momento de liquidar, analizando profusamente los arts. 1402, 1317, 1399 y fundamentalmente el 1401 del Código Civil.

Resulta interesante en este punto el tratamiento que se hace del problema de la impugnación de las Capitulaciones Matrimoniales otorgadas en fraude de acreedores. Tras referirse a las posibles soluciones propuestas (nulidad radical, acción rescisoria, acción revocatoria o pauliana, o la innecesidad de declaración judicial alguna ya que la responsabilidad de los bienes persiste *ex lege*), el autor entiende que la más adecuada es la posición del TS en Sentencia de 13 de junio de 1986, que partiendo de la aplicación del art. 1317, que con tales capitulaciones queda vulnerado, lo que ocurre realmente es la perpetuación del crédito frente a los terceros acreedores, por lo que los bienes antes sujetos, siguen igualmente sometidos a tal responsabilidad. En definitiva se predica la inoponibilidad de las citadas capitulaciones a los terceros.

Por último, se completa la exposición con el análisis del tratamiento registral de la materia (del problema de la modificación del régimen en capitulaciones matrimoniales), dirigiendo su estudio a los arts. 144.2 del RH (que entiende ha de ser interpretado literalmente en cuanto a la necesidad de dirigir la demanda contra el cónyuge adjudicatario de los bienes) y el art. 144.4 del RH, de igual interpretación literal que el anterior.

En cuanto a las deudas privativas, y ante la duda de si persiste tras la disolución la posible aplicación del art. 1373 del Código Civil, con la consiguiente agresión sobre los bienes anteriormente comunes, se rechaza tal posibilidad, entendiendo que en tales casos, la única vía con la que contarían los acreedores privativos sería la de los arts. 1111 y 1129 del Código Civil.

PILAR BENAVENTE MOREDA

**PARRA LUCAN, M.<sup>a</sup> Angeles: «Daños por productos y protección del consumidor», Barcelona, 1990, 677 págs.**

1. Uno de los riesgos que corre la literatura jurídica sobre la protección de los consumidores es el de caer en una demagogia fácil, que sustituya el rigor y la profundidad científica por discursos más o menos bien hilvanados acerca de los abusos a que se ve expuesto el consumidor, y la necesidad de evitarlos, pero sin llegar mucho más allá: como los malos cómicos de antaño que, para evitar el abucheo ondeaban la bandera al final de sus representaciones, parece que en este caso basta con adornar un trabajo con consideraciones dispersas acerca de la penosa situación del consumidor, y con afirmaciones enérgicas acerca de la nece-

sidad de cortar los abusos; una breve alusión a la Constitución, y queda todo dicho.

El antídoto de este veneno, que puede llegar a desacreditar los intentos serios por construir un sistema de protección jurídica a los consumidores, es —al menos en parte— la realización de investigaciones rigurosas, a partir del manejo de las categorías jurídicas generales, para así comprender mejor tanto el entronque de ese sistema protector, y de los mecanismos y técnicas que lo caracterizan, con la dogmática tradicional, como lo novedoso de sus planteamientos, en una interacción especialmente fructífera. Es esta una labor, dicho sea de paso, absolutamente necesaria en nuestro campo: los civilistas no podemos permitirnos el lujo de dejar de lado, por desinterés, desidia, pereza o ignorancia, una materia delimitada funcionalmente (por su finalidad de protección de los consumidores), por la que en mi opinión pasará ineludiblemente buena parte del futuro del Derecho civil patrimonial, como punta de lanza del Derecho privado de la producción y contratación en masa.

A estos planteamientos responde, más que sobradamente, el libro de la Dra. Parra Lucán. En él se aborda uno de los tópicos emblemáticos del Derecho Privado del Consumo, por su importancia práctica y su entidad teórica: la responsabilidad del fabricante, o, en terminología más ajustada, el régimen de responsabilidad por daños causados con ocasión del uso o consumo de un producto. Es difícil dar noticia del contenido y características de una obra tan sólida, minuciosa y extensa como esta, en el breve espacio de una recensión. Por eso, me voy a limitar a poner de relieve algunos de sus rasgos metodológicos más relevantes, así como determinados aspectos de su contenido, en la esperanza de animar a quien lea estas líneas, a hacer lo propio con la obra recensionada. Vale la pena.

2. Esta monografía es la tesis doctoral de su autora. En la metodología empleada se advierte la mano experta de nuestro común maestro, el prof. García Cantero (responsable en buena medida, también del acierto en la elección del tema), pero también se puede apreciar una madurez no del todo usual en el empleo armónico y equilibrado de las técnicas de la investigación jurídica.

Llama la atención, en primer lugar, la profusa utilización del Derecho comparado, pero no como mero alarde de erudición, sino como instrumento útil para la construcción del sistema español de responsabilidad de daños por productos (que es cabalmente para lo que la autora acude a él: véanse las págs. 35 y s. y 129 y s.). Esta utilización se desarrolla en dos niveles diferentes, y complementarios: 1). En el primero, de contenido más amplio, la Dra. Parra Lucán expone compendiadamente los modelos generales más importantes que, sobre esta misma materia, se dan en el Derecho comparado (pp. 35 y ss. y 130 y ss.); la selección no es arbitraria o superficial, sino que se centra precisamente en la utilidad que esos modelos generales puedan tener para la mejor comprensión y elaboración del sistema español (véanse, por ejemplo, las consideraciones acerca de los modelos seleccionados en las páginas 35 y 36), y 2). En el segundo, la autora emplea el Derecho comparado como fuente de materiales útiles para la interpretación de los preceptos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LCU) o de la Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos (en adelante, Directiva): de él obtiene datos, extrae problemas, deduce soluciones, para así proporcionar una visión más minuciosa y completa, en una aproximación tópica, de cada uno de los aspectos del tema objeto de estudio (los

ejemplos son muy numerosos: basta abrir el libro a partir de la página 307, para darse cuenta inmediata de ello).

Por lo demás, me parece digna de mención específica la discreción con que la autora emplea los materiales obtenidos de esta manera, con una conciencia clara de su utilidad relativa. Conciencia que le lleva, por ejemplo, a centrarse en el Derecho de USA (sin desconocer otros), que en esta materia se encuentra a varios años de distancia con respecto a la generalidad de los países de Europa (Alemania incluida): son muy ilustrativas de ello las páginas 146 y ss.

3. Resaltaré también el equilibrio interno de la exposición: la Dra. Parra Lucán no excusa problemas ni cuestiones, y se preocupa por resolverlos razonadamente; pero, consciente de su carácter muchas veces instrumental, tampoco se demora en exceso en cada uno, sino en la medida justa (y en cada caso diferente) para permitirle seguir adelante. Ello se nota especialmente en aquellas partes de su monografía que tienen más claramente ese carácter instrumental: vgr., el Capítulo II de la Segunda Parte («La reparación de los daños de productos en el Derecho español hasta 1984», págs. 187 y ss.). Es una medida prudente, porque en el análisis desarrollado se tocan cuestiones muy debatidas, y de una profundidad dogmática apreciable, en las que la autora podría haberse perdido sin gran provecho para el discurso general de su trabajo. En ocasiones, el lector curioso puede quedar insatisfecho por la concisión del tratamiento (vgr., en lo relativo al concepto de consumidor en nuestra LCU, donde legalmente las cosas quizás no sean tan claras como plantea la autora en las páginas 309 y ss.); pero la verdad es que hacer esta observación respecto a una obra que roza las 700 páginas parece más una impertinencia que otra cosa (más, si se piensa con respecto al ejemplo señalado, que la autora dedica 20 páginas a la delimitación del titular del derecho a la indemnización en la LCU).

La sistemática interna del trabajo sigue un esquema de introducción progresiva del lector en la materia, de manera que no quedan cabos sueltos (un vistazo al Índice del libro convence de ello). La lectura es fácil, habida cuenta la extensión y profundidad del trabajo; colaboran a ello notablemente los planteamientos generales que encabezan habitualmente los diferentes apartados, y las recapitulaciones que muchas veces los cierran: ambos ayudan al lector a situarse en cada momento dentro del conjunto de la obra. Ayuda que es especialmente importante en un trabajo en el que es usual el enfoque problemático.

A veces el lector (por lo menos, *este* lector) tiene la impresión de que algunas notas a pie de página deberían estar incorporadas al texto, y la sospecha de que originariamente era así, pero que consideraciones editoriales han conducido a ese resultado, para no acortar en algo un original muy extenso. Pero si ese es el precio de la publicación, ha valido la pena.

Por último, y en cuanto a estas consideraciones de carácter predominantemente metodológico, quiero referirme a las conclusiones con que finaliza la monografía: son diez, concisamente formuladas, que ocupan cuatro páginas. Es decir, que son verdaderas conclusiones: se refieren a lo más fundamental del trabajo realizado, y presuponen la argumentación desarrollada en las más de 600 páginas precedentes. El sistema me parece preferible al de intentar un resumen apretado y farragoso del libro, de extensión muchas veces desmesurada, y utilidad (en mi opinión) relativa. En lo cual veo, nuevamente, la mano del profesor García Cantero.

4. Dejo ya estas cuestiones metodológicas, para referirme a continuación al contenido de la monografía. Tengo que reiterar la advertencia realizada *supra*: es difícil hacer un resumen, aunque sea apresurado, del contenido de esta obra, por su extensión, y por la minuciosidad con la que se abordan cada una de las cuestiones. Intentaré, por tanto, aludir a los aspectos que me parecen más relevantes.

Llama la atención, en primer lugar, esa inusual división en dos partes: sobre «Seguridad de los productos: protección de la salud y seguridad del consumidor», la primera; y la segunda, acerca de «La responsabilidad por daños de productos». La justificación de este doble enfoque puede encontrarla el lector en la «Nota introductoria» que abre el trabajo. Y es que, empleando palabras de la Dra. Parra Lucán, «el estudio del tema de la responsabilidad por daños de productos no sería completo si además no se consideraran las cuestiones suscitadas por la afirmación del derecho a la salud y la seguridad de los consumidores que, en última instancia, ha sido el motor que ha impulsado la adopción de normas de responsabilidad de productos en los distintos ordenamientos, incluido el nuestro» (pág. 23). Se proporciona así una visión de conjunto de las dos fases (preventiva y resarcitoria: *vid. pág. 22*) en que se manifiesta la protección del consumidor frente a los daños que pueda sufrir con ocasión del uso o consumo de un producto.

No me voy a detener demasiado en esa primera parte, que revela ya el método de análisis que con carácter general emplea la autora: tras un planteamiento inicial, se estudia el Derecho comparado (págs. 35 y ss.), el derecho a la salud en nuestro ordenamiento (pág. 75 y ss.) y, por último, la más concreta cuestión de la protección de la salud de los consumidores en el Derecho español (págs. 93 y ss.).

5. La segunda parte, considerablemente más extensa, contiene el estudio de la responsabilidad de daños por productos, siguiendo un esquema similar aunque modalizado por la presencia de normas comunitarias específicamente reguladoras de la materia. Tras la exposición compendiada del Derecho comparado (en la que no por casualidad se aborda en primer lugar la experiencia USA), expone la Dra. Parra Lucán el *status quo* en materia de reparación de daños por productos en nuestro Derecho, hasta la promulgación de la LCU (págs. 187 y ss.): en esta parte podrá el lector calibrar las cualidades de medida y discreción a que me he referido más arriba, puesto que muchas cuestiones debatidas son expuestas y resueltas sólo en la medida en que es necesario hacerlo a efectos de la prosecución del análisis.

De esta segunda parte, el mayor interés se centra en sus capítulos III («La reparación de los daños por productos en Derecho español en la LCU»: el epígrafe es algo reiterativo) y IV («Responsabilidad por productos defectuosos en la Comunidad Económica Europea»). Con muy buen criterio, la autora se demora en ambos capítulos, que constituyen los dos pivotes sobre los que gira el sistema español de responsabilidad de daños por productos.

6. Empezaré por lo relativo a la LCU (págs. 307 y ss.). Ya he aludido antes, de pasada, a la cuestión del titular del derecho a la indemnización (págs. 309 y ss.); resaltaré ahora, únicamente, lo atinente al *by-stander*, quien en opinión de la Dra. Parra Lucán, no se ve amparado por los preceptos de la LCU (pero sí, según ella misma advierte, por la normativa general en materia de responsabilidad, o por el régimen de la Directiva), por no ser destinatario final. Y es que, efectivamente, aquí el problema no es de protección de los consumidores —en el sentido legal del término— sino de responsabilidad del profesional frente a un no consumidor

dañado: es decir, de protección del no consumidor. Precisamente por esta razón, tiene sentido que la LCU (dirigida a la protección del consumidor) no proteja al *by-stander*, pero sí lo haga la Directiva, cuyo objeto es la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

Tras el análisis de lo relativo a la delimitación objetiva (bienes y productos de los que se responde, con especial referencia a los inmuebles y los servicios: págs. 334 y ss.), la Dra. Parra Lucán aborda los criterios de imputación de responsabilidad (págs. 373 y ss.), de cuyo estudio me parece especialmente reseñable lo relativo a los defectos de diseño e información (págs. 381 y ss.), y a los riesgos del desarrollo (págs. 396 y ss.), que nuestra Ley desconoce: como advierte la autora —y resulta sangrante— «la cuestión que paralizó durante años en el seno de la CEE la aprobación de un texto uniforme en materia de responsabilidad por daños de productos no solo no está prevista en el capítulo VIII de la Ley, sino que ni siquiera fue intuida por los autores de la LCU. Ello no va a impedir, obviamente, que la experiencia práctica de nuestro país conozca situaciones del estilo...». Se apuntan, además, algunas consideraciones derivadas del análisis económico del Derecho (se refiere la autora a la afirmación de que «un tribunal no debe valorar la seguridad del diseño de un bien cuando los consumidores, aún sabiendo el riesgo que comporta su uso, lo siguen adquiriendo sin que, al mismo tiempo, se infrinja ningún requisito legal o reglamentario», pág. 383), respecto a las que es posible que el lector se quede con el deseo de conocer la opinión de la autora, porque en esas consideraciones late uno de los problemas de política legislativa fundamentales en materia de protección a los consumidores.

La sección siguiente está dedicada al complicado problema (porque en sí lo es, y porque la LCU lo complica aún más) de los sujetos responsables. El principio parece estar claro: «los autores de la Ley no quisieron limitar el régimen de responsabilidad a determinada categoría de sujetos, sino que pretendieron extenderlo a todos los que participan en la cadena de producción y distribución del producto causante del daño» (pág. 409). El problema es, en todo caso, el de la aplicación del principio a los casos particulares; y en la LCU, su concreción en los arts. 26, 27 y 28: los dos primeros no fácilmente conciliables entre sí (véanse las páginas 413 y ss.), y el último, por tratarse formalmente de una «norma descabezada» (págs. 419 y ss.). En esta sección, me ha llamado la atención el planteamiento de la Dra. Parra Lucán sobre la responsabilidad de la Administración, pero no cuando elabora o suministra el producto que ocasiona el daño, sino cuando autoriza la fabricación o comercialización de un producto defectuoso que es el que produce después los perjuicios (págs. 428 y ss.).

Tras estudiar lo relativo al resarcimiento de daños y algunas cuestiones relacionadas —la limitación del montante de la reparación o el seguro obligatorio, entre los más interesantes— (págs. 432 y ss.), dedica la autora su atención al régimen de las cláusulas de limitación y exoneración de la responsabilidad (págs. 450 y ss.). Régimen poco claro en la LCU, nuevamente por las dificultades de conciliación entre los arts. 2.3 y 10.1.c) 10, por un lado, con el art. 10.1.c) 6, por otro; sobre lo cual, acaba concluyendo que «lo que el legislador habría querido decir es que son nulas las cláusulas que limiten la responsabilidad en general, para todo tipo de eventualidades, así como aquellas otras que establezcan una limitación sólo en lo que se refiere a la utilidad y finalidad esencial del producto» (pág. 456).

Para terminar ya su estudio de la LCU, después de abordar la limitación en el tiempo a la reparación, dedica la autora su atención a la relación entre el régimen dispuesto en la LCU y otros sistemas de responsabilidad en nuestro Ordenamiento: tanto el general del art. 1902 del Código Civil como algunos especiales (caza, circulación de vehículos a motor, aeronaves).

7. El capítulo cuarto de esta segunda parte se dedica a la Directiva comunitaria, y contiene en sus 153 páginas el estudio más detenido, pormenorizado y profundo que se ha realizado de ella en nuestro Derecho, hasta la fecha (sin perjuicio, claro está, de otras aportaciones estimables, como la casi simultánea de Alcover Garau). La estructura interna del capítulo, con las variaciones impuestas por las diferencias de régimen, es paralela a la del anterior, sobre la LCU: planteamiento general, delimitación objetiva, concepto de defecto y de productor, daños indemnizables, relación de causalidad y limitación en el tiempo a la reparación; se cierra con un juicio crítico general.

De todo ello, me ha parecido especialmente interesante el análisis de la noción de defecto, en relación con la «seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho» (art. 6.1 de la Directiva: aquí aparece bien claramente la relación entre la seguridad de los productos y la responsabilidad por los daños causados con ocasión de su uso o consumo, a que me he referido *sub 4*), y con el principio de que el productor no es responsable si el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos (art. 7.d) de la Directiva) —págs. 496 y ss., pero también, para esto último, 593 y ss.—. Como advierte con razón la autora, una interpretación demasiado estricta —que ella rechaza— de este art. 7.d supondría una regresión respecto a la jurisprudencia (española, y de otros países miembros de la CEE) que ha establecido no ser suficiente acreditar la observancia de las normas legales o reglamentarias para excluir la responsabilidad del demandado. Estoy de acuerdo con ello, y con la conclusión obtenida, aunque quizás cabría apurar algo más el razonamiento, deslindando mejor el campo de aplicación del art. 7.d) de la Directiva, para diferenciarlo de la doctrina jurisprudencial aludida. En mi opinión, el precepto comunitario puede ser referido a aquellos casos en que las normas imperativas relativas a la fabricación de un producto no dejen opción posible al productor —tampoco para introducir mayores niveles de seguridad—, de manera que la legalmente impuesta es la única forma en la que puede elaborar el bien de que se trate sin arriesgarse a una sanción: caso este en el que parece razonable excluir su responsabilidad (que debería gravitar sobre la Administración). Es diferente el supuesto, más habitual, en el que las normas legales o reglamentarias lo que hacen es marcar unos niveles mínimos de seguridad, pero dejando en libertad al productor de sujetar la elaboración de sus productos a niveles de seguridad más altos: en este caso, distinto del anterior, parece que sería aplicable la jurisprudencia antes mencionada, porque esas normas legales o reglamentarias no impiden al productor procurar que sus productos gocen de un nivel mayor de seguridad.

Se cierra el libro con un breve capítulo dedicado al Derecho español ante la Directiva CEE (págs. 621 y ss.), en el que se abordan fundamentalmente los planteamientos generales conducentes a la implementación de dicha Directiva, y los Proyectos existentes hasta la fecha del trabajo. En esta sede echo de menos una alusión a la posibilidad de que puedan ser algunas Comunidades Autónomas o Forales las competentes para llevar a efecto esa implementación: pienso, por

ejemplo, en Navarra, y en la legitimación que a esos efectos cabe deducir de los arts. 48 y 56 de la Ley Orgánica de Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, y de la ley 488, párrafo 2.<sup>o</sup>, del Fuero Nuevo.

8. Muchas cosas de una monografía excepcionalmente rica en cuestiones abordadas y resueltas, quedan en el tintero, y justifican sobradamente no conformarse con esta superficial recensión, y emprender la lectura del libro. Me parece de justicia terminar felicitando a la autora, por su trabajo (conociéndola, no esperaba menos...); a su maestro (y mío), por la labor de dirección que ha llevado a cabo, que no pasa desapercibida al lector avisado; a los profesores Luna Serrano y Rivero Hernández, directores de la colección en que se ha publicado, por haber asumido con éxito la siempre difícil tarea de convencer a la Editorial de que publique una obra de estas características; y a todos los que nos dedicamos al Derecho civil, o nos interesamos por la protección jurídica de los consumidores, porque este enriquecedor libro se sitúa justo en la dirección correcta a que me he referido al comienzo de esta recensión.

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE



## Revistas

### REVISTAS ESPAÑOLAS

A cargo de: Isabel ARANA DE LA FUENTE  
Emilio BLANCO MARTINEZ

**SUMARIO:** I. Derecho Civil. 1. Introducción. 2. Derecho de la Persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho Inmobiliario, Registral. Derecho de Familia. 7. Derecho de Sucesores. II. Derecho Mercantil. 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y Agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. III. Derecho notarial. IV. Derecho Urbanístico. V. Derecho Procesal. Abreviaturas.

## I. DERECHO CIVIL

## 1. INTRODUCCION

- 1. BUENO ARUS, Francisco:** *Alusiones jurídico-penales en el Código Civil español*. La Ley, 1991 (I), pp. 948 y ss.

**2. STOLL, Hans y WEINREICH, Johannes** (Traducción de Jaime Santos Briz): *Evolución del Derecho Privado alemán en los años 1987-1989*, RDP, junio 1991, pp. 491 y ss.

## 2. DERECHO DE LA PERSONA

- 3. BIGERIEGO GONZALEZ-CAMINO, Ignacio:** *Consideraciones sobre los parlamentarios como posibles autores de intromisiones ilegítimas en el derecho al honor en la L.O. 1/1982 de 5 de Mayo*, Actualidad Civil, n.<sup>o</sup> 26 de 1991, pp. 337 y ss.

**4. DIEZ DEL CORRA, RIVAS, Jesús:** *Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre estado civil durante 1989 y 1990*, Actualidad Civil, n.<sup>o</sup> 27 de 1991, pp. 247 y ss.

5. **SERRA CALLEJO, Javier:** *Intromisión ilegítima en el derecho al honor y la intimidad: difamación (acusación de infidelidad conyugal). Responsabilidad solidaria de empresa radiofónica, director del programa y autor.* Comentario a la STS de 23-VII-90. CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 973 y ss.

### 3. PERSONA JURIDICA

6. **CARRANCHO HERRERO, M.ª Teresa:** *El problema del ejercicio de las actividades económicas por las Fundaciones,* RDP, febrero 1991, pp. 94 y ss.

La autora centra el trabajo en dos cuestiones. En primer lugar, la relativa a la posibilidad de que las fundaciones realicen actividades económicas. En segundo término, la referente a la disposición por las fundaciones de sus bienes propios sin necesidad de tantas autorizaciones como se vienen exigiendo, quedando, en su caso, la responsabilidad de los patronos supeditada a la aprobación por la Administración correspondiente del balance anual de cuentas.

### 4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

7. **ALPA, Guido:** *La actuación de la Directiva comunitaria sobre la responsabilidad del productor,* RJC, n.º 2 de 1991, pp. 317 y ss.

8. **ARRUE MENDIZABAL, Marta:** *Compraventa. Mandato. Ratificación por el heredero-vendedor. Justo título para usufruir.* Comentario a la STS 11-X-90. CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 1033 y ss.

9. **ATAZ LOPEZ, Joaquín:** *Imputación de pagos. Anatocismo. Resolución de contrato de préstamo. Renuncia a la solidaridad pasiva.* Comentario a la STS 10-VII-90. CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 873 y ss.

10. **BARONA VILAR, Silvia:** *La ejecución del laudo arbitral (según la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje),* Poder Judicial, n.º 21, marzo 1991, pp. 9 y ss.

La autora analiza el proceso de ejecución del laudo arbitral, regulado en los artículos 52 y ss. de la Ley 36/1988. Dada la similitud entre el laudo arbitral y la sentencia judicial, así como la remisión que la ley de Arbitraje hace a la Ley de Enjuiciamiento Civil, el trabajo desarrolla algunos puntos comunes entre uno y otra, destacando las especialidades propias del laudo que se contienen en los mencionados preceptos de la ley de 5 de diciembre en 1988.

11. **BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo:** *Defectos en vehículo comprado: reparación; defensa del consumidor; garantía; responsabilidad solidaria: legitimación; pasiva renuncia de derechos; incongruencia.* Comentario a la STS 20-X-90. CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 1075 y ss.

12. BLASCO GASCO, Francisco de Paula: *Promesa bilateral de compra y venta y contrato de compraventa. Formalización en escritura pública. Doble venta. Condición y plazo. Congruencia.* Comentario a la STS de 16-VII-90. CCJC, n.<sup>o</sup> 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 915 y ss.
13. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio: *Legitimación activa de la cooperativa contratante para ejercitar la acción de responsabilidad decenal del artículo 1591 del CC, una vez transmitidas las vivendas a los socios adjudicatarios.* Comentario a la STS de 17-VII-90. CCJC, n.<sup>o</sup> 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 931 y ss.
14. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCA, Luis María: *Contrato de transacción: título inscribible (comentario a las Resoluciones de 25 de febrero, 9 y 10 de marzo de 1988).* RCDI, n.<sup>o</sup> 603, marzo-abril 1991, pp. 1991 y ss.
15. CAVANILLAS MUGICA, Santiago: *Enfermedad de origen laboral; jurisdicción competente; responsabilidad por riesgo; prescripción: inicio del plazo desde fecha del alta médica.* Comentario a la STS de 30-X-90. CCJC, n.<sup>o</sup> 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 1143 y ss.
16. DESANTES REAL, Manuel: *Inversiones extranjeras y autorización administrativa previa: repercusión de los contratos privados subyacentes. Nota a la STS de 15-XII-1989.* La Ley, 1991 (I), pp. 993 y ss.
17. DIAZ-ALABART, Silvia: *Responsabilidad civil extracontractual. Plazo de prescripción; interrupción del plazo. Incidencia de indulto concedido.* Comentario STS de 19-X-90. CCJC, n.<sup>o</sup> 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 1059 y ss.
18. FERNANDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio: *Algunos aspectos del RDL 2/85 de 30 de abril en materia arrendaticia (los arrendamientos por tiempo indefinido).* Actualidad Civil, n.<sup>o</sup> 30 de 1991, pp. 423 y ss.
- Análisis de las cuestiones que plantean los arrendamientos por tiempo indefinido, tanto los celebrados antes de la entrada en vigor del RDL 2/1985 como los posteriores a éste.
19. FILLOL CIORRAGA, Manuel: *Procedimiento adecuado para el desalojo por expiración del plazo tras el R.L.D. 2/1985,* Actualidad Civil, n.<sup>o</sup> 15 de 1991, pp. 197 y ss.
- Exposición de las discrepancias, tanto doctrinales como jurisprudenciales, sobre las vías procesales a seguir por el arrendador a fin de lograr el desahucio del arrendatario una vez expirado el plazo de duración pactado —o, en su caso, la tácita reconducción— en contratos de arrendamientos urbanos fundados en el RDL 2/1985.
20. GAVIDIA SANCHEZ, Julio V.: *Derecho no inscrito de adquisición preferente: identificación del tipo, eficacia a terceros y relatividad de los contratos. Litisconsorcio pasivo necesario y sociedad de gananciales. Pluralidad de responsables de los daños y perjuicios: responsabilidad contractual y/o extracontractual, solidaria o*

*parciaria; contrato en daño de tercero y relatividad del contrato como fuente de obligaciones.* Comentario a la STS de 24-X-90. CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 1115 y ss.

**21. GETE ALONSO CALERA, María del Carmen:** *Compraventa: carácter civil o mercantil, prescripción de la acción: trasmisión de las obligaciones: asunción de deuda, modificación de la obligación; acción cambiaria y acción causal.* Comentario a la STS de 5-XI-90. CCJC, núm 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 1179 y ss.

**22. GOMEZ CALLE, Esther:** *Responsabilidad extracontractual y responsabilidad civil (derivada del delito): responsabilidad por los daños causados por menores con ocasión de la comisión de una falta. Vía penal y vía civil: no agotamiento de la vía civil. Responsabilidad de los padres ex artículo 1903 CC: el presupuesto de la guarda.* Comentario a la STS de 27-IX-90. CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 1023 y ss.

**23. GONZALEZ PACANOWSKA, Isabel:** *Contrato de seguro: condiciones generales: delimitación del riesgo necesidad de específica aceptación por escrito. Interpretación: imprudencia grave y dolo.* Comentario a la STS de 9-IX-90. CCJC, num. 24, septiembre diciembre, 1990, pp. 1203 y ss.

**24. GUILARTE GUTIERREZ, Vicente:** *Resolución de compraventa. Cláusula penal: naturaleza; inexistencia; menor onerosidad que la indemnización por daños y perjuicios.* Comentarios a la STS 22-X-90. CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 1083 y ss.

**25. JORDANO FRAGA, Francisco:** *Caso fortuito o incumplimiento de una obligación recíproca en un contrato sinalagmático. Indemnización en caso de resolución contractual.* Comentario a la STS de 23-X-90. CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 1097 y ss.

**26. LINARES NOCI, Rafael:** *Algunas consideraciones sobre el ofrecimiento de pago,* RDP, marzo 1991, pp. 171 y ss.

**27. MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos:** *Convocatoria pública de concurso-oposición para cubrir plazas laborales en entidad privada. Carácter contractual; promesa unilateral aceptada. Vinculación del convocante a las bases del concurso. Error en la apreciación de la prueba.* Comentario a la STS de 20-XI-90. CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 1243 y ss.

**28. MONTON REDONDO, Alberto:** *La eficacia de la promesa de venta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* La ley, 1991 (I), pp. 910 y ss.

**29. MORRILLAS JARRILLO, María José:** *Seguro de crédito: riesgos cubiertos; liquidación provisional: suspensión de pagos con convenio de espera; interpretación del artículo 70 LCS; nulidad de condición general de la póliza: cláusula limitativa de los derechos de los asegurados; requisitos para su validez.* Inter-

*pretación de los contratos: función del juzgador de instancia. Incongruencia.* Comentario a la STS 28-VII-90. CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 1005 y ss.

**30. MUÑOZ MARTIN, Noemí:** *Contrato de arrendamiento de aeronave. Negativa del pago del precio en virtud de contrato suscrito bajo el término fletamento.* Comentario a la STS 12-VII-90. CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 895 y ss.

**31. NAVAS NAVARRO, Susana:** *Compraventa de bien inmueble. Obligación de entrega del vendedor. Teoría del título y el modo. «Traditio ficta».* Comentario a la STS 20-X-90. CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 1067 y ss.

**32. PARRA LUCAN, M.ª Angeles:** *Responsabilidad civil médico sanitaria. Derecho a la protección de la salud. Daño moral. Relación de causalidad.* Comentario a la STS 19-IV-90. CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 861 y ss.

**33. PARRA LUCAN, M.ª Angeles:** *Responsabilidad de los daños producidos como consecuencia de la contaminación de las aguas. Relación de causalidad.* (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 27 de octubre de 1990), Poder Judicial, n.º 21, marzo 1991, pp. 107 y ss.

**34. PASCUAL ESTEVILL, Luis:** *La responsabilidad profesional*, RCDI, n.º 602, enero-febrero 1991, pp. 43 y ss.

**35. PASQUAU LIAÑO:** *Gestión de negocios ajenos. Beneficios indirectos derivados de la actuación ajena. Servidumbre de paso de línea eléctrica.* Comentario a la STS 16-VII-90. CCJC, n.º 44, septiembre-diciembre, 1990, pp. 905 y ss.

**36. VALLADARES RASCON, Etelvina:** *Arrendamiento de industria: nulidad de la cláusula de aumento de la renta en un arrendamiento a largo plazo. Arrendamientos sometidos a la ley especial: validez de las cláusulas de aumento de renta.* Comentario a la STS de 2-IX-90. CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 1163 y ss.

**37. YSAS SOLANES, María:** *Préstamo usurario.* Comentario STS de 7-XI-90. CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 1.193 y ss.

**38. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano:** *La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación*, RCDI, n.º 603, marzo-abril 1991, pp. 443 y ss.

**39. ZURRILLA CARIÑANA, María Angeles:** *Prelación de créditos entre la Tesorería de la Seguridad Social y una Comunidad de propietarios creada para la reconstrucción de un edificio y constituida en Propiedad Horizontal.* Comentario STS de 28-VII-90. CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 991 y ss.

## 5. DERECHOS REALES DERECHO INMOBILIARIO Y REGISTRAL

**40. BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio:** *El derecho de participación o seguimiento del autor de una obra de parte. Estudio del artículo 24d e la Ley de Propiedad Intelectual*, Actualidad Civil, n.º 12 de 1991, pp. 155 y ss.

**41. BUSCHOS PUCHE, José Enrique:** *El objeto protegido en la acción publiciana*, RDP, mayo 1991, pp. 379 y ss.

Estudio de las diferentes posturas doctrinales en relación con el ámbito o extensión de la acción publiciana, así como de la que mantiene la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

**42. CABALLOL I ANGRILL, Montserrat:** *L'interès general i el domini privat de les aigües, en especial dins del règim transitori de la Llei d'Aigües de 2 d'agost de 1985*, RJC, n.º 1991, pp. 97 y ss.

**43. CAMY SANCHEZ-CAÑETE, Buenaventura:** *Connotaciones hipotecarias de la Ley del Suelo* RCDI, n.º 604, mayo-junio 1991, pp. 951 y ss.

**44. DIAZS FRAILE, Juan Mario:** *Régimen general de la propiedad de las minas y de los montes*, RCDI, n.º 602, enero-febrero 1991, pp. 73 y ss.

**45. EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª de los Angeles:** *Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la sentencia de 19 de mayo 1989)* RCDI, n.º 602, enero-febrero 1991, pp. 9 y ss.

La autora analiza el pacto de reserva de domino desde la nueva perspectiva que resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989. A tales efectos se examina la relevancia, sobre la reserva de dominio, del sistema de numerus clausus o apertus en sede de derechos reales. En cuanto al pacto de referencia, se ocupa este trabajo de su naturaleza, ámbito de aplicación, así como de su función y efectos, tanto fiscales como inter partes y frente a terceros.

**46. GARCIA GARCIA, Luis-Arán:** *El derecho de propiedad en la Ley 8/1990 de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo*, Actualidad Civil, n.º 20 de 1991, pp. 257 y ss.

**47. GIL CORTIELLA, Arcadio:** *Ley de Costas versus Ley Hipotecaria (los conflictos de su colisión)*. La Ley, 1991, (I), pp. 1185 y ss.

**48. HERNANDEZ CRESPO, Carlos Miguel:** *Publicidad registral de la suspensión de pagos*, RCDI, n.º 604, mayo-junio 1991, pp. 813 y ss.

**49. JOU, Lluís, MIRAMBELL, Antoni i QUINTANA, Josep M.ª:** *La Llei de censos de Calatunya*, RJC, n.º 2 de 1991, pp. 9 y ss.

- 50. MANZANO SOLANO, Antonio:** *Presentación de documentos por telecopia en el Registro de la Propiedad*, RCDI, n.º 602, enero-febrero 1991, pp. 101 y ss.

Comentario al Real Decreto de 30 de marzo de 1990, por el que se modifica el Reglamento Hipotecario en materia de informatización, bases gráficas y presentación de documentos por telecopia. El autor se enfrenta a los problemas que puede suscitar el nuevo sistema de presentación de documentos por telecopia en el Registro de la Propiedad.

- 51. MARTIN-BALLESTER HERNANDEZ, Luis:** *La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias a non domino*, RCDI, n.º 603, marzo-abril 1991, pp. 575 y ss.

- 52. MORO SERRANO, Antonio:** *Los orígenes de la publicidad inmobiliaria*, RCDI, n.º 603, marzo-abril 1991, pp. 535 y ss.

- 53. PEREZ PEREZ, Emilio:** *Registro de Aguas y Registro de la Propiedad*, RCDI, n.º 604, mayo-junio 1991, pp. 783 y ss.

- 54. TELLEZ CODORNIU, Lluís:** *Extinción, cancelación y redención de los censos enfiteúticos catalanes según la Ley n.º 6/1990, de 16 de marzo, de los Censos Catalanes*, RJC, n.º 3 de 1991, pp. 715 y ss.

## 6. DERECHO DE LA FAMILIA

- 55. BAYOD LOPEZ, M.º del Carmen:** *El supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156 del Código Civil. ¿Qué casos con subsumibles en esta disposición?* RCDI n.º 604, mayo-junio 1991, pp. 915 y ss.

Respecto del ejercicio de la patria potestad, en el caso de que los padres no vivan juntos, la autora dedica el presente estudio a la determinación de las situaciones susceptibles de ser incluidas en el supuesto de hecho del artículo 156-5.º del Código Civil.

- 56. BENAVENTE MOREDA, Pilar:** *Tercería de dominio. Embargo de bienes adjudicados a mujer casada por deuda contraída por el marido al avalar una operación cambiaria. Adjudicación posterior al embargo*. Comentario a la STS 2-V-90. CCJC, núm 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 831 y ss.

- 57. BRENA, Ingrid:** *Los nuevos principios reconocidos en materia de tutela tras la reforma de 1987*, Actualidad Civil, n.º 25, de 1991, pp. 327 y ss.

- 58. CUTILLAS TORNS, José María:** *Algunas puntualizaciones y procedencia sobre la petición en los procesos matrimoniales de la conservación o extinción de los alimentos debidos a los hijos como consecuencia de haber alcanzado la mayoría de edad*. La Ley, 1991 (I), pp. 931 y ss.

**59. FERRER SAMA, José Antonio:** *La prestación de alimentos de padres a hijos aun después de su mayoría de edad. Reforma legislativa del artículo 93 del Código Civil.* La Ley, 1991, (I), pp. 1155 y ss.

**60. GONZALEZ DEL POZO, Juan Pablo:** *Problemas procesales planteados por el nuevo párrafo 2.º del art. 93 del Código Civil,* Actualidad Civil, n.º 13 de 1991, pp. 163 y ss.

Reflexiones sobre los problemas que plantea la falta de regulación , en el nuevo artículo 93-2.º del Código Civil, de cuestiones procesales y de derecho transitorio. Fundamentalmente se examina la configuración del derecho de alimentos recogido en el citado precepto, así como la legitimación para el ejercicio de la acción judicial que de él se deriva.

**61. HUALDE MANSO, Teresa:** *Fianza otorgada por cónyuge navarro bajo régimen de conquistas (Comentario a la set. del TSJ de Navarra de 16 de enero de 1991),* Actualidad Civil, n.º 29 de 1991, pp. 395 y ss.

**62. ROCA TRIAS, Encarna:** *Principi d'igualtat: matrimoni i parella de fet,* RJC, n.º 2 de 1991, pp. 515 y ss.

**63. SILVA-RUIZ, Pedro F.:** *Derecho civil (de familia) constitucional español y puertorriqueño,* RDP, junio 1991, pp. 511 y ss.

## 7. DERECHO DE SUCESIONES

**64. ALBADALEJO GARCIA, Manuel:** *El tercio de herencia gravado por el usufructo del cónyuge viudo cuando los legítimarios son los hijos del causante,* Actualidad Civil, n.º 31 de 1991, pp. 423 y ss.

**65. BALLARIN HERNANDEZ, Rafael:** *Nulidad de testamento: capacidad del testador; presunción iurus tantum de capacidad; carácter excepcional de la incapacidad y necesidad de probarla; estimación al tiempo del otorgamiento; juicio notarial y testifical sobre la capacidad del otorgante no demente; presunción iuris tantum de exactitud de la aseveración notarial de la capacidad del otorgante. Incapacidad: carga de la prueba. Indignidad para suceder: introducción de vicisitudes de hecho en el recurso.* Comentario a la STS 13-X-90. CCJC n.º 24, septiembre diciembre, 1990, pp. 1047 y ss.

**66. GIL RODRIGUEZ, Jacinto:** *Interpretación de testamento: Usufructo y fideicomiso de acciones de Sociedad Anónima. Ampliación de capital: ejercicio del derecho de suscripción preferente y titularidad de las acciones suscritas. Tanto el usufructo como el fideicomiso han de extenderse a las nuevas acciones. Autoridad de cosa juzgada material eficacia de las sentencias contra terceros.* Comentario a la STS de 18-VII-90. CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 939 y ss.

**67. MOZOS TOUYA, Juan Ignacio de los:** *El heredero aparente de buena fe (Análisis de su posición jurídica),* RCDI, n.º 604, mayo-junio 1991, pp. 1005 y ss.

68. SERRANO GARCIA, José Antonio: *Derecho civil aragonés. Viudedad testamentaria, universal y vitalicia; sucesión intestada troncal en el Cuerpo de Fueros y Observancias. Comentario a la STS 10-IV-90.* CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 813 y ss.

## II. DERECHO MERCANTIL

### 1. PARTE GENERAL. EMPRESA

69. DUQUE DOMINGUEZ, Justino: *La metodología en la obra del profesor Girón.* RDM, núms. 196-197, abril-septiembre, 1990, pp. 263 y ss.

70. GARCIA VILLAVERDE, Rafael: *Semblanza de un maestro.* RDM, núms. 196-197, abril-septiembre, 1991, pp. 275 y ss.

71. MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio: *José Girón Tena: universitario, jurista y amigo.* RDM, núms. 196-197, abril-septiembre, 1990, pp. 245 y ss.

72. MUÑOZ ROJAS, Tomás: *Regulación sustantiva y procesal de la competencia mercantil (Leyes 16/1989 y 3/1991).* Actualidad Civil, n.º 24 de 1991, pp. 319 y ss.

73. SANCHEZ CALERO, Fernando: *José Girón Tena, maestro universitario.* RDM, núms. 196-197, abril-septiembre, 1990, pp. 235 y ss.

74. URIA GONZALEZ, Rodrigo: *Ofrecimiento a mi amigo José Girón Tena.* RDM, núms. 196-197, abril-septiembre, 1990, pp. 239 y ss.

75. VERDERA Y TUELLS, Evelio: *La liberalización de los movimientos de capitales en la Comunidad Económica Europea.* RDM, núms. 196-197, abril-septiembre, 1990, pp. 281 y ss.

A diferencia de las demás libertades económicas fundamentales sancionadas por el Tratado de Roma, la libertad de circulación de capitales ha estado siempre subordinada a los imperativos del libre comercio de bienes y de servicios, y su proceso de liberalización siempre ha tropezado con mayores dificultades en los países que instauraron algún tipo de control de cambios. En el trabajo se ilustra este singular proceso liberalizador, en el marco del Tratado de Roma y del derecho comunitario derivado, hasta la importante Directiva del Consejo 88/361 CEE, de 24 de junio de 1988, que dió el definitivo impulso liberalizador a las transacciones financieras de carácter autónomo, no afectas a entregas de mercancías o a remuneraciones por prestación de servicios o trabajos.

### 2. DERECHO DE SOCIEDADES

76. ALONSO UREBA, Alberto: *La Duodécima Directiva comunitaria en materia de sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el*

*derecho, doctrina y jurisprudencia española, con particular consideración de la RDGRN, de 21 de junio de 1990, RDBB, n.º 41, Enero-Marzo de 1991, pp. 65 y ss.*

**77. CAMPO SENTIS, Luis:** *Estudio sobre expresión estatutaria del objeto social en las sociedades anónimas*, RDP, abril 1991, pp. 296 y ss.

Examen de las restricciones que el Reglamento del Registro Mercantil, puesto en vigor el 1 de enero de 1990, establece respecto a la expresión estatutaria que, en las sociedades anónimas, debe definir el objeto social de cada una de estas entidades mercantiles.

**78. DUQUE DOMINGUEZ, Justino F.:** *La Duodécima Directiva del Consejo (89/67CEE), de 21 de diciembre, sobre la sociedad de responsabilidad limitada de socio único en el horizonte de la empresa individual de responsabilidad limitada*, RDBB, n.º 41, Enero-Marzo 1991, pp. 9 y ss.

**79. ESTEBAN VELASCO, Gaudencio:** *El objeto social: algunas consideraciones en torno a un libro reciente*. RDM, núms. 196-197, abril-septiembre, 1990, pp. 403 y ss.

**80. ESTEBAN VELASCO, Gaudencio:** *Sociedad anónima europea: La regulación de la participación de los trabajadores*, RDBB, n.º 40, Octubre-Diciembre 1990, pp. 893 y ss.

**81. HUERTA VIESCA, María Isabel, y RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel:** *Nueva regulación del régimen de impugnación de los acuerdos de las juntas generales de accionistas de las sociedades anónimas*, La Ley, 1991 (I), pp. 1.107 y ss.

**82. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel:** *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en la nueva normativa*, RCDI, n.º 603, marzo-abril, 1991, pp. 491 y ss.

Análisis de la reforma de la responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima, operada por virtud de la Ley 19/1989, de 25 de julio, y por el Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

**83. MULLERAT, Ramón:** Management and leveraged buy-outs (adquisición de sociedades por sus propios directivos), *Aspectos jurídicos*, RJC, núm 2 de 1991, pp. 337 y ss.

**84. NEILA NEILA, José María:** *La disolución judicial de la sociedad anónima. Acerca del artículo 262 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, La Ley, 1991 (1), pp. 1175 y ss.

**85. NEILA NEILA, José María:** *Impugnación de acuerdos del Consejo de Administración (acerca del art. 143 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas)*, RDP, mayo, 1991, pp. 418 y ss.

86. PEREZ OCAÑA, Pascual: *El derecho de adquisición preferente de acciones en las pequeñas sociedades anónimas y el derecho transitorio en la nueva ley*, RDM, núms. 196-197, abril-septiembre, 1990, pp. 437 y ss.; y *Actualidad Civil*, n.º 16, 1991, pp. 201 y ss.

87. POLO, Eduardo: *La reforma y adaptación de la Ley de Sociedades Anónimas a las directivas de la Comunidad Económica Europea*, RJC, n.º 1 de 1991, pp. 51 y ss.

88. SAENZ DE SANTAMARIA VIERNA, Alberto: *CB: una nueva sigla en el tráfico jurídico*, RDM, núms. 196-197, abril-septiembre, 1990, pp. 425 y ss.

Reflexiones sobre la existencia cada vez más frecuente en los últimos tiempos de comunidades de bienes que, desarrollando una actividad abiertamente empresarial, operan en el tráfico mercantil bajo las siglas CB.

89. TAPIA HERMIDA, Javier: *Las acciones sin voto*, RDDB, n.º 40, octubre-diciembre, 1990, pp. 749 y ss.

90. THOMASCHWESKI, M.ª Rosa: *La nueva sociedad comanditaria por acciones: una aproximación a sus principales problemas*, RJC, n.º 3 de 1991, pp. 641 y ss.

### 3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRAFICO

91. PEREZ ESCOLAR, Rafael: *El derecho bancario en el siglo XXI (Derecho y tecnología)*, La Ley, 1991 (I), pp. 987 y ss.

92. SANCHEZ DE MIGUEL, M.ª Candelas: *Entidades de crédito de las operaciones y protección de los clientes*, RDDB, n.º 41, enero-marzo de 1991, pp. 129 y ss.

93. VALENZUELA GARACH, Fernando: *Actividad bancaria y actividad aseguradora: algunos aspectos de integración y competencia*, RDDB, n.º 40, octubre-diciembre, 1990, pp. 853 y ss.

### 4. CONTRATOS MERCANTILES

94. DIAZ MORENO, Alberto: *La prenda de anotaciones en cuenta*, RCDI, n.º 603, marzo-abril, 1991, pp. 355 y ss.

El autor analiza la prenda de valores representados mediante anotaciones en cuenta, deteniéndose fundamentalmente en los aspectos sustantivos y esenciales de dicha figura. En primer lugar se expone, en sus líneas maestras, el significado y funcionamiento del

sistema de valores anotados (objeto del derecho de garantía estudiado), para, posteriormente, examinar el régimen de la prenda.

95. EIZAGUIRRE, José M.<sup>a</sup> de: *Aspectos jurídicos del factoring*, RDBB, n.<sup>o</sup> 40, octubre-diciembre, 1990, pp. 835 y ss.

96. ENRICH, Enric y Malet, Jaime: *La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, RJC, n.<sup>o</sup> 2 de 1991, pp. 441 y ss.

### 5. DERECHO CAMBIARIO

97. AURIOLES MARTIN, Adolfo: *La protección del tenedor cambiario a través de la cesión de la provisión (art. 69 de la Ley Cambiaria y del Cheque)*, RDM, núms. 196-197, abril-septiembre, 1990, pp. 369 y ss.

98. GINER PARREÑO, Cesar A.: *De nuevo sobre la necesidad de la firma específica de la cláusula sin gastos. Comentario a la SAP Huelva de 11 de julio de 1988*, La Ley, 1991 (I), pp. 983 y ss.

### III. DERECHO NOTARIAL

99. GOMEZ-MARTINHO FAERNA, Augusto: *La profesión notarial y la Comunidad Europea*, La Ley, (I), pp. 923 y ss.

### IV. DERECHO URBANISTICO

100. AGUNDEZ FERNANDEZ, Antonio: *Criterios básicos de la nueva ley de reforma del régimen urbanístico en relación con la potestad administrativa de variación del planeamiento. Doctrina del Tribunal Supremo*, La Ley, 1991 (I), pp. 1136 y ss.

101. CHICO ORTIZ, José María: *La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad*, RCDI, n.<sup>o</sup> 602, enero-febrero, 1991, pp. 149 y ss.

El autor expone una panorámica general de la nueva Ley del Suelo 8/1990, de 25 de julio, con particular estudio de dos puntos concretos: la propiedad y el Registro de la Propiedad, tratando de establecer si con la actual normativa se cumple el principio de seguridad jurídica, al que ha de sujetarse todo el Ordenamiento Jurídico a tenor de lo dispuesto en el artículo 9-3.<sup>º</sup> de la Constitución.

102. GIL CREMADES, Rafael: *La Ley Estatal 8/90 sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y la potestad de las Comunidades Autónomas para definir el Estatuto de la Propiedad Inmobiliaria*, RDU, n.<sup>o</sup> 121, enero-febrero, 1991, pp. 41 y ss.

103. GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, J. L.: *Sobre las reducciones de aprovechamiento en la nueva ley urbanística*, RDU, n.º 123, mayo-junio, 1991, pp. 251 y ss.

104. MERELLO ABELA, José Manuel: *El régimen transitorio de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones*, RDU, n.º 123, mayo-junio, 1991, pp. 329 y ss.

105. PERALES MADUEÑO, Francisco: *El régimen urbanístico del suelo en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo*, RDU, n.º 121, enero-febrero, 1991, pp. 13 y ss.

106. SUAY RINCON, José Luis: *La expropiación por incumplimiento en la nueva Ley del Suelo. Su carácter sancionador y sus consecuencias jurídicas*, RDU, n.º 123, mayo-junio, 1991, pp. 309 y ss.

## V. DERECHO PROCESAL

107. AMORES CONRADI, Miguel A.: *Competencia judicial internacional (contrato de remolque). Litispendencia internacional: requisitos. Sumisión expresa a tribunales extranjeros: (in) admisibilidad, requisitos formales*. Comentario a la STS 18-VI-90, CCJC, núm 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 845 y ss.

108. GARBERI LLOBREGAT, José: *Quebrantamiento de las normas que rigen los actos y garantías procesales: alcance y efectos de su apreciación. Existencia de indefensión. Contenido del Derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*, comentario a la STS 26-IX-90, CCJC, n.º 24, septiembre-diciembre, 1990, pp. 1.017 y ss.

109. LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, Tomás: *La falta de legitimación de las partes de un proceso para solicitar del órgano jurisdiccional el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional*, La Ley, 1991 (I), pp. 1.064 y ss.

110. MARTINEZ RUIZ, Luis Fernando: *La exigencia de equidad en el proceso civil. Jurisprudencia europea*, Actualidad Civil, n.º 28 de 1991, pp. 371 y ss.

111. ROBLES GARZON, Juan Antonio: *El principio de igualdad constitucional y las medidas cautelares en relación con las personas*, Actualidad Civil, n.º 33 de 1991, pp. 461 y ss.

112. RAMOS GONZALEZ, José M.: *Las tarjetas de crédito y la acción que de ellas emana. Posibilidad de su configuración en el marco del juicio ejecutivo*, Actualidad Civil, n.º 11 de 1991, pp. 145 y ss.

113. SANTOS BRIZ, Jaime: *El ejercicio de la acción civil ante la Jurisdicción civil en el supuesto de accidentes de circulación vial (Perspectiva de la Ley Orgánica*

3/1989, de 21 de junio, Disposición Adicional primera), RDP, febrero 1991, pp. 83 y ss.

**114. SANZ MORENTE, Fernando:** *Poder para pleitos: caracteres y otorgamiento*, La Ley, 1991 (I), pp. 975 y ss.

#### **ABREVIATURAS UTILIZADAS**

CCJC	Cuadernos Cintas de Jurisprudencia Civil.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RDM	Revista de Derecho Mercantil.
RDP	Revista de Derecho Privado.
RDV	Revista de Derecho Urbanístico.
RJC	Revista Jurídica de Catalunya.

#### **Revistas que se citan sin abreviar**

Actualidad Civil  
La Ley  
Poder Judicial

# JURISPRUDENCIA

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

### II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ  
Colaboran: Javier BARCELO DOMENECH  
Gabriel GARCIA CANTERO  
Regina GAYA SILICIA  
Isabel GONZALEZ PACANOSWSKA  
Encarna SERNA MEROÑO

#### I. DERECHO CIVIL

##### 1. PARTE GENERAL

**1. Nulidad de los actos contrarios a la ley.**—«Es doctrina de esta Sala la de que la nulidad de pleno derecho a que se refiere el art. 6, punto 3, del Código civil deja a salvo aquellos casos en los que la disposición prohibitiva establezca para el caso de su contravención un efecto distinto que el de la nulidad que el precepto consagra (S. 25 de Mayo 1983); que la jurisprudencia, al enfrentarse con el texto del artículo 6-3, ha reconocido su importancia proclamando que constituye un auxilio del derecho para remediar las faltas fundamentales o graves cometidas en actos jurídicos y procesales (art. 238 a 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), pero, al mismo tiempo de su reconocimiento, se ha visto compelida a delimitar su preciso alcance, establecido que el precepto se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que ha de ser interpretado no con criterio rígido, sino con criterio flexible, por lo que no es posible admitir que toda disconformidad con una Ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de la nulidad y que el artículo 6-3 no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad, sino que hay lugar a clasificar los actos contrarios a la Ley en tres distintos grupos: 1) Aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces, incluso de oficio; 2) Actos contrarios a la ley, en los que la ley misma disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocersele validez a tales actos “*contra legem*”, y 3) Actos que contrarien o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración alguna expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el Juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así

lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patentice el acto como gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público (STS 26 julio 1986 y 17 octubre 1987).»

**La violación de un precepto reglamentario de carácter administrativo no puede ser alegada en casación.**—«[...] No puede, en puridad de principios, decirse que el mismo sea contrario a una Ley propiamente dicha, sino, en todo caso, a un precepto reglamentario de carácter administrativo, cuya violación no puede ser alegada como motivo de casación [...].»

**Principio de congruencia procesal: conformidad sustancial entre lo solicitado y lo concedido.**—«Por fin, el motivo tercero del recurso [...] denuncia incongruencia, por haber concedido la resolución recurrida una cosa distinta de la pedida, motivo que tampoco puede prosperar, pues si tenemos en cuenta que, de acuerdo con una constante doctrina de esta Sala no es preciso, para que se produzca la congruencia, que la coincidencia entre lo solicitado y lo concedido sea literal, bastando con una conformidad sustancial, no cabe duda que la misma se da en el caso presente [...].» (STS de 29 de octubre de 1990; no ha lugar).

**HECHOS.**—Bastará con destacar que el recurso de casación al que la sentencia pone fin arranca de un pleito relativo al cumplimiento de un contrato de arrendamiento de servicios (R.G.S.).

## 2. DERECHO DE LA PERSONA

**2. Responsabilidad solidaria: aplicación analógica del art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta al ámbito de la radiodifusión y responsabilidad extra-contractual con diversidad de sujetos activos.**—«Impugna en este motivo la recurrente la aplicación por analogía que hace la sentencia recurrida del art. 65.2 de la Ley de Prensa e imprenta, de 18 de marzo de 1966, al caso ahora debatido para declarar solidaria la responsabilidad de los demandados por similitud con lo que se declara en aquel precepto para los antes directores, editores e impresores de publicaciones por medio de la imprenta. El motivo es idéntico en cuanto a su invocación y desarrollo con el quinto de los formulados por don Luis del Olmo, que se opone asimismo, a aquella declaración de solidaridad que hizo la sala “*a quo*”. Ambos motivos decaen por las siguientes consideraciones: a) La difusión de noticias por medio de la radiodifusión persigue la misma finalidad, es decir que el público tenga conocimiento de lo que se le comunica por un medio u otro. Esa identidad de finalidad no se ve desvirtuada por la diferencia de medios mecánicos utilizada en un caso y otro. Por tanto, no cabe duda que es muy razonable la aplicación analógica de una disposición como el art. 65.2 de la Ley de Prensa al ámbito de la radiodifusión. La norma contempla un supuesto semejante y entre ambas existe identidad de razón, sin que se trate por su naturaleza de aplicar una ley penal que impidiese el uso de la analogía. b) Aparte de lo expuesto y de la norma del art. 65.2 citado, fuera el ámbito del mismo, como se deduce entre otras de la sentencia de 11 de diciembre de 1989, vendría indicada en el caso ahora contemplado una responsabilidad solidaria por el mismo fundamento que la doctrina de esta sala le viene apli-

cando a los supuestos de responsabilidad extracontractual con diversidad de sujetos activos; en cuanto es evidente que cada uno de los demandados fue condición imprescindible del resultado, que no se hubiera producido si uno de ellos no hubiere cooperado a él, sin que en este caso concreto existan hechos probados permitan distinguir la participación causal de cada uno. No es necesario, desde otro aspecto, una actuación peligrosa basada en acuerdo entre los distintos partícipes, sino que la igualdad de inculpación justifica la responsabilidad solidaria de todos los partícipes aunque sólo uno de ellos haya podido producir el resultado. Hubo al menos una cooperación psíquica expresa, o, al menos tácita, de los tres demandados en los actos lesivos, en cuanto ninguno de ellos, consciente de la posibilidad de actuación que podría ser lesiva, asumió, quizás con cierta negligencia, la responsabilidad de tal actuación [...].»

**Carencia de valor probatorio del escrito de proposición de prueba.**—«[...] el escrito de proposición de prueba de una de las partes no es prueba alguna sino simple “proposición de prueba”; como escrito judicial procedente de una de las partes no puede ser tenido en cuenta para demostrar un error de hecho de la sentencia impugnada, según ha declarado muy reiteradamente esta Sala en sentencias numerosas.»

**Irrelevancia de la vinculación contractual existente entre los causantes del daño a los efectos del art. 1902.**—«Y ciertamente el supuesto debatido no se basa en responsabilidades de los demandados unos por ser dependientes de los otros, ni en responsabilidad de ninguno de ellos por actos ajenos, sino que cada uno responde por sus “actos propios”: hubo participación consciente de todos ellos en el acto lesivo y responde cada uno de sus propios actos. Luego en el plano en que se sitúa el motivo, la correcta aplicación habría sido, según los hechos acreditados, la del artículo 1902 del Código civil, y no la del 1903. Es por ello desacertado basar unas alegaciones en una relación contractual del recurrente don Luis del Olmo, cuando, como ya se indicó, ello es indiferente cuando lo que se reclama es una indemnización por daños morales contra determinadas personas que actuaron con autonomía jurídica y de hecho fuera de toda relación contractual con los perjudicados.»

**Responsabilidad por riesgo derivado de la utilización de determinados medios: emisoras radiofónicas.**—«Se creó, en definitiva, por la cooperación de los demandados una situación de riesgo para terceros que se materializó en los daños causados por una emisión radiofónica, con base todo ello, más que en responsabilidad culposa, en la creación de aquel riesgo originador asimismo de responsabilidad cuando la lesión de exterioriza, riesgo consiguiente al manejo de medios como emisoras radiofónicas susceptibles de causar daños por las noticias que desde las mismas se emiten.»

**Lesión del derecho al honor: efecto vejatorio para un cónyuge de la acusación de infidelidad proferida por terceros contra su consorte.**—«Los hechos acreditados, [...], revelan indudablemente una acusación de infidelidad conyugal del demandante, hombre casado, hechos que no han sido controvertidos ni impugnados en el recurso. De estos hechos deriva inconcusamente un efecto vejatorio para la esposa, prescindiendo de la intención de quien se manifestó verbalmente al

respecto; y, en el aspecto legal, el Código civil consagra el deber de los esposos de respetarse mutuamente y guardarse fidelidad (arts. 67 y 68); además, es causa de separación la infidelidad conyugal y la conducta deshonrosa (injuriosa o vejatoria) (art. 82.1), y, por último, es causa de desheredación del cónyuge la infidelidad conyugal, traducida en incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales (art. 855.1). En definitiva, no cabe duda que la atribución a uno de los cónyuges de una conducta de infidelidad hacia su consorte infringe esos preceptos que señalan consecuencias y la imposición de deberes derivados del matrimonio. Por consiguiente, la esposa del demandante, también demandante es indudable que resulta afectada sensiblemente por las intromisiones en el honor de su cónyuge en las circunstancias reveladas en los autos.»

**Criterios jurídicos para calificar como lesiva del derecho al honor la atribución a terceros del mantenimiento de relaciones extramatrimoniales. Alcance de los usos deportivos sociales en este ámbito.**—«El motivo segundo [...], acusa la infracción del art. 2.1 de la citada Ley Orgánica, en cuanto se estima ahora que no implica intromisión alguna en el honor e intimidad personal del demandante Sr. Clemente las manifestaciones atribuidas a uno de los demandados, y se alude a la permisividad actual de relaciones sexuales fuera del matrimonio y una supuesta desvalorización del matrimonio en el ámbito legislativo y que las expresiones proferidas están dentro de los usos sociales deportivos. Alegaciones todas ellas inadmisibles. Por un lado, es evidente que la Constitución vigente continua considerando el matrimonio base de la familia basada en él y confiere su protección jurídica a esta institución básica (arts. 32.1 y 39.1); de tal modo que sería contrario a la dignidad personal que el texto constitucional proclama (art. 10.1), considerar cuestión carente de importancia la relativa a la protección de los deberes conyugales que el Código civil, como se ha visto, establece, y su contravención implicaría falta de respeto a la ley, que el mismo texto constitucional exige (art. 10.1). Por último nada tienen que ver con los usos “deportivos sociales” las manifestaciones que se atribuyen al demandado Sr. Pérez Mariñas, ni las mismas son justificables en ámbito alguno, pues se refieren a relaciones personales del demandante y afectan a su esfera reservada, ajena a las prácticas y cuestiones deportivas. Por ello este motivo decae igualmente.»

**Discrecionalidad del Juzgador en la valoración del daño moral. Concepto de daño moral.**—«Por último, el motivo cuarto de este recurso [...], se basa en la infracción del art. 1106 del Código civil, por estimar que no hay ningún hecho concreto que justifique la concesión de una indemnización al demandante y recurrido, ya que no hay motivos para ello. Se trata, como expresa la demanda y no se ha discutido en litis, de la reclamación de indemnización por daños morales debidos a actuación extracontractual de los demandados frente al perjudicado. En la reclamación de daños morales por ofensas al honor, la valoración de daños corresponde hacerla al Juzgador conforme a las exigencias de la equidad, por lo que no puede ser suficiente causa para su desestimación su falta de determinación pecuniaria, habiendo de valorarse por el Juzgador de modo discrecional, sin sujeción a pruebas de tipo objetivo y en atención sólo a las circunstancias del caso concreto, ya que el daño moral (según sentencia de 26 de junio de 1984) es el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual producido en casos como el debatido por agresión

directa al acervo extra patrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, a la honestidad), y su reparación no va dirigida a cubrir una pérdida material, sino a producir en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado (sentencias la citada y la de 31 de mayo de 1983).» (STS 23 de julio de 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El conocido entrenador deportivo Javier Clemente y su esposa demandan a Radio Popular, S.A. (Cadena COPE), Luis del Olmo y Jesús Pérez Mariñas. A juicio de los actores, en el programa «Protagonistas» de la citada emisora se habían realizado manifestaciones contrarias a su honor y lesivas de su intimidad personal y familiar. El Juzgado condena solidariamente a Luis del Olmo y Jesús Pérez Mariñas al pago de dos millones de pesetas en concepto de indemnización por los perjuicios morales inferidos. Apelan los periodistas y los actores estimando en parte la Audiencia el recurso de los últimos en el sentido de extender a la Cadena COPE la sanción indemnizatoria mencionada. Los recursos de casación interpuestos por Luis del Olmo y la COPE no prosperan. (R. G. S.)

**3. Criterios penales: parámetros interpretativos para la fijación por la jurisdicción civil del contenido del derecho al honor.**—«[...] Es doctrina de esta Sala la de que el honor protegido en sentido genérico por la Constitución, y además por la Ley 1/1982, de 5 de Mayo y el Código Penal, en el epígrafe “De los delitos contra el honor” comprende en este último texto, tanto la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, como toda expresión profunda o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menoscabo de otra persona, aspectos éstos que, aún cuando no vinculan al orden jurisdiccional civil, sí le sirven como módulo hermenéutico para fijar el contenido de dicho derecho fundamental.»

**Lesión del derecho al honor a través de los medios de comunicación.**—«[...] El derecho al honor puede verse atacado, lesionado o vulnerado por la divulgación a través de los medios de comunicación e información, de actos, hechos, noticias, etc., relativos a personas, que pueden afectar, tanto a su propia estimación, como a su esfera familiar (STS 23 marzo 1987).»

**Límites de la libertad de información: distinción entre los hechos y su valoración.**—«[...] Tiene igualmente proclamado el Tribunal Constitucional que la libertad de información, al menos la que incide en el honor de las personas privadas, debe enjuiciarse sobre la base de distinguir, radicalmente, a pesar de la dificultad que ello comporta en algunos supuestos, entre información de hechos y valoración de conductas personales, y sobre esta base, excluir del ámbito justificador de dicha libertad las afirmaciones vejetatorias para el honor ajeno, en todo caso innecesarias para el fin de la información pública, en atención al cual se garantiza su ejercicio (STS 27 octubre 1987).»

**Límites de la protección del derecho al honor: conducta de quien alega su vulneración.**— «No mejor suerte habrá de merecer el motivo tercero [...] que denuncia inaplicación de la norma contenida en el art. 2.º de la repetida Ley 2/1982, de 5 de Mayo, en cuanto que la conducta de la víctima es límite a la protec-

ción del derecho al honor, y ello tanto porque no consta que esta conducta que fue declarada judicialmente no merecedora de sanción penal, pueda ser reputada como provocadora del atentado contra el honor, cuanto que, como ya hemos anticipado, se procedió por el órgano informador a una innecesaria y vejatoria calificación delictiva de la conducta del recurrido, que no era necesaria para la información y que en modo alguno puede considerarse justificada por los actos que pudiese haber realizado el recurrido, máxime cuando, repetimos, no llegaron a ser declarados delictivos por los órganos judiciales competentes.»

**Cuantificación del daño: competencia de la Sala de instancia.**—«[...] La cuantificación de los daños es función reservada a la Sala de Instancia, que no puede ser revisada en casación sino cuando se revisen los parámetros tenidos en cuenta para proceder a la fijación de la indemnización, al amparo del ordinal 4.<sup>º</sup> por error de hecho en la apreciación de la prueba [...].» (**STS 11 de octubre de 1990**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Un periodista imputa al demandante en la instancia la comisión de un delito de estafa comprobándose posteriormente su no autoría por el actor. El Juzgado declara la intromisión ilegítima en el derecho al honor del así inculpado. La Audiencia estima parcialmente la apelación modificando el «*quantum*» indemnizatorio. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (**R. G. S.**)

### 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

**4. Enriquecimiento injusto.**—La noción «sin causa» es la primordial en la teoría del enriquecimiento injusto, pues se pretende corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas, y lo decisivo no es la relación directa entre ambos patrimonios, sino la existencia de un vínculo de conexión suficiente entre el patrimonio supuestamente enriquecido y el que ha sufrido la pérdida.

**HECHOS.**—El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, modificando la sentencia de la Sala de instancia, en el sentido de añadir a las pautas establecidas por ella y por el Juzgado para la liquidación de la sociedad irregular de los litigantes, como gastos computables a efectos de fijar el saldo, unos emolumentos, sueldo o salario a favor del recurrente equivalentes a los que reciba en la localidad un encargado, gerente o director de establecimiento de hostelería similar al litigioso, y por todo el tiempo en que realizó de modo exclusivo esas funciones. (**STS 6 octubre de 1990**; ha lugar.) (**J. B. D.**)

**5. Vicios de la causa.**—Si bien es cierto que, como afirma el recurrente, los contratos sin causa o con causa ilícita o falsa no fundados en otra verdadera y lícita no producen efecto alguno, según el texto del artículo 1275 y 1276 del Código civil, es lo cierto que, aparte la irrescindibilidad de esta normativa con la que establece la presunción de causa cierta y lícita —art. 1277 del Código— sólo es ejercitable la acción de nulidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 1302 del propio

Ordenamiento, y con mayor razón la del artículo 1111 del mismo, además de por los obligados por el contrato por los terceros a quienes perjudique o puedan ver sus derechos burlados o menoscabados por la relación contractual, pero no por los extraños a tal situación, según una constante doctrina de este Tribunal que va desde las lejanas de 23 de septiembre de 1895, 18 y 19 de abril de 1901, 23 de noviembre de 1903, a las de 26 de noviembre de 1946, 11 de abril de 1953, 31 de marzo de 1959 y 26 de octubre de 1965. (STS 5 noviembre de 1990; no ha lugar.) (J. B. D.)

**6. Cláusula Penal: Facultad Moderadora: No revisable en Casación.**— Es doctrina pacífica y reiterada la de que el precepto contenido en el art. 1154 C.c. constituye un mandato para el Juez en el sentido de moderar equitativamente la pena, voluntariamente pactada por los contratantes, cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida; así, establecido en la sentencia recurrida que la empresa demandada, cuando finalizó la obra, había cumplido en parte o de manera irregular una de las obligaciones principales, ello lleva indefectiblemente a la modificación de la pena según criterios de equidad y apreciando discrecionalmente las circunstancias concurrentes, no siendo revisable en casación el ejercicio de la facultad moderadora, o la apreciación de la cuantía en que deba moderarse, sobre todo cuando, como en el presente caso, la sentencia de instancia hace un juicio valorativo basado en apreciaciones reales de las que se deduce ese principio de equidad. (Sentencia de 23 octubre 1990; no ha lugar.) (G. G. C.)

**7. Litisconsorcio pasivo necesario. Relatividad de los contratos. Eficacia refleja.**—Es doctrina constante de esta Sala la de que el litisconsorcio pasivo necesario pretende la finalidad de integrar en el proceso a todos cuantos, por razón del derecho discutido o por el alcance de la resolución que se dicte, pueden verse afectados, con objeto de evitar resoluciones contradictorias y siempre que tenga el presunto litisconsorcio necesario un evidente y legítimo interés, pero no basta con que los efectos que se produzcan hacia un tercero sean de carácter meramente reflejo, habiendo así mismo declarado la jurisprudencia que si los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, cuando se trate de su resolución, solo es preciso demandar a los que los otorgaron y no a los que no han tenido personal intervención en él ni se ha estipulado nada a su favor.

**Acción pauliana. Presupuestos de ejercicio.**—Se consigna expresamente la estimación de la acción rescisoria, con base en la conclusión de que no es necesario acreditar un «*animus nocendi*», siendo suficiente que el deudor sepa o se percate de que, con el acto realizado no le quedan bienes bastantes para el pago de sus acreedores, lo que, según se dice, se constató por la propia manifestación en el acto del embargo.

**Subsidiariedad de la acción rescisoria.**—En modo alguno puede entenderse necesario que, como vía previa a la rescisión, se reclame judicialmente a quien carece de la cualidad de deudora de tales cambiales, siendo, por el contrario, acreedora inicial del crédito cuyo impago dio lugar a la rescisión acordada, crédito que, por descuento de las repetidas cantidades, se transmitió a la actora. (STS 23 de octubre de 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El Banco Español de Crédito solicita la rescisión de lo que en la demanda se califica de contratos de compraventa, otorgados por su deudora, la Sociedad Cooperativa limitada de viviendas. El Supremo mantiene tal calificación, si bien el acto cuya rescisión se pide se refiere a las adjudicación de las viviendas a los socios de la cooperativa, lo que según el art. 155 de la LGC no tiene la consideración de venta. Es más, a algunos socios que habían vendido las viviendas adjudicadas a terceros (se supone que de buena fe) se les exige directamente la indemnización de daños y perjuicios al amparo del art. 1298 C.c. En Primera instancia se aprecia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por no haberse demandado al librador de las letras descontadas en el Banco demandante, pero la Audiencia revoca esta decisión, estimando la demanda de rescisión con la consiguiente cancelación de las inscripciones causadas en el Registro de la propiedad, así como la indemnización referida. No ha lugar al recurso. (**I. G. P.**)

**8. La jurisdicción competente en los pactos de no competencia.**—Cuando el «pacto de no competencia» o de «no concurrencia desleal» surja a la vida jurídica como consecuencia exclusiva o como parte integrante de un contrato laboral, por ser ésta la única relación jurídica existente entre las partes, el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas del supuesto incumplimiento de dicho, pacto en cuanto regulado el mismo en la preceptiva contenida en el art. 21.2 de Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo), corresponde a la Jurisdicción Laboral, no ocurre lo mismo cuando el expresado pacto tiene su causa principal y determinante en un contrato mercantil de disolución de una sociedad existente, como es el caso que nos ocupa, aunque simultáneamente se pacte una subsiguiente relación laboral entre las dos personas que eran socios y dejan de serlo, pues al predominar la etiología mercantil del mencionado pacto, aunque inserto en un contrato de naturaleza mixta, aparece incuestionable la pertenencia a esta Jurisdicción Civil del conocimiento de las cuestiones litigiosas derivadas del mencionado pacto de no concurrencia, al haber surgido éste a la vida jurídica, como consecuencia directa y principal, no de una estricta relación laboral, sino de un contrato de naturaleza mixta, lo que no impide que esta Jurisdicción Civil pueda tener en cuenta y aplicar la normativa de dicho «pacto de no competencia», contenida en el citado art. 21 del Estatuto de los Trabajadores.

**Presupuestos necesarios para la validez del pacto de no competencia.**—En los términos en los que aparece estipulado, se está refiriendo a la actividad profesional que el demandado no podrá realizar después de haberse extinguido el contrato de trabajo que le ligaba con el demandante, pues la prohibición de concurrencia desleal, durante el iter obligacional del mismo, se halla insita *«ex lege»* (artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores) en la propia esencia de la relación laboral, partiendo, de dicho supuesto, la eficacia *«ex post contractu»* (una vez extinguida dicha relación laboral) del mencionado pacto se halla inexcusadamente condicionada, dada la evidente limitación que supone para el derecho fundamental al trabajo (art. 35 de la Constitución Española), por la exigencia legal, que expresamente establece el apartado 2 del art. 21 del Estatuto de los Trabajadores, de que «se

satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada», requisito que no aparece cumplido en el presente supuesto.

**Imposibilidad de aplicación de la equidad como medio para suplir requisitos exigidos por la Ley.**—En el «pacto de no concurrencia», la compensación económica adecuada a la prohibición de trabajar, al extinguirse su relación laboral, sin cuyo requisito no puede desplegar su eficacia el expresado pacto, dada la restricción que entraña para el derecho constitucional al trabajo, y sin que, por otra parte, sea jurídicamente admisible acudir al criterio moderador de la equidad (artículo 3.2 del Código civil) para deducir o suplir la concurrencia de un requisito expresamente exigido por la ley. (STS 6 de noviembre de 1990; ha lugar.)

**HECHOS.**—La parte demandante había constituido una sociedad con el demandado, que pasado un tiempo deciden disolver. En el documento en el que ambos hacen constar la disolución, convienen también que la empresa pasará a ser propiedad exclusiva del demandante y en compensación a lo que, en su día, aportó el demandado al capital social se le entrega una cantidad de dinero. Además, acuerdan que el demandado continuará prestando sus servicios como trabajador en la mencionada empresa y suscriben un pacto de no competencia. Con posterioridad, el demandado comenzó a prestar sus servicios como trabajador en otra empresa diferente a la del demandante, aunque dedicada a la misma actividad comercial. Esta circunstancia, motivó que se promoviera demanda para que se declarara la resolución del pacto de no competencia y se condenará al demandado a pagar una indemnización por el incumplimiento del pacto. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la totalidad de la demanda, pero la Audiencia Territorial estimó parcialmente el recurso de apelación, y condenó al demandado a pagar una cantidad de dinero en concepto de indemnización. El demandado interpuso recurso de casación. (E. S. M.)

**9. Prestamos: Novación modificativa: Error contable: Anatocismo no pactado.**—Dos años después de efectuado el préstamo por la entidad bancaria, se realiza de común acuerdo una liquidación de cuentas, reconociéndose en escritura pública el saldo deudor, por lo cual la primitiva cuenta quedó modificativamente novada y sustituida por las nuevas estipulaciones convenidas; con referencia a la escritura modificativa es necesario reconocer que la suma entregada en concepto de amortización no fue contabilizada en la forma convenida, ya que se aplicó a una cuenta única en la que se iban acumulando el capital y los intereses, de forma que éstos iban produciendo intereses sobre intereses sin que se hubiera pactado el anatocismo.

**Inaplicabilidad del art. 1124 C.c. al préstamo.**—El error contable en que ha incurrido la entidad bancaria, de imputación de los pagos a distintos conceptos no desmiente el hecho cierto y constatado de existir un crédito impagado por los demandados de más de cuarenta millones de ptas., al finalizar el plazo contractual; no puede aplicarse el art. 1124 pretendiendo que la entidad bancaria ha incumplido sus obligaciones pues dicho precepto sólo se aplica a las obligaciones reciprocas y

el préstamo es un contrato unilateral, y, por otra parte, el Banco cumplió la obligación que le incumbía entregando el capital prestado.

**Solidaridad en las obligaciones: Doctrina general.**—La obligación solidaria presupone una pluralidad de sujetos, activos, pasivos o mixtos, una unidad de objeto, una duplicidad en las relaciones obligacionales, tanto vinculantes externamente entre los acreedores y el deudor, o entre el acreedor y los deudores, como internamente de unos y otros entre sí, y, finalmente, una identidad de la causa común obligacional; la unidad de la prestación hace a la misma indivisible, sin posibilidad de fraccionar el crédito o la deuda, de forma que se debe la totalidad o se es acreedor del todo.

**Pago hecho por uno de los deudores solidarios: Subsistencia de la solidaridad.**—El pago realizado por uno de los deudores y su esposa, a espaldas de los demás, puede entenderse como extinción parcial de la deuda solidaria, o bien como una renuncia del Banco a la solidaridad respecto a ambos deudores, o como una condonación o remisión de la deuda correspondiente a los mismos; pero en cualquiera de las soluciones que se adopte ha de mantenerse la solidaridad de los restantes deudores frente al acreedor común, e incluso, en algunos casos, el mantenimiento interno de esta solidaridad frente a los mismos compañeros.

**Incongruencia.**—Según constante doctrina de esta Sala, la congruencia ha de estar referida a la conformidad que ha de existir entre la sentencia y la pretensión, o las pretensiones, que constituyen el objeto del proceso, y existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensión procesal, no está sustancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los súplicos de los escritos rectores del proceso, y no en los razonamientos y argumentaciones que se hagan en los mismos. (STS de 10 julio 1990; no ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—En 1982 el Banco A. otorga un préstamo superior a 97 millones de ptas. a cuatro prestatarios, interviniendo sus respectivas esposas como garantes solidarios del cumplimiento del contrato; incumplidos los plazos de devolución, en 1984 se llega a un acuerdo transaccional, fijándose el saldo deudor, un nuevo cuadro de amortización, con elevación del interés en medio punto, con intervención de todas las personas que concertaron el primer préstamo en calidad de «obligados directos, principales y solidarios», constituyéndose determinadas hipotecas con autorización de venta con aplicación de su importe al pago de la deuda. En 1985 uno de los deudores con su esposa suscribe un convenio particular con el Banco asumiendo la obligación de abonar el 42% del principal e interés para lo cual entrega dinero y letras aceptadas. En 1986 el Banco reclama a los demás deudores la deuda pendiente, siendo estimada en ambas instancias, si bien el recurso de casación se declara haber lugar en parte. Aparte el error contable recogido en el extracto y lo referente al anatocismo, se matice, con acierto, la solidaridad. (G. G. C.)

**10. Interpretación de los contratos: Dualidad: compraventa de vivienda y de plaza de garaje: No hay indivisibilidad de la prestación.**—El negocio cele-

brado entre las partes no permite ser calificado cual un sólo contrato en sentido estricto y reflejo de una sola obligación indivisible, en cuanto que lo realmente querido fueron dos convenios, referidos a la vivienda y al local comercial, suscritos en una misma fecha, con especificación e individualización del precio correspondiente a cada finca, siendo entregadas en fechas diferentes; siendo de advertir que aunque en los documentos se alude a «local comercial» es correcta la deducción de la sentencia apelada que la configura como «plaza de garaje», como lo corroboran otros documentos de las partes y la prueba de reconocimiento judicial y testifical.

**Compraventa de local destinado a plaza de aparcamiento:**—Al no especificarse en los contratos iniciales el destino del «local comercial», no era posible limitar su interpretación a los simples términos de su redacción, como previene el art. 1281, razón que imponía la necesidad de acudir a remedios interpretativos complementarios, como fueron los correspondientes a la intención de los contratantes, siendo acertada la apreciación del Tribunal, al igual que la del juzgador de instancia, de estimar el destino cual el propio de un plaza de aparcamiento.

**«Aliud pro alio»: Incumplimiento contractual: No se aplica el régimen del saneamiento por vicios:**—El local comercial adquirido lo fue en función de la utilidad que pudiese representar como plaza de aparcamiento de vehículos, y la total ineeficacia para tal destino dió lugar a un claro incumplimiento contractual, habiendo declarado la jurisprudencia inaplicable a este supuesto de entrega de cosa diversa o *aliud pro alio* el plazo semestral que señala el art. 1490 C.c. para las acciones edilicias. (*Sentencia de 26 de octubre 1990*; no ha lugar.)

**NOTA.**—Con alegación de unidad contractual y su gratuita deducción de prestación indivisible, pretendían los recurrentes que la conformidad de los compradores a la entrega del piso se extendiera a la plaza de aparcamiento. El T.S. rebate, con acierto, tal argumentación y pone de relieve que la mera simultaneidad cronológica de dos contratos no implica unidad ni indivisibilidad de las prestaciones que, por otra parte, aparecían perfectamente diferenciadas.

Calificar a uno de los objetos vendidos de «local comercial» no ha impedido a ninguna de las instancias judiciales entender que lo vendido había sido una plaza de garaje, respecto de la cual se aplica la conocida doctrina jurisprudencial del «*aliud pro alio*» y no la del saneamiento por vicios ocultos; en realidad lo vendido era absolutamente inidóneo para el fin pretendido pues la plaza de aparcamiento resultaba inaccesible para los vehículos procedentes del exterior. A este respecto el T.S. recoge las siguientes afirmaciones de Juez: «Con el sistema actual de la construcción, en el que suelen venderse los inmuebles a edificar sobre planos, ya que todas las unidades, cada una dentro de su clase (pisos y locales) no ofrecen ninguna diferenciación, entrando, prácticamente, en el ámbito de las prestaciones genéricas». La afirmación se sitúa, modestamente, en el plano de la realidad económico-social, sin avanzar cuestiones dogmáticas; pero merece recogerse en apoyo de la corriente doctrinal favorable a admitir obligaciones genéricas que recaigan sobre inmuebles. (G.G.C)

**11. Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.**—La viabilidad de este motivo de casación requiere a tenor del art. 1693 de la Ley procesal civil «que se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia en que se hubiere cometido y que, de haberlo sido en la primera instancia, se reproduzca en la segunda, requisito éste que no fue cumplido por los hoy recurrentes, sin que pueda entenderse que los demandados recurrentes en casación no tenían interés en personarse en el recurso de apelación en tiempo hábil para solicitar la subsanación de las faltas procesales cometidas en la primera instancia al haberles sido favorable la sentencia recaída en esta instancia.

**Error en la apreciación de la prueba.**—Lo pretendido por la parte recurrente es que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración del material probatorio obrante en autos que sustituya o complete la realizada por la Sala sentenciadora, ello con olvido de la naturaleza de este extraordinario recurso de casación que no es una tercera instancia, sin que en este motivo puedan aducirse cuestiones jurídicas citando preceptos legales que se entiendan infringidos como, con evidente incorrección procesal determinante de inadmisión, se hace por la parte recurrente.

**Novación extintiva.**—Respecto a la extinción del contrato de compraventa celebrado en documento privado en 1982 y su sustitución por el celebrado en escritura pública en 1983, ha de tenerse en cuenta la constante doctrina jurisprudencial según la cual la incompatibilidad entre una y otra obligación determinante de la novación extintiva ha de ser apreciada por el Juez atendidas las circunstancias.

**Prueba de confesión.**—La literalidad del art. 1232 C.c. pone de manifiesto que la vinculación del Juez al resultado de la prueba de confesión sólo se produce cuando el hecho confesado sea perjudicial para el confessante, mientras que si la confesión es favorable al que la emite está sometida a la libre valoración por el Juzgador y carece de todo carácter privilegiado sobre las demás pruebas.

**Resolución. Voluntad rebelde al cumplimiento.**—La doctrina jurisprudencial reciente ha venido a matizar el concepto de voluntad rebelde al cumplimiento de su obligación, a efectos de la resolución del art. 1504 C.c., aclarando que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar tal incumplimiento, bastando que pueda atribuirse una conducta voluntaria —y no sanado por una justa causa que la origine— obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó.

**Incumplimiento resolutorio. Cuestión de hecho y de derecho.**—El cumplimiento o incumplimiento por parte de los contratantes es una cuestión fáctica, cuando ello depende sólo de que se hayan realizado omitido determinados actos, si bien puede constituir también una cuestión de derecho cuando la base para la determinación del incumplimiento esté, más que en los actos ejecutados, en la transcendencia jurídica de los mismos. (STS 21 julio 1990.; ha lugar.)

**HECHOS.**—El vendedor de un local pide la resolución del contrato de compraventa al amparo del art. 1504 C.c. tras el oportuno requerimiento

notarial de resolución, así como, la retención de las cantidades entregadas a cuenta del precio en concepto de indemnización de daños y perjuicios. En primera instancia se desestima la demanda, que, sin embargo, prospera en apelación. El T.S. casa la sentencia de la Audiencia, fundamentalmente por considerar que no se da un incumplimiento resolutorio, a pesar de los muchos defectos que observa en la defensa preparada por la parte recurrente y las, a modo de amonestaciones dirigidas al letrado, lo que le hace desestimar la mayorfa de los motivos por defectos formales, sin entrar en el fondo. De manera señalada se produce así en el cuarto fundamento de Derecho que examina tres submotivos referidos a prueba de presunciones, interpretación de contratos y novación extintiva. (I. G. P.)

**12. Retracto de comuneros. Plazo de ejercicio. *Dies a quo*: perfección de la venta.**—No se comparte, como especifica la Sala «*a quo*», que hasta que no se consumó esta adquisición a través de la escritura pública otorgada en 16-6-1987 e inscripción posterior en el Registro no debía iniciarse el cómputo de los nueve días establecidos por el repetido precepto. Tanto se parta de la prescripción general sobre la constitución o nacimiento de los contratos según lo dispuesto en el art. 1258 C.c., como se acuda, particularmente, a la sanción sobre la constitución de la venta que se recoge en el art. 1450 C.c., no puede tener acogida la disociación entre esa perfección y esa consumación, porque remitiendo el art. 1524 al dato de que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta, dicha venta o dicho contrato de compraventa existe desde que el mismo se perfecciona y la perfección ha de ceñirse a cuando se da la concurrencia de los elementos esenciales del contrato, y a la que, sin más, equivale que después de una subasta judicial se efectúa la cesión y adjudicación al demandado.

**Cómputo del plazo para el ejercicio del retracto. Conocimiento anterior a la inscripción en el Registro.**—No es procedente la hemenéutica legal de la recurrida en el sentido de que ha de computarse el inicio del plazo desde la inscripción en el Registro, pues la tesis de esta Sala es que la computación del plazo de nueve días para ejercitarse el retracto contando a partir de la inscripción de la venta en el Registro sólo juega cuando no conste que el retrayente, aquí colindante, tuviera conocimiento de la enajenación desde la fecha anterior; el art. 1524 C.c. no excluye la posibilidad operativa vinculante de un previo conocimiento extraregistral, a partir del cual debe realizarse el cómputo y evitar la arbitrariedad de quien, no obstante saber y conocer la transmisión, espera la inscripción registral y a su amparo formal ejercitarse un derecho ya justamente precluido por no haberlo hecho cuando pudo y debió hacerlo. (STS 30 octubre 1990; ha lugar.)

**HECHOS.**—El retracto de comuneros ejercitado por los actores fue rechazado en primera instancia mientras que la Audiencia Territorial revoca la sentencia por estimar que la demanda de retracto se presentó dentro del plazo legal de nueve días que exige el art. 1524 C.c. desde que se conoce la *consumación* de la transmisión. El T.S., sin embargo, admite el recurso de casación, fundamentalmente por considerar que el plazo legal de caducidad ha de contarse desde que los retrayentes conocen el perfeccionamiento de la venta, no desde que ésta se consuma y menos

desde la inscripción en el Registro. Hay que tener en cuenta que en el supuesto no se trataba de una compraventa, sino de un auto judicial de adjudicación de una participación en el inmueble, y se trata de ver si el plazo para el ejercicio del retracto se ha de contar desde la fecha del auto de adjudicación o desde que se otorga a favor del rematante la escritura pública.

NOTA.—La sentencia gira en torno a la interpretación del art. 1524 del C.c. que establece el plazo dentro del cual cabe el ejercicio del retracto de comuneros, con referencia a dos hechos: inscripción en el Registro y conocimiento de la venta. Lo que se plantea en esta sentencia son dos cuestiones: de un lado, saber si lo decisivo a efectos de cómputo del plazo es el conocimiento en sí o la inscripción en el registro. El segundo problema es determinar cuál sea el objeto del conocimiento: la perfección de la venta o la efectiva adquisición (en virtud de tradición).

Respecto al primer tema, se declara la relevancia de un conocimiento anterior a la inscripción en sí, con lo que la presente sentencia recoge una doctrina jurisprudencial abundante en este sentido, de manera que lo decisivo es la prueba de dicho conocimiento. El plazo para ejercitarse el retracto siempre se contará a partir del mismo. Y, con independencia de conocimiento efectivo, en todo caso a partir de la inscripción de la transmisión efectuada en el Registro de la Propiedad. Sobre este primer extremo puede decirse que se sigue una doctrina jurisprudencial consolidada y reflejada en muchas sentencias, de las que se citan en el tercer Fundamento de Derecho las de 3-10 y 21-11-1981, 31-10-1988, 30-1-1989 y 21-3-1990.

Pero lo que acaso ya no resulte indiscutible sea la interpretación que en este caso se atribuye a la expresión «venta» del art. 1524, como objeto del conocimiento del retrayente y a efectos de ejercitarse su Derecho. La tesis del Supremo en esta ocasión es la de referir dicho conocimiento al perfeccionamiento de la venta, y de los hechos se deduce claramente que la venta en sí (en el caso, la adjudicación en subasta en calidad de ceder el remate a tercero) tuvo lugar en abril del año 1987, resultando asimismo probado que el retrayente tuvo perfecto conocimiento de la adjudicación y de todo lo concerniente a los extremos de la misma, pues incluso dirigió una carta al adjudicatario interesándose por la compra de la participación que se le había adjudicado. Sin embargo, la escritura pública no se otorgó hasta el 16 de junio y el retracto se ejerce el día 26 de junio.

No obstante, referir, como aquí hace el Supremo, el «*dies a quo*» (para el ejercicio del retracto) al día en que la venta se perfecciona, prescindiendo de que se haya consumando o no, quizás pueda contrastarse con los presupuestos que una constante jurisprudencia anterior ha venido exigiendo para el ejercicio mismo del retracto. Conforme a esta Jurisprudencia, precisamente la diferencia, o una de las diferencias, entre retracto y tanteo, es que el primero sólo puede tener lugar una vez que la transmisión se ha

consumado a favor del adquirente, de modo que el retrayente dirige su acción contra quien ya es propietario (v. en tal sentido ALBALADEJO, *Derecho civil III-2.º*, 6 ed., 1989 p. 360). Si se admitiera tal conclusión (lo que tampoco es indiscutido), parece que antes de tal consumación procede el derecho de tanto. De modo que si aplicamos esta orientación jurisprudencial a nuestro caso, resulta que los comuneros, por mucho que tuvieran perfecto conocimiento de la venta y de todos los extremos de la misma, no podrían retraer hasta que se produjera la consumación (en el caso, el otorgamiento de escritura a favor del adquirente). En teoría, antes de este momento sólo cabe el tanto, más como es sabido la ley sólo concede (al menos según la literalidad del art. 1522) a los comuneros retracto. Con lo cual resulta difícil que pueda empezar a correr el plazo de caducidad para el ejercicio del retracto cuando todavía no concurren todos los presupuestos necesarios para el ejercicio de este derecho.

En definitiva, si seguimos literalmente la argumentación del Supremo, el plazo de caducidad para el ejercicio del retracto se cuenta desde la perfección de la venta, sin que deba esperarse hasta la «consumación» o efectiva transmisión al adquirente. Repito que tal conclusión pudiera discutirse por las razones que se acaban de exponer. Y, sin embargo, en el caso presente el resultado final de no admitir el retracto por caducidad del plazo de ejercicio parece acertado, pero quizás pudiera aducirse un argumento distinto. Como se ha dicho más arriba, para el ejercicio del retracto no basta perfección del contrato, sino efectiva adquisición, lo que no tendría lugar hasta que se realice la tradición a favor del adquirente. En nuestro caso, se trata de una adjudicación en subasta judicial, y podría aplicarse la doctrina jurisprudencial (V. Albaladejo, *ob. cit.*, vol. 1, p. 85), según la cual dicho auto equivale al otorgamiento de escritura pública. De manera que podría considerarse caducado el plazo para retraer teniendo en cuenta que con el auto de adjudicación se ha consumado al iter adquisitivo del rematante, de manera que no se trata simplemente de equiparar el auto al contrato ya perfecto (que es lo que hace aquí el T.S.), sino a la efectiva transmisión de la propiedad mediante tradición instrumental. (I.G.P.)

### **13. Contrato de obra: Reclamación de cantidad; Sanación de la mora.—**

La purgación o cesación de la mora se produce por la renuncia expresa o tácita del acreedor a los beneficios que de ella derivan, y se entiende renunciada tácitamente la mora cuando después de haber incurrido en ella el deudor, concede sin reserva alguna un nuevo plazo el acreedor para que la obligación se cumpla; circunstancias que se dan en el presente caso al admitir el pago tardío y haber renovado cambiales en sustitución de las primitivamente documentaba el pago, por lo que, no es de aplicación al caso el art. 1100 C.c.

**Fuerza mayor exoneratoria: Prueba: Días inhábiles para la construcción; Baja laboral padecida por operarios:** El certificado expedido por el Alcalde de la localidad sobre la existencia de días inhábiles para la construcción en determinado período de tiempo no puede ser tomado en cuenta al ser, a estos efectos, documento

no auténtico y emanar de funcionario incompetente, aparte de tratarse de circunstancia que podía haber sido prevenida por las partes cuando contrataron la ejecución de la obra en una población de montaña en la que habitualmente se producen bajas temperaturas y nevadas; mientras que la baja laboral padecida por los operarios encargados de colocar la pizarra en el tejado, sí que ostenta la virtualidad exoneratoria que pretende el constructor al revestir las características de imprevisible e inevitable.

**Actos propios.**—La inadmisibilidad de venir contra los propios actos constituye técnicamente un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, derivado del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar —dentro del tráfico jurídico— un comportamiento coherente, siendo sus presupuestos que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior, circunstancia que no concurre pues lo reconvinientes, nueve meses antes de la interposición de la demanda denunciaron la no terminación de la obra, procediendo a una liquidación teniendo en cuenta la cláusula penal pactada y el saldo a favor de la constructora, limitándose a exigir el pago del saldo que a su favor arroja aquélla; no es de extrañar que al ser demandados exigiéndoseles el importe total de las cantidades retenidas, opongan como excepción y reconvengan para que se declare el derecho a percibir el citado saldo resultante; en consecuencia, la conducta de la parte reconviniente ha sido, antes y durante el proceso, coherente. (**Sentencia de 3 de noviembre 1990; no ha lugar.**) (G. G. C.)

**14. Contrato de obra:Responsabilidad por ruina: Plazo de garantía y de prescripción de la acción.**—Como tiene declarado esta Sala en ss. de 11 octubre 1974, 17 julio y 4 diciembre 1989, una cosa es el plazo de garantía (no de prescripción ni de caducidad), que establece el párr. 1.<sup>o</sup> del art. 1591 C.c., dentro del cual forzosamente ha de producirse la ruina o exteriorizarse el vicio ruinógeno para que pueda nacer la acción reparatoria que dicho precepto concede, y otra distinta es el plazo de prescripción de la referida acción, una vez nacida dentro de dicho plazo de garantía, la cual se halla sometida al plazo prescriptivo general de quince años, que establece el art. 1964 C.c., siendo el *dies a quo* de dicho plazo prescriptivo la fecha en que se produjo la ruina o se manifestó el vicio ruinógeno, conforme a la doctrina de la *actio nata* que proclama el art. 1969 del mismo cuerpo legal.

**Concepto de ruina.**—Es doctrina reiterada y pacífica de esta Sala la de que el concepto de ruina que utiliza el art. 1591 C.c. no debe entenderse reducido al supuesto de derrumbamiento o destrucción total o parcial de la obra, sino que hay que extenderlo a aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones comunes o corrientes, impliquen una ruina potencial que hagan temer su pérdida, o la inutilicen para la finalidad que le es propia, entre los que se incluyen por la doctrina de esta Sala los desprendimientos de las placas o ladrillos de una fachada, grietas y filtraciones de agua y la inadecuada impermeabilización, que son precisamente los vicios constructivos que presenta el edificio litigioso. (**Sentencia de 15 octubre 1990; no ha lugar.**)

**NOTA.**—Siendo tan clara la doctrina jurisprudencial, razonablemente expansiva, a propósito de la responsabilidad por vicios de la construcción

*ex art. 1591 C. c.*, parece poco razonable llegar hasta el T.S. frente a una sentencia condenatoria, salvo con un propósito exclusivamente dilatorio. A destacar la ratificación de la mayoritaria doctrina jurisprudencial sobre el plazo de quince años para la prescripción de la acción, frente al plazo anual que una minoritaria corriente jurisprudencial y también doctrinal, seguimos manteniendo. Debe advertirse que el plazo corto parece más conforme con las directrices comunitarias (aunque no coincide con ellas). (G.G.C.)

**15. Contrato de compraventa: Sistema de calefacción de suelo radiante: Deber de informar al contratista y arquitecto de la obra: Responsabilidad por defectos en el pavimento.**—La sociedad suministradora del sistema de calefacción por suelo radiante informó a la constructora de las características de interés del mismo, el cual había sido contratado por el dueño de la obra; es de tener en cuenta que, por muy sofisticado e inusual que fuera dicho sistema de calefacción, su desconocimiento sería incompatible con el grado de pericia media, mínima incluso, que habría que atribuir a cualesquiera arquitecto, superior o técnico, y contratista, sin olvidar tampoco que la vendedora cumplió correctamente su prestación principal y ningún defecto se apreció en la calidad de los elementos del conjunto que vendió o en la colocación de los mismos; de aquí que el Tribunal *a quo* haya infringido por inaplicación el art. 1101 C.c., puesto que no es posible imputar a la empresa vendedora algún tipo de negligencia o contravención en el cumplimiento de sus obligaciones, y pretender lo contrario, imponiéndola una intensa obligación accesoria y complementaria, supondría la exigencia de una diligencia muy superior a la que correspondería al buen padre de familia de que habla el art. 1104.

**Contrato de obra: Fisuras en el pavimento correspondiente al sistema de calefacción.**—Se declara probado que las fisuras constituyen el adecuado efecto, principalmente, de la retracción del mortero por exceso de cal y mala dosificación de cemento y arena, conjunto de factores que hacían previsibles importantes repercusiones sobre la cerámica empleada, y también del agarre excesivamente rígido o solidario del pavimento con el soporte de mortero, así como de la ausencia de juntas térmicas de dilatación que, aunque no exigidas en atención a la superficie de la edificación, hubieran colaborado, en la situación de peligro creada por aquellas con causas, a evitar o disminuir el mal previsible.

**Responsabilidad solidaria de todos los intervenientes en la construcción.**—Al no poder conocerse la influencia causal de cada uno de los sujetos en la producción de las fisuras, no puede pretenderse una individualización de las responsabilidades correspondientes a cada uno de los profesionales que intervinieron en las obras llevadas a cabo en el inmueble.

**Efectos del contrato de compraventa en el de obra y de servicios.**—Conocedores, el Arquitecto y el Aparejador, antes de llevarse a cabo la instalación, de la decisión del propietario de instalar en su edificación el sistema de calefacción por suelo radical, sin formular protesta o reserva de clase alguna, al haber quedado bajo sus conocimientos técnicos sometida la obra que iba a incorporar la innovación, debieron cumplir sus obligaciones profesionales según el módulo de pericia,

teniendo en cuenta la modificación, por más que al no estar definida en el proyecto de ejecución no generó contraprestación; las fisuras aparecieron en el pavimento de las distintas plantas y sobre los tubos de calefacción instalados por operarios de la vendedora, la constructora colocó la capa de mortero y el pavimento de grés, lo que significa que al ser competencia de la constructora la colocación del pavimento, ello repercutía a su vez en la correlativa competencia del Arquitecto técnico al estar comprendida la ordenación y dirección de la ejecución material de las obras e instalaciones y el cuidado de sus control práctico, a tenor del Decreto de 19 febrero 1971 sobre facultades y competencias de los Arquitectos Técnicos.

**Responsabilidad del arquitecto técnico por fisuras en el pavimento.**—No puede decirse que el Arquitecto técnico hubiera quedado al margen del contrato de compraventa e instalación del sistema de calefacción de suelo radiante, ni tampoco del arrendamiento de obras o servicios pues, precisamente, en virtud del arrendamiento que le vincula con el dueño de la obra es por lo que intervino en la colocación del pavimento; a tenor del citado Decreto de 1971 le corresponde inspeccionar los materiales a emplear, dosificaciones y mezclas, exigiendo las comprobaciones, análisis necesarios y documentos de idoneidad precisos para su aceptación, así como, ordenar la elaboración y puesta en obra de cada una de sus unidades, comprobando las dimensiones y correcta disposición de los elementos constructivos; en consecuencia, el Arquitecto técnico cumplió deficientemente su función de vigilancia de los trabajos del contratista, ante la innovación introducida, así como, la calidad de los materiales, las dosificaciones y mezclas, los cuales resultaron inadecuados al sistema de calefacción elegido por el dueño.

**Costas en primera instancia.**—Se ha infringido por la Sala el art. 523 L.e.c. pues para el caso de estimación o desestimación parciales, dispone en su segundo párrafo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiera méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad, lo que aquí no ocurre. (**Sentencia de 13 de julio 1990; ha lugar en parte.**) (G. G. C.)

**16. Recurso de casación: Error de hecho.**—Es doctrina reiterada y constante que la casación no es una tercera instancia que permita un nuevo examen de toda la prueba practicada; el art. 1707 L.e.c. exige que los documentos que sirvan de apoyo al error de hecho han de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, ha de concretarse cual sea el hecho erróneo y cual ha de sustituirlo, de suerte que este último se desprenda de modo claro, *per se*, de la simple lectura del documento, sin necesidad de interpretaciones, inferencias, deducciones o labor hermenéutica alguna (heterosuficiencia) porque no corresponde a este cauce procesal la valoración de la prueba; a estos efectos no tienen carácter documental, ni la demanda ni los escrito de las partes; ninguna influencia puede atribuirse al simple error material en la redacción del acta de la Junta de Propietarios sobre la fecha de la reunión, ni las modificaciones en la numeración del edificio que es potestad del Ayuntamiento, pues aunque cambie el número, el edificio tiene que ser el mismo.

**Derecho de defensa.**— Uno de los significados del verbo transitivo «rebatar» implica rechazar o contrarrestar, y si la Sala de instancia consideró que los argu-

mentos vertidos por el Juzgado no eran contrarrestados con eficacia por las alegaciones realizadas por las partes en el acto de la vista, nada más tenía que razonar, al hacer suyos los del Juzgado, acertados, cual se desprende de cuanto se vienen exponiendo en la apelación.

**Falta de motivación.**—La parquedad o brevedad en el razonamiento no implica falta de motivación siempre que de los considerandos se desprendan los presupuestos que llevan al fallo o parte dispositiva e incluso, refiriéndose a las excepciones, que al absolver o condenar no es preciso hacer pronunciamiento expreso sobre todas las excepciones, porque siempre que se estima la acción se entienden desestimadas, por el mismo hecho, las excepciones de los demandados.

**Diligencias para mejor proveer.**—No es estimable la denuncia de no haberse acordado diligencias para mejor proveer tanto en la primera como en la segunda instancia, dado que, al constituir facultad de los jueces y tribunales, ello no es discutible en casación, como lo revela la expresión «podrán» del art. 340 L.e.c.

**Legitimación del presidente de la comunidad general.**—El Presidente de la comunidad general representa en el exterior a la comunidad de bienes Garaje-Jardín, actuando los presidentes de las comunidades particulares con simple carácter funcional en el ámbito interno, recaudando las cuotas.

**Contrato de obra: vicios ruinógenos: filtraciones en garajes.**—Se declara probado que las filtraciones de agua han tenido lugar por la falta de impermeabilización adecuada, causando daños en la parte del garaje existente bajo los jardines, coincidiendo las humedades con la existencia de las juntas de dilatación o en las zonas de la pantalla perimetral que separa el sótano de los edificios contiguos; las humedades localizadas en las juntas de dilatación tienen su origen, o bien en una defectuosa solución constructiva de las mismas, ya que se encuentran deficientemente selladas, o bien porque la capa de impermeabilización no respeta las juntas; las humedades localizadas en las proximidades de la pantalla perimetral tienen sus orígenes en el hecho de que la capa de impermeabilización no monta la suficiente en el borde de la pantalla, siendo también posible que se encuentre partida en el cambio de plano del parámetro del forjado; todo lo cual integra el concepto de ruina del art. 1591 C.c.

**Responsabilidad solidaria en la construcción.**—Según la jurisprudencia, cuando se reconoce la responsabilidad de la entidad constructora en concurrencia con la atribuida a los arquitectos, aparejadores y promotores, sin individualización del grado cualitativo y cuantitativo asignable a cada uno, se genera un módulo de responsabilidad solidaria entre todos ellos, denominada impropias o por necesidad, que tiende a la salvaguarda de un interés social, sin perjuicio de que los responsables solidarios delimiten entre sí la que acrediten que respectivamente les incumbe; sólo procede aplicar el art. 1137 C.c., cual especifica la s. de 7 junio 1989, cuando, según las pruebas, la responsabilidad de los partícipes en la obra se halla individualizada; no se pretenda que en casación se individualicen y se cuantifiquen esas cuotas, que ni siquiera entre los demandados se han atrevido a asignarse a sí mismos ni a los demás, y que tampoco pudo realizar la Audiencia aunque tuviera a la vista el proyecto.

**Responsabilidad del aparejador.**—El Aparejador participa en la dirección de la obra, y como técnico que es debe conocer las normas tecnológicas de la construcción, advertir al arquitecto de su incumplimiento y vigilar que la realidad constructiva se ajuste a la *lex artis*, que en modo alguno le es ajena, de modo tal que como ha declarado la jurisprudencia (ss. de 9 octubre 1981, 22 noviembre 1982, 13 febrero 1984 y 15 julio 1987) no es mero ayudante del arquitecto sino que, por su carácter técnico, actúa con cierta autonomía. (**S. de 5 octubre 1990**; no ha lugar.) (**G. G. C.**)

**17. Contrato de obra. Responsabilidad decenal. Vicios de proyección y de construcción. Legitimación activa.**—Si bien el adquirente de un piso puede posular directamente contra el constructor, ello no es óbice, para que de la naturaleza de los derechos de índole puramente obligacional y lo dispuesto en el artículo 1257 del Código civil el primero y fundamentalmente legitimado para formular estas reclamaciones es el comitente o dueño de la obra sobre efectos liberatorios para el contratista de ser atendidas sus reclamaciones extrajudicial o judicialmente.

**Delimitación de responsabilidades del constructor y del arquitecto.**—Al quedar su responsabilidad (la del constructor y la del contratista) perfectamente delimitada no entra en juego la solidaridad, que sólo se aplica en los supuestos en que el suceso dañoso ha sido provocado por una acción plural y no puede precisarse la proporción en que cada uno de los factores han influido en la misma, ocasionada por la conjunción de causas.

**HECHOS.**—Producidos unos vicios de construcción y de proyección, la Audiencia, revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, condena al constructor y al arquitecto director de la obra. Ambos recurren en casación, además de los actores. No prosperan sus recursos ante el Tribunal Supremo. (**STS 7 de julio de 1990**; no ha lugar.) (**J. B. D.**)

**18. Responsabilidad decenal. Solidaridad.**—Establecida por la Sala de instancia la causa de la ruina funcional del edificio con atribución exclusiva de la misma al promotor y al arquitecto director de la obra sin que se haya podido especificar cualitativa y cuantitativamente esa responsabilidad personalizada en función de la implicación de cada uno de ellos en el proceso de ruina funcional, es clara la existencia de una responsabilidad solidaria entre ellos.

**HECHOS.**—La Comunidad general de propietarios y la Comunidad de uno de los bloques del complejo urbanístico formularon demanda contra el arquitecto, los aparejadores, el promotor y el contratista. La Audiencia Territorial, revocando parcialmente la sentencia de la primera instancia, dictó otra, por la que condena al arquitecto y al promotor a la ejecución de determinadas obras. Para la sentencia recurrida, los vicios y defectos de construcción del complejo urbanístico consisten en la falta de aislamiento o impermeabilización de las fachadas. Los vicios o defectos aparecidos en el edificio son imputables única y exclusivamente a la actuación del arquitecto-director de la obra y a la promotora del edificio que proyec-

taron y consintieron el cambio del proyecto inicial, adoptando para el cerramiento de las fachadas una solución que se ha manifestado como inadecuada y productora de los daños acreditados. (**STS 20 de octubre de 1990; no hay lugar.**) (J. B. D.)

**19. Sociedad civil. Falta de personalidad jurídica.**—La responsabilidad de los demandados descansa, lisa y llanamente, en la consideración de que procedieron en sus relaciones comerciales con la demandante, contratando personal y directamente sin que a la hora de la exigencia de las responsabilidades contraídas quepa interponer un supuesto ente social cuya existencia y pactos no fueron públicamente conocidos con la consiguiente falta de personalidad jurídica independiente —artículo 1669 del Código civil— ni se hizo saber a la sociedad demandante.

**HECHOS.**—Los demandados adeudaban a la sociedad demandante una determinada cantidad, como consecuencia de la compra de mercaderías. A juicio de los demandados, las relaciones comerciales a que se refería la demanda se habían establecido por la entidad actora con la sociedad civil que ellos formaban. El Juzgado de Primera Instancia condenó a los demandados al pago de las cantidades que adeudaban, confirmando este fallo la Audiencia y el Tribunal Supremo. (**STS 30 de octubre de 1990; no ha lugar.**) (J. B. D.)

**20. Sociedad civil irregular: Régimen jurídico:** Según tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 22 diciembre 1926, 24 marzo 1952, 7 febrero 1964 y 11 noviembre 1966, al estar las sociedades irregulares carentes de personalidad jurídica, por permanecer sus pactos secretos entre los socios, tal como establece el art. 1699 C.c., se rigen en cuanto a terceros por las normas de la comunidad de bienes; en el presente caso se reconoce la existencia de la Sociedad irregular Camping J. formada por los socios Don Jesús M.<sup>a</sup> A., Don José Ignacio A. y el matrimonio formado por Don P. S. y D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> del Carmen I., siendo los dos primeros titulares de forma indivisa del 20% de dicha sociedad y el matrimonio del 80% restante.

**Rendición de cuentas y liquidación.**—Se declara la obligación del matrimonio demandado de rendir cuentas de dicha sociedad irregular desde el 31 diciembre 1983, fecha de cierre del último balance, hasta la actualidad; asimismo, la de pagar los demandados a los demandantes, en base a aquélla el 20% de los beneficios obtenidos por la sociedad.

**Recuperación de aportaciones sociales: Distinto régimen según carácter divisible o indivisible.**—Si bien la doctrina jurisprudencial, y últimamente la s. de 20 de marzo 1982 establece que cada uno de los socios puede, reclamar lo que del pacto social se derive, sin afectar a terceros y, por tanto, conservar la propiedad de sus aportaciones, ello hay que entenderlo en el sentido de que se trata de aportaciones societarias que mantengan independencia, o sea, con posibilidad de desligarlo del ente físico-social constituido, pero no, como en el presente caso ocurre, cuando la aportación quedó integrada en lo que físicamente forma la sociedad, cual es el camping, con sus correspondientes edificaciones que lo configuran, pasando a for-

mar parte del patrimonio social a todos los efectos, pues en tal supuesto se produce una situación de cosa indivisible, por su naturaleza o función económica, dado que el Camping es una unidad integrada por terreno y elementos en él edificados, que por aplicación del art. 400 C.c. sólo posibilita, salvo convenio de adjudicación a uno de los socios indemnizando a los demás, que la liquidación se lleve a efecto mediante su venta y reparto del precio entre los socios en la proporción cuantitativa que les corresponda; en cambio, procede recuperar la aportación de un millón de ptas. realizada por dos de los socios, al no estar afectada por la indivisibilidad aludida, aunque sin abono de intereses al haber sido adscrita tal suma a la sociedad, y consiguientemente a su destino en beneficio del ente social y, por tanto, de todos sus socios.

**Relaciones jurídicas entre miembros de sociedad irregular: Compraventa en documento privado: Carácter fiduciario.**—De la prueba practicada se deduce que la compraventa contenida en el documento privado de 1 septiembre 1980, sobre el terreno en que está asentado el Camping, realizada por dos socios al matrimonio, es irreal y tiene mera finalidad fiduciaria para el logro del crédito con que garantizar la concesión, pues es absurdo que los pretendidos compradores actúen en posteriores actividades jurídicas manteniendo el reconocimiento del dominio en quien alega haberle vendido, y que en ellas en manera alguna se invoque dominio con base en el citado documento privado, cuyo precio no se hizo efectivo, cuya circunstancia no tiene razón de ser si en realidad la posesión del terreno cuestionado no respondiese a una relación jurídica diferente; interpretación que se corrobora por la circunstancia de haberse otorgado entre las mismas partes con anterioridad un contrato de arrendamiento con opción de compra, que tampoco tuvo efectividad, y por el dato de que los supuestos compradores no se amparan en el documento privado al ser requeridos de desalojo.

**Presunción de onerosidad.**—La cesión de un terreno para camping, con entrega de dinero, con una serie de avales otorgados por dos de los socios en favor de los restantes, tanto frente a instituciones de crédito como a prestamistas particulares, con colaboración personal de los actores y su familia en los trabajos del Camping, con balances de explotación hasta cierta fecha suscritos también por los actores, genera una evidente presunción de onerosidad en las relaciones de los intervenientes cuando no hay motivos personales que justifiquen un título lucrativo o de liberalidad. (**Sentencia de 11 octubre 1990;** ha lugar.)

**NOTA.**—Asunto complejo, como casi siempre que se precisa liquidar una sociedad civil irregular debido a las dificultades probatorias; en el presente caso resulta determinante el testimonio de un miembro que dejó de pertenecer a la sociedad. Parece acertado calificar de *fiducia cum amico* el documento privado en torno al cual gira principalmente el debate procesal, si bien se advierte alguna vacilación en su calificación jurídica al denominársele también simulado. No parece del todo clara la diferenciación de aportaciones a efectos de su restitución *in natura*: ¿puede afirmarse que el dinero entregado —también se dice prestado— conserva su individualidad en el patrimonio social? Más que precisiones técnicas parece que se ha buscado una solución equitativa ante una situación abusiva

prolongada en el tiempo. En todo caso, la presente sentencia enriquece la variada casuística de la sociedad civil irregular. (G. G. C.)

**21. Contrato de mediación o corretaje. Carácteres y normas que lo regulan.**—El contrato de corretaje o mediación, aunque no regulado expresamente en las leyes civiles, es un contrato con sustantividad propia, calificado de innominado «*facio ut des*», principal, consensual o bilateral que se rige por los títulos I y II del libro IV del Código civil y por las disposiciones relativas al contrato de mandato.

**Regulación por normas administrativas.**—La existencia de una reglamentación administrativa no altera la naturaleza de contrato de Derecho civil que tiene la mediación o corretaje en todas sus variedades, sometidas o no a reglamentación administrativa, puesto que esta última no señala en ningún caso la nulidad de los contratos realizados en contravención a la misma (como sería al amparo del art. 6, n.º 3 del Código civil), y las formalidades que en aquella reglamentación se señalan evidentemente no afectan tampoco a la obligatoriedad y existencia de los contratos, sino que representan únicamente, como da a entender la sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1968, garantías jurídicas de las transacciones, siempre sin perjuicio de las sanciones de carácter administrativo que en su caso sean aplicables.

**HECHOS.**—El demandante reclamaba una determinada cantidad, en concepto de honorarios, por haber intervenido en la contratación de una obra de construcción de viviendas de protección oficial. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia revocó el fallo por entender que no se acreditó de modo fehaciente la intermediación del demandante en el contrato de obra. Recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de la Audiencia Territorial, confirmando la dictada por el Juzgado. (**STS 6 de octubre de 1990; ha lugar.**) (J. B. D.)

**22. Contrato de fianza.**—Es definido por el Código civil, como aquel por virtud del cual «se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este», aclarándose seguidamente que «el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiera obligado a más, se reduciría su obligación a los límites de la del deudor» (arts. 1822 y 1826). La entidad bancaria presta fianza al contratista hasta una suma determinada «para responder de las obligaciones derivadas del cumplimiento de un determinado contrato», siendo indispensable examinar las obligaciones contraídas en ese contrato, y constatar el incumplimiento y las responsabilidades que se derivan.

**HECHOS.**—Los actores pretendían que una entidad bancaria, avalista de un contratista, pagase por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de obra existente entre los actores y el contratista; los demandantes amparaban su reclamación de cantidad en una cláusula contractual que establecía un plazo de ejecución de la obra y una pena convencional para el supuesto de una demora por causas imputables al contratista. Se consideró que el retraso en la ejecución de la obra no era impu-

table al contratista, sino al gran número de modificaciones hechas por los propietarios de las viviendas. La pretensión actora fue desestimada por el Juzgado, fallo confirmado por la Audiencia, no prosperando el recurso de casación. (**STS 2 de octubre de 1990; no ha lugar.**) (**J. B. D.**)

**23. Culpa extracontractual: Accidente laboral: Sentencia penal absolutoria: Vinculación de la jurisdicción civil.**—Es reiterada doctrina de la Sala 1.<sup>a</sup> que solamente vinculan a la jurisdicción civil las sentencias penales condenatorias, en cuanto a los hechos que declaran probados y que sean integrantes del tipo que definen y castigan, y las sentencias penales absolutorias cuando declaren la inexistencia del hecho del que la acción civil hubiera podido nacer.

**Culpa de la empresa, por medio de sus representantes.**—La sentencia penal absolutoria, en el presente caso, no impide obtener la conclusión de que el accidente fue debido a la conducta culposa de la empresa, por medio de sus representantes al no haber dotado previamente a la máquina del dispositivo legalmente exigido y denominado «aparta-manos automático», con lo que se hubiera evitado la producción del resultado lesivo.

**Culpa de la víctima: Compensación de las culpas.**—Ha resultado suficientemente compensada una hipotética concurrencia de causas en la producción del daño por la propia moderación del *quantum* indemnizatorio, efectuada por el Juez *a quo*, al reducirlo de tres millones y medio a dos millones de pesetas, cantidad que se estima adecuada.

**Cuantía indemnizatoria: No constituye doctrina legal ni es revisable en casación.**—La cuantía indemnizatoria por culpa extracontractual que en cada supuesto haya tenido que fijar esta Sala al resolver el respectivo recurso, no constituye en modo alguno doctrina jurisprudencial general, que pueda ser invocada como soporte de un recurso de casación, pues la fijación del *quantum* indemnizatorio habrá venido siempre determinada por las particulares circunstancias concurrentes en cada caso concreto; por otra parte, la cuantificación del daño indemnizable, o su moderación, es función atribuida a los juzgadores de la instancia, cuya fijación no puede ser combatida en casación. (**Sentencia de 19 octubre 1990; no ha lugar.**)

**NOTA.**—Con carácter general merece destacarse que un accidente ocurrido en enero de 1984, se resuelve civilmente hablando en octubre de 1990, lo que supone un retraso nada desdeñable, agravado por la condición modesta del perjudicado; éste recibirá una indemnización retrasada y, además, en moneda devaluada. Descendiendo al detalle de la argumentación utilizada para rechazar el recurso cabe señalar la poco convincente doctrina sentada a propósito de la compensación de culpas, que viene a utilizarse como «comodín» que sirve para todo y permite eludir una mayor profundización en otros razonamientos. En efecto, el actor solicitaba tres millones y medio de indemnización por las lesiones consistentes en la amputación de dos dedos de la mano derecha, cantidad que en primera instancia se reduce a dos millones y que la Audiencia confirma; la

empresa condenada alega en casación la culpa del lesionado, por lo que solicita una reducción de la indemnización con base en la doctrina de la compensación de culpas; en el 2.<sup>º</sup> F.D. el T.S. niega la existencia de culpa en el perjudicado, pero añade —a mi juicio, innecesariamente— que en la hipótesis de que hubiera existido, ya se había tenido en cuenta en la sentencia de primera instancia; creo que no se puede justificar una rebaja efectiva con una culpa hipotética, aunque el demandante se conformó y la fijación del *quantum* indemnizatorio es facultad atribuida a los Tribunales de instancia; si se declara que no se ha probado la culpa de la víctima parece inadecuado suplir la argumentación que, al parecer, el Juez de 1.<sup>ª</sup> Instancia no dió. Todavía el recurso hacía hincapié en la cuantía de las indemnizaciones señaladas en tres sentencias de 1985 en supuestos similares al aquí resuelto, y que resultaban inferiores. La ausencia de tablas de indemnizaciones con valor general produce inevitables discordancias. ¿Cabrá un recurso de inconstitucionalidad por infracción del principio de igualdad? (G.G.C.).

## 5. DERECHO DE FAMILIA

**24. Cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales.**—Son de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por la explotación regular de negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge (número 4 del art. 1362 del Código civil), de cuyas deudas, contraídas por un cónyuge en el ejercicio de dicha actividad, responden directamente los bienes gananciales (número 2 del art. 1365 del citado Código) y que cuando uno de los cónyuges ejerce el comercio con conocimiento y sin oposición del otro quedan los bienes gananciales sujetos a las obligaciones derivadas de tal ejercicio (art. 6 y 7 del Código de Comercio, a los que se remite el párrafo último del artículo 1365 del Código civil).

**Mora del deudor. Intimación del acreedor.**—El art. 1100 del Código civil prescribe que, salvo los dos supuestos de excepción que contempla, la mora del deudor se produce desde el acreedor le requiera judicial o extrajudicialmente para el cumplimiento de la obligación.

**HECHOS.**—Con base en un reconocimiento de deuda, hecho en documento privado, por D. Arsenio en favor de D. Antonio, éste dirige su demanda, en reclamación del pago de la deuda, contra D. Arsenio y contra su esposa. El demandante considera que dicha deuda es de cargo de la sociedad de gananciales. El Tribunal Supremo condena a la esposa de D. Arsenio, absuelta por el Juzgado y por la Audiencia. Asimismo, declara el Alto Tribunal nula (por leonina e ilícita) la cláusula que establecía la obligación de pagar una cantidad en concepto de intereses de la deuda principal. (STS 22 octubre de 1990; ha lugar.) (J. B. D.)

**25. Fianza prestada por uno de los cónyuges en favor de tercero: bienes afectados (Ley 61 de la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra en la redacción anterior a la Ley foral 5/1987, de 1 de abril).**—«Par-

tiendo del “*factum*” ya dicho, ha de constatarse que la cuestión suscitada en el proceso, pese a su hábil planteamiento por los actores no se reduce a determinar si prestada una fianza simple y genérica por uno de los cónyuges en favor de tercero, en su momento puede el acreedor, por su propia, exclusiva y unilateral decisión, tratar de hacer efectiva dicha fianza sobre bienes comunes de la sociedad conyugal (“bienes de conquista”, según la terminología foral navarra), pues si esa fuera estrictamente la cuestión litigiosa planteada como parece entender la sentencia recurrida, la solución de la misma habría de ser claramente negativa, como resuelve dicha sentencia, en el sentido de que el acreedor, no puede, por su propia y unilateral decisión, tratar de hacer efectiva la fianza sobre bienes comunes o “de conquista”, cualquiera que sea la naturaleza (mueble e inmueble) de éstos, pues así viene a establecerlo la Ley 61 del Fuero Nuevo de Navarra (en su redacción anterior a la Ley de 1 de abril de 1987), al prescribir que la fianza prestada en favor de tercero por uno solo de los cónyuges afectará exclusivamente a los bienes privativos de éste, y así lo tiene también proclamado la doctrina de esta Sala (Sentencia de 19 de Enero de 1987).»

**Facultades dispositivas del marido sobre los bienes de conquista (Ley 86 de la Compilación de Navarra en redacción anterior a la Ley foral 5/1987, de 1 de abril).**—«Pero el problema planteado en el litigio a que este recurso se refiere [...], no es el anteriormente apuntado, sino el de determinar si el esposo, al constituirse en fiador de un tercero, puede, por sí solo, pactar y autorizar expresamente al acreedor para que, llegado el momento de hacer efectiva la fianza, pueda proceder en nombre suyo (del esposo fiador), a la venta de unas acciones pertenecientes a la sociedad de conquistas formada por dicho fiador y su esposa, y de las que es depositario el propio acreedor. [...]. Partiendo del hecho incuestionable, ya dicho, de que D. E.S.V., al constituirse en fiador solidario de la entidad mercantil..., pactó y autorizó expresamente (cláusula segunda de la póliza de préstamo de fecha de 25 de agosto de 1983) al acreedor “Banco de Santander, S.A.” para que, llegado el momento de la efectividad de la fianza, pudiera proceder, en su nombre, a la venta por medio de Agente de cambio y Bolsa de las ya referidas acciones de carácter ganancial (“de conquista”), y aplicar el precio de dicha venta al pago de la deuda garantizada, la solución de la cuestión debatida, en los estrictos términos en que la misma ha quedado perfilada, ha de buscarse, no dentro del espectro normativo de la Ley 61 que, ante una fianza simple o genérica, prestada por uno de los cónyuges en favor de tercero, indudablemente prohíbe al acreedor, por su propia exclusiva y unilateral decisión, tratar de hacer efectiva la fianza sobre bienes comunes de la sociedad conyugal o “de conquista”, cualquiera que sea la naturaleza (mueble o inmueble) de tales bienes, pues éste no es el supuesto litigioso aquí contemplado como ya se ha dicho sino dentro del ámbito de las facultades dispositivas sobre dichos bienes, reguladas en la Ley 86, la cual (nos estamos refiriendo, repetimos, a la redacción anterior a la reforma por Ley de 1 de Abril de 1987, por ser la aquí aplicable) concede al marido la facultad de disposición *‘inter vivos’* y a título oneroso de los bienes de conquista, con la única excepción de que no podrá enajenar, ni gravar, sin consentimiento de la mujer, bienes conquistados inmuebles, establecimientos industriales o mercantiles o sus elementos esenciales. Como dentro de dicho supuesto de excepción no se encuentran incluidos los títulos valores, a los que corresponde el tratamiento jurídico de las cosas muebles, es evidente que cuan-

do el Banco de Santander, en el año 1984, procedió a la venta de las acciones objeto de la litis, lo hizo estrictamente en cumplimiento de lo pactado con D. E.S.V., y de la expresa autorización concedida por éste, quién tenía facultades dispositivas para ello...»

**Ley del contrato. Doctrina de los actos propios.**—«[...] No le es dable al Sr. S. impugnar dicha enajenación, como hace a través del proceso del que este recurso dimana, sin vulnerar la ley del contrato (artículo 1091 del Código civil) y sin contravenir la doctrina de los actos propios, ello sin perjuicio de las acciones que a la esposa puedan corresponder contra su marido, si estima que éste realizó dicho acto dispositivo en fraude de sus derechos.» (STS 6 de octubre de 1990; ha lugar.)

**HECHOS.**—El Banco de Santander concede un préstamo a determinada entidad mercantil constituyéndose el administrador de ésta en fiador solidario. Se pacta además un derecho de compensación a favor del Banco respecto a las cuentas o depósitos que la empresa o sus fiadores tuvieran en cualquiera de sus dependencias bien a su nombre, bien solidaria o mancomunadamente con otras personas. Vencido el préstamo, el Banco hace efectiva la fianza vendiendo unas acciones pertenecientes a la sociedad de conquistas formada por el administrador y su mujer y depositadas en la propia entidad bancaria. El Juzgado condena al Banco a entregar al fiador igual número de acciones idénticas a las vendidas, lo que confirma la Audiencia. Ha lugar al recurso de casación.

**NOTA.**—Con carácter general sobre el tema objeto de la sentencia vid. RAGEL SANCHEZ, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge* (Madrid, 1987). Sobre un supuesto similar al de la sentencia reseñada vid. la STS de 16 de febrero de 1987 y el comentario que con el título *Fianza y bienes de conquista* hace ARECHEDERRA en la «Revista de Derecho Mercantil» 183-184 (1987) 63 ss. (R. G. S.)

**26. Objeto de prueba en las acciones de reclamación de filiación.**—Para la resolución ha de partirse, como ya hicieron las sentencias de ambas instancias, de la convivencia del varón con la actora, de la realidad de las relaciones sexuales y de la negativa del recurrente a someterse a las pruebas biológicas sobre paternidad.

**El principio de prueba en las acciones de reclamación de filiación: carácter procesal del art. 127 del Código civil.**— El precepto es de naturaleza procesal, los defectos procesales se combaten en casación por el cauce del n.º 3 que contempla el quebramiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales; sería preciso demostrar que la falta procesal habría producido indefensión, supuesto que no es el de autos pues cualquiera que fuere el grado de benevolencia del Juzgado al permitir que la demanda pasará el tamiz de admisión previsto por el legislador para evitar irreflexivas incoaciones de procesos, es lo cierto que el demandado tuvo oportunidad y utilizó cuantas defensas estimó oportunas y la propia realidad de los hechos probados demuestra la justicia de la demanda y su admisión.

**Posibilidad de acumulación de la acción de filiación y la de alimentos.**—No hay ninguna razón contenida en los arts. 153 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que el actor no pueda acumular las acciones ejercitadas, puesto que no son incompatibles entre sí. Que no son incompatibles se desprende de su propia naturaleza, deuda alimenticia que va inherente a la relación de paternidad o filiación que aquí se ejerce, y de tan percutoria satisfacción en ocasiones que la ley prevé cauces provisionales a través del art. 1609 y siguientes, pero que no impiden la vía declarativa bien para reclamarlos como derecho autónomo o como parte del contenido de la declaración de mayor entidad, como la patria potestad, la paternidad, el matrimonio, y aún prevé la satisfacción inmediata sin acudir al cauce del art. 1609, como ponen de manifiesto, entre otros, los artículos 128, 154, 158 del Código civil.

**Valoración de la negativa a someterse a las pruebas biológicas de paternidad.**—La negativa a colaborar al reconocimiento pericial, no siendo por sí mismo prueba suficiente de paternidad, adquiere el carácter de indicio fuertemente presuntivo y, no entrañando tampoco confesión, es un indicio de inestimable valor. (STS 23 octubre de 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Ejercitada por la madre la acción de reclamación de paternidad, solicitó a su vez que al demandado se le condenase a pagar la mitad de los gastos médicos ocasionados a lo largo del embarazo y parto, y también a la mitad de los alimentos debidos a su hija. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Territorial estimaron íntegramente la demanda. (E. S. M.)

## 6. DERECHO DE SUCESIONES

**27. Error de hecho. Certificaciones administrativas.**—Los documentos presumamente demostrativos del error no tienen tal «naturaleza documental» a estos efectos casacionales, pues son unas certificaciones administrativas, lo que según reiterada y consolidada doctrina derivada de la Jurisprudencia de esta Sala, no son documentos a estos efectos (por todas, la Sentencia de 10-10-1988).

**Testamento por comisario. Validez.**—Es la modalidad testamentaria foral vasca que utilizó el padre de las partes de esta causa. Dicho testamento se funda en un otorgamiento anterior: el llamado poder testitorio, que es el que se otorga a favor de una persona para que disponga de los bienes del poderdante después de su muerte. Esta clase de testamento que tiene sus antecedentes en el Fuero Real de Castilla (Ley 7, Título V, Libro III), está prohibido terminantemente en el Código civil, al proclamar su artículo 670 el carácter personalísimo del testamento. Concretamente en Vizcaya el Fuero Viejo lo autorizaba muy ampliamente en su capítulo 127 y el Fuero de Vizcaya de 1526 también lo regula (Ley III, Título XXI). Siendo válido este testamento, no hay razón alguna para abrir la sucesión intestada, y por tanto, dar por válidas todas las operaciones efectuadas por el referido causante, pues aparte de respetar el contenido de la legítima como porción hereditaria, ha utilizado correctamente los mecanismos del

poder testatorio que tenía otorgado por su mujer. (STS 15 octubre de 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se discute la validez de un testamento por comisario que en 1958 redacta el cónyuge supérstite en virtud de poder testatorio mutuo y recíproco con las más amplias facultades dispositivas, que los cónyuges se habían otorgado en 1892. Esta forma testamentaria, prohibida por el Código civil, se admitió por el Derecho foral vasco, tal como era exigible con anterioridad a la Compilación de 30-VII-1959. La impugnación se basa en negar la condición aforada de los otorgantes, por no ser territorios forales los de su residencia. Mas este último extremo resulta incierto a la vista de las disposiciones aplicables al caso, todas del siglo pasado. En primera instancia y apelación se declara la validez del testamento. No ha lugar al recurso de casación (I.G.P.).

**28. Interpretación del Tribunal de Instancia. Impugnación en casación.**—La función hermeneútica de las disposiciones mortis causa, como tiene declarado una constante doctrina jurisprudencial, es exclusiva del Tribunal de Instancia, cuyas conclusiones no pueden ser eficazmente combatidas en casación, salvo en el supuesto de que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la Ley.

**Fideicomiso. Purificación.**—«Partiendo de la base de que por sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1958 se declaró al actor hoy recurrido heredero de la causante, y de que al alcanzar tal cualidad tenía la edad de testar, resulta lógico concluir que, por aplicación de la cláusula testamentaria de que el último de los hijos —cualidad esta a la que deben asimilarse los nietos— de la testadora, puedan disponer de la herencia a sus libres voluntades, hay que asignar el actor el carácter de heredero libre y no gravado, sin que el hecho de carecer de descendencia sea obstáculo alguno para ello ni contrario a la intención de los causantes, ya que una interpretación distinta distorsionaría la voluntad del causante estructurando una quasi-vinculación que determinaría un abusivo y desbordador el significado de aquella.» (STS 17 octubre 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El actor pide que se le declare heredero libre, por haberse purificado el fideicomiso establecido sobre los bienes que recibió, y se expida el mandamiento oportuno para que así conste sobre las fincas afectadas en el Registro de la Propiedad. Se oponen algunos parientes que alegan la subsistencia del gravamen y el deber de conservar tales bienes. En primera Instancia y Apelación prospera la tesis del actor. No ha lugar al recurso de Casación, al admitir el Tribunal Supremo la interpretación del Tribunal de Instancia. El sentido que prevalece se deduce del testamento en el que se establece una sustitución fideicomisaria a favor de los hijos de la testadora y sus descendientes, y que se dispuso para cumplir los gravámenes y condiciones del heredamiento otorgado por el padre de la testadora en las capitulaciones matrimoniales de ésta, otorgadas en 1866. El actor es nieto de la testadora e hijo de uno de los llamados sucesivamente para el caso de repudiar los hermanos mayores la herencia o morir sin descendencia. En el primer considerando se afirma que «poniendo en relación el testamento y las

cartas dotales, se aprecia que la voluntad de los otorgantes de estas capitulaciones o cartas es que la sustitución se purifique cuando la herencia llegue a un descendiente que esté en edad de testar, de forma que este puede disponer de la herencia como libre habida cuenta que la expresión de la testadora de que el último de sus hijos que sea heredero puede disponer libremente de la herencia es aplicable también a los nietos». (I.G.P.)

## II. DERECHO MERCANTIL

**29 Teleología del art. 20 de la Ley del contrato de seguro: intereses exigibles a la entidad aseguradora en caso de impago de la indemnización. Condiciones para la aplicación del precepto.**— «La razón de ser del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro, obedece al deseo del legislador de un pronto cumplimiento de la obligación del pago de la indemnización, sancionado a la entidad morosa con el incremento de unos fuertes intereses; pero esta especie de “multa penitencial” sólo podrá exigirse cuando el impago obedezca a “causa no justificada o que le fuere imputable al asegurador”, condición que encuentra su interpretación auténtica en el último párrafo del art. 38 de la misma Ley, referido al seguro de daños donde se dice: “En el supuesto de que por demora del asegurador en el pago del importe de la indemnización devenida *inatacable*, el asegurado se viere obligado a reclamarlo judicialmente, la indemnización correspondiente se verá incrementada con el interés previsto en el Art. 20, que en este caso empezaría a devengarse desde que la valoración devino *inatacable* para el asegurador..., etc.»

**Liquidez de la deuda: condición para fijar los intereses moratorios. No es deuda líquida la correspondiente a una indemnización por daños y perjuicios.**— «En este mismo sentido se orienta la doctrina de esta Sala afirmando, que es constante la jurisprudencia que asigna los intereses de mora sobre la base de deudas líquidas, cualidad que no puede ser atribuida a una deuda por indemnización de daños y perjuicios, cuya cuantía no consta de antemano, ni resulta de meras operaciones aritméticas, sino de criterios que deben ponderarse en aquella sentencia que constituye su acto de fijación (Sentencia 5.10 y 25.11.83; 3.11.1987; 9.2 y 18.10.1988).» (STS 30 de octubre de 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El recurso se dirige contra el auto dictado en apelación por la Audiencia confirmando el del Juzgado. Este resolvía un procedimiento para ejecución de sentencia firme. En la sentencia se fijaba la indemnización por los daños derivados de un accidente de circulación con resultado de muerte. (R.G.S.)

**30. Seguro individual de accidentes: invalidez permanente parcial: secuelas consolidadas.**—Las lesiones producidas son consecuencia del vuelco de vehículo que conducía el asegurado, sin que se observe en los autos elementos que demuestren que el accidente fuera buscado de propósito por el lesionado; las secuelas ya consolidadas son de tipo principalmente neurológico consistentes en irratibilidad e inestabilidad emocional, falta de concentración y atención continuadas, deficiente control motor de los movimientos del brazo derecho, afectación de la extremidad inferior derecha incontinencia vesical con pérdida automática e involuntaria de la orina e impotencia *coevi*; tales

lesiones no afectan al ejercicio de la profesión, ni le impiden continuar al frente de la empresa, aunque sí tendrá en ello molestias y dificultades, tal vez importantes, pero que no determinan un grado tal de ineptitud e impedimento que le obligen a abandonar de forma total y definitiva el ejercicio de la profesión de empresario de productos cíclicos a que se venía dedicando con anterioridad al accidente; pero tales lesiones constituyen una invalidez que no puede encuadrarse en la categoría de total, habida cuenta de que sus extremidades superior e inferior derecha experimentan, no una pérdida absoluta sino una mera disminución de su capacidad funcional, pues sólo engendran una invalidez permanente parcial y habrán de ser valoradas a fines indemnizatorios una por una, atendiendo a las reglas que formula la póliza.

**Defectos procesales del recurso.**—La prueba pericial no tiene carácter de «documento» a efectos del n.º 4.º del art. 1692 L.e.c.; la póliza suscriba entre las partes no tiene el carácter de «norma jurídica infringida» y en cuanto a la jurisprudencia, no se cita pormenorizadamente; no se demuestra que la interpretación del contrato de seguro hecha por la Sala sea ilógica o arbitraria, por lo que debe mantenerse.

**Art. 20 de la Ley de 1980: Régimen especial para el caso de demora en la liquidación del siniestro.**—En aplicación del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro la sentencia condena al abono del 20% anual, particular impugnado en casación por ser indeterminado el *quantum* de la indemnización; pero en el presente caso la Aseguradora, desde que tuvo conocimiento del accidente, al menos diez meses antes de presentada la demanda, no hizo mas que obstruir el señalamiento de la indemnización debida; el art. 20, que figura entre las disposiciones generales aplicables a todos los seguros, requieren simplemente que hayan pasado tres meses desde la producción del siniestro, tiempo que ha transcurrido sin que se haya acreditado causa justificativa del retraso o que no fuera imputable al asegurador en el presente caso; el art. 20 viene a representar un régimen especial para el caso de la demora en la liquidación del siniestro sin que se aplique el requisito de liquidez de la deuda que la jurisprudencia deduce del principio *in illiquidis non fit mora*, viniendo a representar una cláusula penal con tratamiento específico. (**Sentencia de 29 de octubre de 1990**; no ha lugar.)

NOTA: El demandante había contratado dos pólizas, una que cubría el riesgo de fallecimiento y la invalidez profesional y funcional, y otra individual de accidentes cubriendo la invalidez permanente total o parcial, definida en la misma póliza como la pérdida orgánica o funcional de los miembros y facultades del asegurado, cuya recuperación no se estime previsible, con una percepción máxima de 20 millones pts. Cabe pensar en un posible solapamiento entre ambas pólizas, tema no debatido en el pleito. La sentencia declara no indemnizables las lesiones sufridas, al amparo de la primera póliza, y sí en cambio incluidas en la cobertura de la segunda con asignación de la indemnización máxima prevista. La solución que parece buscar una línea de simplicidad, no deja de ser discutible. ¿Puede razonablemente sostener que sigue siendo apto para ejercitarse una empresa una persona con secuelas consolidadas de irritabilidad e inestabilidad emocional, carente de concentración y atención continuadas? Por lo demás, es plenamente de aprobar la interpretación que se ofrece del art. 20 de la Ley de 1980, dirigido evidentemente a penalizar los abusos de las Compañías aseguradoras en sus tácticas dilatorias

para hacer efectivas las indemnizaciones a que contractualmente están obligadas (G.G.C.)

### III. DERECHO PROCESAL

**31. Tercería de mejor derecho: Preferencia crédito salariales: Requisitos: Carácter prescriptivo del plazo del año: «Dies a quo».**—El plazo del año que establece el art. 32.6 de la Ley de 10 de marzo de 1980 es de prescripción y no de caducidad, pues, como ya indicó la sentencia de 28 de abril de 1986, la propia Ley contempló tanto las situaciones de prescripción como las de caducidad, circunstancia que se aprecia en su art. 59, del que se deduce que la regla general para los supuestos que regula es la prescriptiva, siendo de notar que el art. 32.6 utiliza el término prescripción para referirse al efecto que el trascurso del tiempo produce sobre los derechos de preferencia del crédito salarial a que se contrae señalando así que la institución legalmente querida es la de la prescripción; según reitera jurisprudencia el plazo del año del art. 32.6 del Estatuto de los Trabajadores está referido al ejercicio de la acción, que empezará a contarse desde el momento en que debió percibirse el salario, y que la preferencia queda definitivamente con el crédito cuando se ejercita reclamación ante la Magistratura de Trabajo dentro del año.

**Carácter privilegiado del crédito salarial.**—Resulta de la regulación que introduce el Estatuto de los Trabajadores en la sección dedicada al «Salario y garantías salariales», ya que su art. 32.6 acoge el crédito de los trabajadores terceristas y le confiere la condición de singularmente privilegiado y el goce de una preferencia sobre cualquier otro crédito a excepción de los créditos con derecho real en los supuestos en que, con arreglo a la Ley Hipotecaria, sean preferentes.

**Anotación de embargo: Eficacia.**—La anotación preventiva de embargo, practicada por mandatario judicial, tiene por finalidad principal el garantizar, con los bienes en que aquélla se realiza, las responsabilidades nacidas del crédito y que han de hacerse efectivas en el procedimiento adecuado, pero en manera alguna esa anotación modifica la naturaleza jurídica del crédito, ni convierte en derecho real sobre la finca anotada el personal que se trata de hacer efectivo en el juicio especial, ni atribuye por sí sola rango preferente al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos, negocios u obligaciones preferentes, por lo cual el crédito de la entidad bancaria no puede prevalecer sobre el salarial de los terceristas. (**Sentencia de 3 de julio de 1990; no ha lugar.**) (G.G.C.)

**32. Prueba de las obligaciones.**—La violación del art. 1214, según reiterada doctrina de esta Sala (sentencias de 21 de diciembre de 1981, 14 de abril de 1982, 31 de octubre de 1983, 3 de diciembre de 1984, 24 de mayo de 1985, 5 de mayo, 24 de julio, 4 de octubre de 1986, 8 de noviembre de 1989, entre otras muchas), sólo es invocable cuando, ante la ausencia de prueba sobre un hecho concreto, el Tribunal sentenciador no haya tenido en cuenta la regla distributiva del «onus probandi» que dicho precepto contiene, al determinar la parte que haya de soportar las consecuencias de esa falta de prueba, pero nunca cuando, como ocurre en este supuesto litigioso, la Sala de instancia considera probados los hechos básicos de la acción ejercitada.

**Casación por infracción de la jurisprudencia.**—Una sola sentencia no constituye jurisprudencia a los efectos de poder servir de soporte a un motivo de casación por infracción de la doctrina jurisprudencial, como esta Sala viene sosteniendo con reiteración (Sentencias de 1 de marzo y 22 de noviembre de 1985, 14 de febrero y 10 de marzo de 1986, 12 de diciembre de 1988, 19 de mayo de 1989, entre otras muchas).

**HECHOS.**—Con base en una letra de cambio, y alegando ser tenedora legítima de la misma, la entidad «Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios» ejercitó, en vía ordinaria, la acción cambiaria en reclamación de su pago, contra una sociedad mercantil en calidad de aceptante y contra tres avalistas. La entidad mercantil demanda no compareció, siendo condenados por el Juzgado y por la Audiencia los tres avalistas, como deudores solidarios, debiendo pagar el importe de la cambial más los intereses legales desde la fecha de la reclamación judicial. No prospera el recurso de casación. (**STS 4 de julio de 1990; no ha lugar.**) (J.B.D.)

**33. Naturaleza de las diligencias para mejor proveer.**—Las diligencias para mejor proveer son actos de instrucción realizados por iniciativa del órgano jurisdiccional para formar su propia convicción sobre el material del proceso y que tales diligencias son totalmente ajenas al impulso procesal de parte y al principio dispositivo.

**Reglas generales sobre diligencias para mejor proveer.**—La mecánica de la prueba en las diligencias para mejor proveer se rigen por la norma específica del artículo 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el cual, es deber que las recomendaciones que se formula al Juzgador son de carácter admonitorio, al decir, que «el Juez o la Sala cuidará de que lo acordado se ejecute sin demora y adoptarán de oficio las medidas necesarias para ello», lo que supone que la aportación fuera del plazo fijado al efecto, no les invalida, de por sí, a los fines probatorios, desde el momento en que el Tribunal «a quo» las aceptó y tomó en consideración, sin haber dispuesto medida alguna contraria al respecto. (**STS 8 de octubre de 1990; no ha lugar.**)

**HECHOS.**—La parte actora formuló demanda para que se les declarara propietarios de un edificio y cesaran los demandados en la posesión del referido inmueble al considerarlos precaristas como consecuencia de un traspaso inconsentido. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en su totalidad. Sin embargo, la Audiencia Territorial estimó en parte el recurso de apelación de los demandados y declaró que los demandantes eran propietarios del edificio, pero los demandados estaban poseyendo el mismo concepto de arrendatarios en virtud de un traspaso que sí había consentido y los condenó a pagar a los actores la renta correspondiente a cinco años a contar desde la fecha del emplazamiento del proceso. Los demandantes interpusieron recurso de casación. (**E.S.M.**)

**34.—Error en la apreciación de la prueba.**—Se exige que el error de hecho probatorio denunciado aparezca evidenciado de modo directo, patente e inequívoco (litero-suficiencia) por el documento o documentos invocados, quedado excluida de su ámbito toda posibilidad de hipótesis, conjuras o deducciones.

**Valoración de la prueba testifical.**—El art. 1248 del Código Civil contiene sólo una norma admonitiva, no preceptiva, ni valorativa de prueba, y el mismo, así como el art. 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, facultan al juzgador de la instancia para apreciar libremente las declaraciones de los testigos según las reglas de la sana crítica, por lo que la valoración que haga del resultado de dicha prueba no es revisable en casación, al no hallarse las reglas de la sana crítica reguladas o consignadas en precepto alguno que pueda invocarse como infringido.

**Carácter de la prueba por presunciones.**—La prueba de presunciones tiene carácter supletorio y sólo debe utilizarse cuando el hecho dudoso no tenga demostración por pruebas directas, doctrina aplicable a este supuesto litigioso, en el que la Sala de instancia, tras la valoración de la prueba practicada en autos, alcanza la conclusión de que los pozos o sondeos no son propiedad del demandado.

**Posibilidad de impugnar en casación la prueba de presunciones.**—La posibilidad de impugnar en casación la no utilización por los juzgados de instancia de la prueba de presunciones sólo es permisible en supuestos de excepcionales, cuando partiendo de un hecho claramente constatado, del mismo haya de obtenerse necesariamente el hecho deducido, como consecuencia rigurosamente obligada e ineludible. (**STS 5 de noviembre de 1990; no ha lugar.**)

**HECHOS.**—Los demandantes formularon demanda para que se les declarase propietarios de unos terrenos y de los sondeos abiertos en los mismos para la extracción de agua subterránea. Los demandados por su parte, plantearon reconvenCIÓN. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda y en parte la reconvenCIÓN y declaró propietarios de los terrenos a los demandantes y a los demandados propietarios de los pozos o sondeos abiertos en dichos terrenos. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial la revocó en parte, puesto que declaró propietarios de los terrenos así como los sondeos a los demandantes. Los demandados interpusieron recurso de casación. (**E.S.M.**)

**35. En casación no procede hacer supuesto de la cuestión.**—«En casación no procede hacer supuesto de la cuestión, dada la especial y extraordinaria naturaleza del recurso, que no puede basarse en argumentos que desconozcan los hechos establecidos en la instancia, si no han sido desvirtuados en forma adecuada (SS., por citar sólo algunas recientes, de 16 y 27 de enero; 13 de marzo; 13 de abril; 22,23 y 26 de mayo; 19 de junio; 4 y 13 de julio; 22 y 26 de septiembre; 8 de noviembre; y 15 de diciembre, todas de 1989), y aquí ni se ataca la apreciación probatoria con base en documento literosuficiente que obre en autos (cauce: n.º 4.º del art. 1692 de la LEC), ni su valoración con cita de precepto interpretativo cuya infracción se considere (error de derecho denunciable por el n.º 5.º del propio art. 1692).»

**La casación no es una tercera instancia.**—«La casación no es una tercera instancia que permita al Tribunal revisar toda la prueba, ni establecer nueva secuencia valorativa (SS. de 1, 15 y 27 de febrero; 6 de marzo; 3, 6 y 17 de junio; 3 de julio; 27 de septiembre; 2 y 10 de octubre; 6 y 15 de noviembre; y 19 de diciembre, todas de 1989).»

**Abuso de derecho. Incompatibilidad con la «justa causa litigantis».**— «Aunque la apreciación del abuso de derecho constituya una cuestión jurídica, siempre resultará necesario que las premisas de hecho pongan de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) o subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) que lo determinan (SS. de 26 de abril de 1976 y 17 de marzo de 1984), lo que no se da en el presente caso, habida cuenta del incumplimiento grave y continuado, la rescisión del contrato y la falta de pago aún después de consumada la compraventa del inmueble objeto de la garantía, sin que ésta (la opción) se renovase siquiera, todo lo cual implica la existencia de una «justa causa litigantis» excluyente de toda idea de abuso (S. de 25 de junio de 1986), al existir una finalidad seria y legítima (S. de 5 de abril de 1986) y apoyarse la demandante en normas jurídicas reconocedoras de su derecho (las generales de los contratos y específicas de la opción), que impiden actué contra el criterio teleológico o finalista de las mismas o situarle, al proceder con pleno acomodo a ellas, en situación abusiva, antisocial o en situación carente de buena fe, dado que, precisamente acude al remedio que el legislador, y en este caso el contrato, le confieren (SS. de 16 de diciembre de 1987 y 12 de diciembre de 1988).» (STS 2 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La sentencia recurrida, confirmatoria de la primera instancia, analiza el ejercicio de una opción de compra junto con el incumplimiento contractual de un agente de seguros. La existencia de descubiertos imputables a éste da lugar a la negociación del pago de la deuda otorgando el agente a la compañía un derecho de opción de compra sobre una finca de la propiedad. Vigente la opción, el agente vende la finca a un tercero. Aún en plazo, la aseguradora ejercita su derecho. El agente alega en la casación abuso de derecho por el sorpresivo ejercicio de la opción de compra carente de fin o interés legítimo. (R.G.S.)

**36. No cabe recurso de revisión frente a la sentencia recaída en un juicio ejecutivo por no reunir la condición de firme requerida a estos efectos.**—«La primera cuestión que ha de resolverse [...] es la atinente a determinar si cabe o no recurso de revisión frente a la sentencia recaída en un juicio ejecutivo (sentencia de remate), cuestión ésta que ha de merecer una respuesta negativa, pues el artículo 1797 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo permite este excepcional y extraordinario recurso frente a una sentencia firme, o sea, contra la que ya no quepa medio impugnatorio alguno, condición de firmeza, en el sentido expuesto, que no es predictable de las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos, ya que estas sentencias, conforme establece el art. 1477 de la citada ley procesal, no producen la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión, por lo que al disponer el aquí recurrente (demandado en el juicio ejecutivo) de la expresada posibilidad defensiva, no se ha producido la extrema situación justificativa de este excepcional recurso que, con criterio restrictivo, ha de quedar reservado para aquellos supuestos en que, frente a una sentencia firme, no quepa otro medio impugnatorio, como ya tiene declarado esta Sala en sentencia de 12 de Julio de 1988, en supuesto análogo al presente, en que se pretendió utilizar el recurso de revisión frente a la sentencia recaída en juicio interdictal.»

**Alcance de la inhabilidad del mes de agosto. Computación del plazo de caducidad a que se somete la interposición del recurso de revisión.**—«[...] Sin que pueda

ser atendible la razón [...] de que son inhábiles los días del mes de Agosto (art. 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), pues la inhabilidad de dichos días se refiere a las actuaciones judiciales, no a la computación de un plazo de caducidad, al no ser ésta susceptible de interrupción, aparte de que según el artículo 5 del Código civil, por el que se rige este plazo (Sentencia de esta Sala de 6 de abril de 1985) "en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles", lo que comporta que para el cómputo del plazo de interposición del recurso de revisión no se han de descontar los días inhábiles, ni los del inhábil mes de Agosto (Sentencia de esta Sala de 22 de Diciembre de 1989), a cuya misma conclusión se llega, aún cuando dicho plazo estuviera sometido a la normativa procesal, pues, con arreglo a ésta, en el cómputo de los plazos señalados por meses, como es el que aquí nos ocupa, nunca se excluyen los días inhábiles, según establece expresamente el art. 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y reitera "a contrario sensu" el art. 185.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ...» (**STS 20 octubre de 1990**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario de revisión que se promueve contra la sentencia de remate recaída en un juicio ejecutivo. (**R.G.S.**)

**37. Carácter extraordinario del recurso de revisión.**—Del recurso de revisión, conviene decir que por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de la irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que lo integran, hayan de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, con quebrantamiento del principio de la autoridad de la cosa juzgada, sin que sea posible a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada.

**Casos en los que procede el recurso de revisión: Las maquinaciones fraudulentas.**—La maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hechos que, por sí mismos, evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardiles o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concorra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial, pudiéndose comprender bajo el término «maquinaciones fraudulentas» todas aquellas actividades de la actora que vayan dirigidas a dificultar y ocultar al demandado la iniciación del juicio con objeto de obstaculizar su defensa, asegurando así el éxito de la demanda.

**Legitimación activa para interponer recurso de revisión.**—Carece de legitimación activa para promover el recurso extraordinario de revisión, quien no fue parte en el proceso en el que recayó la sentencia firme cuya anulación se solicita, ya que dicha sentencia sólo puede desplegar su eficacia entre las personas que intervinieron como partes. (**STS 6 noviembre de 1990**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Planteada demanda por el arrendador para obtener la resolución de contrato de arrendamiento del local de negocio, el arrendatario demandado se allanó, por lo que se declaró resuelto el contrato. Sin embargo, un pretendido coarrendatario que no intervino en el proceso promovió nulidad de actuaciones,

cuya solicitud tiene como consecuencia el recurso de revisión que aquí se plantea. (E.S.M.)

**38. Inclusión en las costas de los honorarios de los letrados.**—«[...] Debemos partir de los criterios contenidos en los arts. 423 y 424 de la L.E.C., en concordancia con la doctrina declarada por esta Sala en numerosas sentencias, de las que son ejemplo las de 26 de noviembre de 1980 y 16 de julio de 1982. Con arreglo al primero de dichos artículos, los honorarios de los letrados se regularán por los mismos interesados en minuta detallada y firmada y el Secretario incluirá en tasación la cantidad que resulte de la minuta.»

**No incidencia en el desarrollo del proceso de la relación entre el cliente y su letrado. Titularidad del crédito privilegiado que origina la condena en costas.**— «[...] Figura acreditado en autos la intervención de distintos letrados en el recurso, tanto por parte del recurrente como del recurrido, y, concretamente, la intervención del letrado minutamente en algunos de los trámites, pero, independientemente de ello, la relación entre el cliente y su letrado es la un arrendamiento de servicio que no afecta para nada al desarrollo del proceso. Como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de febrero de 1990, en recurso de amparo 1313/87, el titular del crédito privilegiado que origina la condena en costas es la parte contraria beneficiaria de la misma y no los profesionales que la han representado y defendido, y, por ello, la circunstancia de quien sea el concreto profesional que haya prestado sus servicios carece de incidencia alguna en la obligación de pago que la resolución judicial ha impuesto al condenado en costas...» (STS 16 de julio 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La sentencia resuelve el incidente por el que la parte condenada a su pago impugna la tasación de costas al entender que se incluyen indebidamente los honorarios del letrado de la contraparte. La promotora del incidente sostuvo que las costas no aparecerían desglosadas y que el letrado que firmó la minuta no era el que figuraba en la sentencia ni el que firmó la primera instancia. (R.G.S.)

**39. Incompetencia de la jurisdicción española en virtud de cláusula de sumisión a Tribunales extranjeros: excepcionalidad. Aplicación del Derecho extranjero.**—«[...] Sabido es que los casos de incompetencia de la jurisdicción española en virtud de cláusula de sumisión a los Tribunales extranjeros tienen un carácter rigurosamente excepcional siempre que se den las específicas circunstancias indubitadas que no hagan aquélla nula, sin resultar duda alguna tampoco respecto de la procedencia y firma por todas las partes de tan singular y excepcional cláusula de exclusión, que certamente no se da en el caso de autos, debiendo recordarse además que en todo caso la aplicación del Derecho extranjero obligaría a la parte que lo invoque a acreditar no sólo la exacta entidad de tal Derecho vigente, sino también su autorizada interpretación tal como ha reiterado la Jurisprudencia de esta Sala, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles tanto respecto de las sumisión alejada como del contenido de dicho Derecho.»

**Excepcionalidad del plazo de prescripción señalado por el art. 951 del Código de comercio. Interrupción de la prescripción por acto de conciliación.**—«[...] Sos-

teniendo la parte recurrente la procedencia de la aplicación al caso de la prescripción de 6 meses que señala el referido art. 951 del Código de comercio. El motivo debe decaer pues el precepto citado no es de aplicación al caso por no tratarse de una reclamación de daños y perjuicios derivados de los supuestos que aquel artículo contempla y para los que fija con carácter muy excepcional el plazo de prescripción de 6 meses, siendo en cambio de aplicación la regla ordinaria y general prevista en el art. 1964 del C.c., en relación con el art. 50 del Código de comercio, que sanciona la prescripción de quince años para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción. No procede, por tanto, la aplicación de aquella norma singular y excepcional que reduce hasta límites extremos el plazo de prescripción (seis meses), ni puede hablarse de inactividad o inhibición de la parte, pues como bien dice la Sentencia recurrida en su Fundamento Jurídico segundo, “aún suponiendo que el plazo de prescripción aplicable fuera el de seis meses, su transcurso quedó interrumpido por la celebración del acto de conciliación de acuerdo con el art. 479 de la L.E.C....» (STS 10 julio de 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Livestock Express INC., armadora disponente de dos buques negocia el fletamiento de estos por Esar Company para un viaje desde Castellón a Saudí de Jeddah. Intervienen como «brokers» Dens Ocean NV. de Ostende y Centramares y Naviera Odiel de España. Cuando los buques se dirigen a Castellón la entidad belga recibe un «telex» de Centramares en el que se le indica interrumpa el viaje de los barcos, de lo que se derivan importantes perjuicios para Livestock Express que demanda a Esar Company y a los correderos intervenientes en la operación. El Juzgado estima la demanda condenado a Esar Comany y Naviera de Odiel al abono solidario de la indemnización fijada, lo que confirma posteriormente la Audiencia. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.)

**40. Plazo para emitir el laudo arbitral. Posibilidad de prórroga. Nulidad de la prórroga solicitada extemporáneamente. Eficacia del laudo dictado fuera de plazo. Forma de solicitar la prórroga.**—«[...] Ha de recordarse el criterio constante de este Tribunal conforme al cual el plazo debe ser respetado de modo inexorable, esto es, el laudo debe dictarse dentro del tiempo, porque es el lapso durante el cual las partes, voluntariamente, renuncian al ejercicio jurisdiccional de sus diferencias y dotan de facultades decisorias al árbitro (SSTS 27-II-85; 13-VI-84). Pasado el plazo, los árbitros carecen de ellas. Hasta la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1984, la jurisprudencia reconoció la posibilidad de prórrogas, bien por acuerdo de las partes ante Notario, bien del propio órgano judicial que formalizó el compromiso (STS 20-V-82), y a partir de esa reforma se reconoce legalmente la posibilidad de prórroga del plazo cuando en el art. 1733 n.º 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se señala como uno de los cuatro motivos del recurso de nulidad contra los laudos dictados en arbitraje de equidad, “haber dictado los árbitros el laudo arbitral fuera del plazo señalado en el compromiso o, en su caso, en la prórroga. La prórroga, pues, es permitida, pero, en cualquier supuesto, ha de instarse antes de la extinción del plazo fijado como periodo de renuncia a la jurisdicción (STS 9-II-84). Que el Juez concediera prórroga a petición de parte pero fuera del plazo marcada en el auto de formalización del compromiso no da lugar a su validez, ni se convalida su nulidad por aquietarse la otra parte ante la decisión judicial. Sólo aquietándose frente al laudo dictado extemporáneamente puede éste llegar a ser eficaz. La prórroga pues se obtiene en la misma forma que se formalizó

el compromiso (STS 15-VI-83), esto es, de común acuerdo ante Notario o por solicitud ante el Juez, caso de no existir voluntades concordes, pero siempre ejercitando tal facultad antes de fijar el plazo.»

**Cómputo del plazo civil.**—«El cómputo del plazo, por ser plazo civil (STS 20-V-82), se hace siempre que las partes no establezcan otra cosa, en los plazos señalados por días a contar desde uno determinado, excluyendo éste del cómputo y comenzando en el siguiente. Si el plazo se fija, como en el caso presente, por meses, se computa de fecha a fecha, sin excluir los inhábiles (art. 5 del código civil).» (STS 1 de octubre de 1990; ha lugar.)

**HECHOS.**—La sentencia resuelve un recurso de nulidad contra el laudo arbitral que ponía fin a diversas cuestiones suscitadas en relación con un contrato de colaboración para la explotación de máquinas recreativas en el local de una de las partes. (R.G.S.)

