

A large, white, stylized monogram of the letters 'RN' is centered in the top half of the cover. The letters are thick and have a classic, slightly ornate feel. The background is black, and the entire monogram is surrounded by numerous white, teardrop-shaped flourishes that appear to be falling or floating around the letters, creating a dynamic and decorative effect.

RN

REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

ENERO~MARZO 1993

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**

Fundada en 1953 por

Rafael Núñez-Lagos

LA REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO
NO SE IDENTIFICA CON LAS OPINIONES EXPRESADAS
POR LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

Gráficas Minaya, S.A. - calle Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radío
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Angel Martínez Sarrión
D. Antonio Soto Bisquert
D. Luis Rojas Montes
D. José María Segura Zurbano
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente
D. Fernando Arroyo del Corral
D. Francisco Javier Manrique Plaza
D. Julián Peinado Ruano
D. José Manuel Díe Lamana
D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Director

D. Ignacio Solís Villa



Dirección:
Ruiz de Alarcón, 3
28014 MADRID

Tfno.: 91-531.49.05
Fax: 91-521.15.53

SUMARIO

9

Estudios

BRIOSO ESCOBAR, Enrique L.: "El derecho de representación en la sucesión intestada de los descendientes y los arts. 921, 923 y 933 del Código civil"

71

FINEZ RATON, José Manuel: "La prórroga como causa de extinción de la fianza (Análisis del art. 1.851 del Código civil)"

139

LEON ARCE, Alicia de: "De la multipropiedad al 'time share': Propositiones comunitarias y proyectos de Derecho interno español"

Práctica jurídica

Derecho Notarial

223

— De la reforma del artículo 175 del Reglamento Notarial.

- A) La reserva de prioridad. Ambito de aplicación y funcionamiento, por Susana Cambiasso.
- B) Ley 15514, aprobando la Reforma Registral de Uruguay.
- C) Ley 17801 argentina, sobre "Registros de la Propiedad Inmueble. Régimen Nacional".

Jurisprudencia

Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCIÓN COMENTADA

253

— "Inscripción registral de autorizaciones para la explotación de recursos de la Sección A) de la Ley de Minas" (Res. 8 octubre 1992).

Actualidad jurídica

A) *Informes y comunicaciones*

276

— ALVAREZ-SALA WALTHER, Juan: "Consideraciones actuales sobre la propiedad".

287

— FERNANDEZ LOPEZ, Juan Manuel; ILLESCAS RUS, Angel Vicente; MARTIN BERNAL, José Manuel; PUYOL MONTERO, Francisco Javier y RODRIGUEZ SAN VICENTE, Miguel M.^a: "La nueva regulación del contrato de agencia".

309

— RODRIGUEZ MONTERO, Ramón P.: "Ciencia Jurídica, estudios jurídicos y Derecho Romano, hoy".

329

— I Jornadas Uruguayas de Derecho Civil. Temas. Conclusiones. Semblanza del Profesor Escribano Eugenio B. Cafaro.

B) *Notas bibliográficas*

387

— CRISCUOLI, Giovanni: "Il testamento (Norme e casi)", Padova, Cedam, 1991.

EL DERECHO DE REPRESENTACION EN LA SUCESION INTESTADA DE LOS DESCENDIENTES Y LOS ARTS. 921, 923 y 933 DEL CODIGO CIVIL

9

ENRIQUE L. BRIOSO ESCOBAR

*Magistrado y Profesor Titular de Universidad
de Derecho Civil y Derecho Mercantil*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **I.** EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA LÍNEA RECTA DESCENDENTE. **1.** Precedentes históricos. **A.** *Derecho romano.* **B.** *Derecho germánico.* **C.** *Derecho español.* **2.** Códigos extranjeros. **3.** Terminología. **4.** Fundamento. **5.** Su expansión a la repudiación. **II.** EL ART. 921. **1.** Precedentes de Derecho romano, Derecho español y Códigos extranjeros. **2.** Su emplazamiento sistemático. **3.** Excepciones. **A.** *La prevalencia de la línea y el orden.* **a)** *Derechos romano y español.* **b)** *Códigos extranjeros.* **c)** *Código civil español.* **B.** *El derecho de representación.* **C.** *La segunda regla del art. 921.* **III.** EL

ART. 923. 1. Precedentes. 2. Su conexión con las reglas generales de la sucesión intestada. 3. El grado más próximo y la jerarquía de órdenes. 4. Su fundamento. 5. La exclusión del derecho de representación en caso de repudiación. 6. El efecto retroactivo de la repudiación en el precepto. 7. Su limitación a la línea colateral. A. *Razones de coherencia*. B. *Por el art. 933*. C. *El art. 923 cristaliza el principio de prevalencia del grado más próximo*. D. *La buena fe y la equidad*. E. *La repudiación del descendiente trasciende a todos los suyos*. F. *El arraigo de la división por estirpes entre los descendientes*. IV. EL ART. 933. 1. Precedentes de Derecho romano, Derecho histórico español, Derecho extranjero y prelegislativos. 2. Naturaleza jurídica de la sucesión regulada en el precepto. 3. La sucesión intestada de los nietos y sus descendientes es por estirpes.

Introducción

En este trabajo se estudia el derecho de representación ceñido a la línea recta descendente en la sucesión intestada, examinándose el instituto sucesorio representativo en su decurso histórico, crítica terminológica, fundamento y extensión, para seguidamente ponerlo en relación con el principio de predominio del grado más próximo contenido en el art. 921, en el que actúa como una excepción con el art. 923, donde resulta excluido y, finalmente, con el art. 933, en el cual para los descendientes distintos de los hijos del causante, el modo de suceder proclamado es precisamente a través del derecho de representación, que consagra, en su consecuencia, la distribución de la herencia por estirpes.

El art. 921 se analiza desde los ángulos histórico y sistemático dentro de nuestro Código civil, y se destacan sus excepciones explícitas e implícitas, por lo que se ha de hacer

referencia a los conceptos de grado, línea y orden y, obviamente, al derecho de representación.

Constituye la hermenéutica del art. 923 el principal centro de atención durante nuestra tarea y para determinar su real alcance y la comprensión justificada de la exclusión del derecho de representación por él hecha, se presentan las razones que conducen a su limitación a la línea colateral, entre las que sobresalen las de coherencia con los preceptos de su entorno, especialmente el art. 921 y otros relativos al derecho de representación, las de carácter ético y equitativo y fundamentalmente el art. 933, a cuyos efectos también es objeto de análisis.

I. El Derecho de representación en la línea recta descendente

1. Precedentes históricos.

A. Derecho romano.

No es unánime el criterio en la doctrina acerca de cuándo aparece el derecho de representación en Roma, e incluso algunos afirman que el instituto siempre fue extraño a su derecho, así MUCIUS SCAEVOLA (1) al abordar este derecho prescinde del derecho romano, pese a la amplia panorámica desde la que lo examina, y VALLET DE GOYTISOLO (2) estima

(1) MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, T. XVI, Edit. Reus, Madrid 1945, págs. 294 y s.s.; Vide GALVAO TELES, I., *Direito de Representação, Substituição vulgar e Direito de Acrescer*, Lisboa 1943, págs. 25 y s.s.; BESNIER, R., *La représentation Successoriale en Droit Normand*, Libr. Recueil Sirey, París 1929, pág. 40; D'AGUANNO, J., *Génesis y evolución del Derecho Civil según los resultados de las ciencias antropológicas e histórico-sociales*, Trad. Dorado Montero, Editorial La España Moderna, Madrid, pág. 488; MAYNZ, C., *Curso de Derecho Romano*, T. III, Trad. Pou y Ordinas, Edit. Molina, Barcelona 1888, págs. 232 y s.s., y CASSO, I., *Diccionario de Derecho Privado*, T. I, "El Derecho de Representación por Oliva de Castro", Edit. Labor, págs. 1492 y s.s.

(2) VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama de Derecho de Sucesiones, Perspectiva Dinámica*, Edit. Civitas, 1.^a Ed., 1984, págs. 343 y 344.

que en el susodicho derecho, lo llamado en otros derechos como derecho de representación fue realmente configurado como un modo de sucesión legítima *per stirpes*, en contraposición con la producida en los casos generales *per capita* y, en cada orden, con la prioridad del grado más próximo (3).

Entre los que admiten el derecho de representación en Roma, unos lo remontan al antiguo derecho romano, mientras que otros lo posponen a la época clásica. Donde existe verdadera concordancia es en la no procedencia del derecho romano de la terminología con la cual actualmente se conoce a la figura, es decir, como derecho de representación (4).

Señala MANRESA (5) que este derecho se daba en el derecho romano, aunque era ignorado en su período clásico. Cuando regía la ley de las XII Tablas, eran *sui heredes*, las personas que al fallecer el *de cuius* se encontraban sujetas al poder o *manus* de él, o sea bajo su *patria potestas*, directamente sin persona intermedia alguna. Tratándose de nietos *ex filio*, eran sucesores en calidad de *sui*, ya que al morir su padre, quedaban sometidos a la *manus* del abuelo. En la categoría de *cognati* se hallaban a los efectos de la sucesión los descendientes de las hijas, pues ni estaban considerados *sui* ni *agnati* (6).

GUILARTE ZAPATERO cree (7) que se puede fijar el origen

(3) Vide SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona 1961, pág. 211 (hace constar cómo la ley de las XII Tablas no hace mención expresa de tal derecho de representación).

(4) Vide ROCA SASTRE, R. M., "El derecho de representación en la sucesión testada", *Estudios de Derecho Privado II*, Madrid 1948, págs. 284 y s.s. (el Pretor parece admitir la *successio in locum* en la repudiación).

(5) MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a, *Comentarios al Código civil español*, T. VII, Edit. Reus, Madrid 1955, págs. 107 y 108.

(6) Vide VATTIER FUENZALIDA, C., *El derecho de representación en la sucesión mortis causa*, Madrid 1986, Edit. Montecorvo S.A., pág. 122; ARIAS RAMOS, J., *Instituciones de Derecho romano*, T. II, 4.^a Ed., Edit. R.D.P., Madrid, págs. 530 y s.s.; SOHM, R., *Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y Sistema*, Trad. Rocés, W., Edit. R.D.P., Madrid 1936, págs. 535 y s.s., y TODARO RENATO, V., "Sul Diritto di Rappresentazione" in *Rivista italiana per la Scienza Guiridiche*, V. XXXVIII, 1904, págs. 130 y s.s.

(7) GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XIII, V-2.^a, Edit. Edersa, Madrid 1989, págs. 129 y 130.

del expediente a través de la *successio in locum* aun con anterioridad a la ley de las XII Tablas, el cual tenía lugar comúnmente durante la época clásica en los supuestos de premoriencia y emancipación, cuando ésta no era seguida de la entrada en otra familia o de adopción, y más tarde el Pretor parece admitir el juego de la *successio in locum* incluso en el caso de renuncia, aunque este extremo es polémico y se piensa que es más bien una *successio ordinem et graduum* lo que produce la repudiación (8).

La *successio in parentis locum* se debe a una Constitución del año 426 de los emperadores Teodosio II y Valentiano III, donde se admitía a los nietos en la sucesión del abuelo, pero con una merma de la tercera o cuarta partes según concurrieran respectivamente con los *sui* o los *agnati*.

Las Novelas 118 y 127 de Justiniano extienden este derecho a los hijos inmediatos de los hermanos y hermanas del causante.

13

No obstante, autores reputados consideran que el derecho de representación fue siempre extraño al derecho romano (9).

Para CASTÁN TOBEÑAS (10) no es cierta la postura de esos doctrinarios que tienen por ajeno al derecho romano antiguo el aludido derecho, pues aparece incuestionable, que los descendientes *ex filio*, tanto en ese derecho como en el pretorio, sucedían en el concepto de *sui heredes civiles*, precisamente por la precitada caída en la *manus* del abuelo, o en calidad de *liberi*, por la calificación del Edicto del Pretor, tomando la porción o cuota que le hubiere correspondido al padre premuerto, por ende, su sucesión era *in stirpes*. El derecho de

(8) Vide POITHIER, *Traité Divers sur le succession*, T. I, Nouvelle edition, Chez le Tellier, París 1812, págs. 40 y s.s. .

(9) Vide DE CRESCENZIO, *Delle Successioni*, Nápoles 1885, V-2.º, págs. 59 y s.s.

(10) CASTÁN TOBEÑAS, J., "El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria", *R.G.L.J.*, año LXXXVII, Edit. Reus, Madrid 1942, págs. 25 y s.s.

representación en la fase imperial se extendió comprendiendo nuevos supuestos (11).

De todos modos fueron extrañas al derecho romano la denominación y la técnica del *ius representationis* tal como se formula por la doctrina, porque en las fuentes romanas se hablaba, tanto antes como después de Justiniano de que los hijos de un hijo premuerto sucedían *in locum patris sui, in locum praedefuncti parentis*, frases estas sobre las cuales los intérpretes elaboraron la impropia denominación actual (12).

Nos muestra ROCA SASTRE (13) como principio fundamental del derecho de representación en el derecho romano, la regla *viventis non datur repraesentatio*, ciñéndose, por tanto, exclusivamente a la sucesión de una persona muerta.

La denominación derecho de representación (14) estaba en pura contradicción con el propio pensamiento expuesto en la Novela 118 de Justiniano, donde se dice literalmente *in hoc enim ordine graduum quærinolumus; sed cum filiis et filiabus ex premortuo filio aut filia ne potes vocare sancimus* (15).

14

B. Derecho germánico.

Pone de relieve CASTÁN TOBEÑAS (16) que múltiples derechos primitivos desconocieron la representación hereditaria (17), y entre ellos el germánico antiguo, en él los órdenes de

(11) Vide VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, I, Milano 1960, págs. 484 y 485; PLANITZ, H., *Principios*, págs. 348, 350 y s.s.; GÓMEZ, A., *Variae Resolutiones*, L-I, Capítulo XV, Edit. Lugduni, 1974, pág. 2, y PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, T. V, Edit. R.D.P., Madrid 1958, pág. 543.

(12) Vide JOERS KUNKEL, M., *Derecho Privado Romano*, Trad. Prieto Castro, Barcelona 1937, págs. 444 y s.s.

(13) ROCA SASTRE, R. M., "Observaciones críticas sobre la tendencia expansionista del derecho de representación sucesoria", *R.G.L.J.*, 1943, pág. 585.

(14) Vide CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. III, Madrid 1959, págs. 300 y 301.

(15) Vide VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de Sucesiones, Perspectiva dinámica*, op. cit., págs. 341 y s.s.

(16) CASTÁN TOBEÑAS, J., "El derecho de representación...", op. cit., págs. 167 y 168.

(17) Vide SUMNER MAINE, H., *Etudes sur l'ancien droit e la coutume primitive*, París 1884, págs. 184 y s.s. y 195 y s.s.

herederos se determinaban por parentelas, y en cada una de ellas el grado más próximo excluía al más remoto (18).

A pesar de lo expuesto varias leyes bárbaras, debido a la influencia, bien eclesial o del derecho romano, llegaron a recibir la representación siquiera en la línea recta, así las leyes de los visigodos, de los burgundios, de los lombardos y otras. El más reacio a su admisión fue el derecho alemán, pero en el siglo X un renombrado juicio de Dios o duelo judicial ordenado por el emperador Otón I, provocó la aceptación de la representación hereditaria en favor de los nietos (19).

ROCA SASTRE (20) también subraya el desconocimiento por parte de las leyes bárbaras del derecho de representación, citando especialmente la ley Sállica que lo rechazó de modo expreso y formal.

Sin embargo, en el derecho franco, CHILDABERTO pretendió introducir la representación sucesoria en su edicto del año 596, aunque sin éxito, cosa explicable pues el llamamiento de la estirpe del testador suplía la necesidad que llenaba el instituto representativo (21).

15

(18) Vide GATTI, H. E., "Representación en el derecho sucesorio", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo*, 1951, V.-I, págs. 71 y s.s.; FLINIAUX, A., *Les systemes de parenteles comme mode de la devolution de la succession abintestat*, París 1906, págs. 16 y s.s.; BESNIER, R., *La representation Successoriale en Droit Normand*, op. cit., págs. 49 y s.s.; ROCA SASTRE, R. M., *Estudios de Comparación*, T. VI, Edit. Bosch, Barcelona 1951, págs. 30 y s.s.; PLANITZ, H., op. cit., págs. 280 y s.s.; CASSO, I. de, *Diccionario de Derecho Privado*, op. cit., págs. 149 y s.s., y D'AGUANNO, J., *Génesis y evolución del derecho civil...*, op. cit., págs. 470 y s.s.

(19) Vide LAMBERT, *La fonction du Droit Civil Comparé*, T. I, París 1903, pág. 729; y POTHIER, R., *Successions*, Capt. II, Sec. 3.^a, art. 2, part. 2.^a

(20) ROCA SASTRE, R. M., "Observaciones críticas...", op. cit., pág. 581.

(21) Vide PLANITZ, H., *Instituciones de Derecho Privado Germánico*, 3.^a ed., Trad. Melon Infante, Edit. Bosch, Barcelona, págs. 348 y s.s.; MARTÍNEZ CALCERADA, L., *La representación en el Derecho Sucesorio*, Edit. Aranzadi, Pamplona 1966, págs. 50 y s.s.; BESNIER, R., *La representation successoriale en Droit normand*, op. cit., págs. 133 y s.s.; TODARO RENATO, V., *Sul Diritto di Rappresentazione*, op. cit., págs. 130 y s.s.; GATTI, H. E., *Representación en el Derecho Sucesorio*, op. cit., págs. 68 y s.s.; POTHIER, R. J., *Traité Divers sur les successions*, op. cit., págs. 144 y s.s.; GUYNE, M., *Traité de la representation du double lin et de la regle paterna-paternalis, materna-maternalis*, París 1727, págs. 22 y s.s.

En el sentido recién expuesto escriben ALBALADEJO GARCÍA y LACRUZ VERDEJO (22), que a diferencia del derecho romano, del cual procede la representación sucesoria, el derecho germánico era refractario a la figura, y todavía más a la concepción unitaria de la misma. En el viejo derecho germánico probablemente los hermanos del difunto eran antepuestos a los nietos, quizás como reminiscencia de la primitiva *comunidad fraterna*, y si bien en el período de los derechos populares se reconoce el derecho general de preferencia de los descendientes frente a los colaterales, sólo se les otorga a los de mejor grado, de manera que los nietos huérfanos, nada reciben de la herencia si existen hijos.

La recepción del *eintrittsrecht* o derecho sucesorio de los nietos en representación de su padre es muy lenta y con altibajos, así, primero la entrada en la herencia se verifica por un llamamiento especial *vorberufung* del abuelo, más tarde, es generalizado a la succión abintestato, derecho este diferente de la *successio per stirpes*, pues no procede cuando concurren únicamente los nietos, en cuyo caso, aunque lo sean de distintos hijos del *de cuius*, dividen la herencia entre sí *per capita*.

C. Derecho español.

Se discute la presencia del derecho de representación en el Fuero Juzgo (23), porque, si bien son llamados los nietos a la herencia a falta de hijos, no se alude a la forma de división de la herencia por estirpes, por lo que MANRESA (24), piensa en la no admisión del derecho de representación, en

(22) LACRUZ VERDEJO, J. L. y ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho de Sucesiones, Parte General*, Edit. Bosch, Barcelona 1961, pág. 192. Vide LACRUZ VERDEJO, J. L., *Notas al Derecho de Sucesiones de Binder*, Barcelona 1953, págs. 159 y s.s.

(23) Así la Ley 2.^a del Título 2.^o del libro IV del Fuero Juzgo dice: "En la heredad del padre viene los fijos primeramente. E si non oviere fijos, devenlo aver los nietos, e si non oviere nietos, devenlo aver los bisnietos".

(24) MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español, op. cit.*, págs. 161 y 162.

contra de la opinión de otros autores, basados en la repercusión sobre el Fuero de otros cuerpos legislativos, que sí lo aceptaban (25), postura esta apoyada por MARTÍNEZ-CALCERRADA (26), quien considera que la no alusión de la distribución por estirpes, a pesar de ser indicio presunto de la delación representativa, no es un requisito imprescindible (27).

Tampoco es pacífica la doctrina respecto a su existencia en el Fuero Viejo, no obstante, en el Fuero Real se acepta su operatividad en la línea recta descendente, no así en la colateral, donde se cuestiona (28).

El Código de Partidas recibe la representación indefinidamente en la línea recta descendente, pero sólo para los hijos

(25) Vide GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho Civil Español*, III, Edit. Librería Sánchez, Madrid 1875, pág. 622; VATTIER FUENZALIDA, C., *El derecho de representación en la sucesión mortis-causa*, op. cit., pág. 128, y GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Zaragoza 1974, pág. 396.

(26) MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *La representación en Derecho Sucesorio*, Pamplona 1966, Edit. Aranzadi, págs. 74 y 75.

(27) Vide GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, op. cit., pág. 130.

(28) En los textos de las leyes de estilo, que son una exposición comentada del Fuero Real hecha por los Tribunales de Justicia se comprueba la admisión del derecho de representación en la línea recta descendente, como resulta de sus leyes CCXIV y CCXLI. En la primera se dice: "Ningun hombre que hobiere fijos, que es en el fuero de las leyes, en el titulo de las mandas, en el capitulo, pero si quisiere mejorar a alguno de sus fijos, o de sus nietos, puedelos mejorar en la tercia parte de sus bienes, sin la quinta parte sobredicha. Y es a saber sobre esa quinta parte, y sobre esta tercia parte, cuando no hay otro fuero, ni costumbre que sea contra la ley que sacan primero por razon del alma, y quinto de quanto hobiere, y mandarlo ha a quien quisiere: y de todo lo que finca mejorar a algunos de sus fijos, y mandarle ha el tercio, y asi se usa esta ley". La segunda ley citada reza: "Otrosi, como quier de derecho comunal el sobrino hijo del hermano, o de hermanas, es en igual grado con el tio para heredar en los bienes de su hermano finado. Pero si es constumbre en el lugar, que el hermano, porque tienen los hombres que es pariente mas cercano, que hereda los bienes de su hermano, y que no heredan con el sobrino hijo de otro su hermano: entonces esta costumbre se guarda, y sera habida por ley en razon de la costumbre, manguer no se pueda mostrar, ni probar quando comenzo la costumbre, tal como es hallada en el lugar que se uso, tal sera guardada, manguer no hobiese venido, ni acaescido pleyto, ni juicio sobre tal cosa, o fecho." Vide MARTÍNEZ CALCERRADA, *La representación en el Derecho Sucesorio*, op. cit., págs. 76 y 77; *Colección de Códigos Españoles concordados y anotados a cargo de Rivadeneyra*, Imprenta de la Publicidad, T. I, 1847, págs. 133 y s.s., y DÍAZ MENDOZA, T., *Introducción a la Novísima Recopilación*, pág. 5.

de hermanos en la colateral, y lo excluye de la recta ascendente, basando su existencia en la defensa de la estirpe, y señala la cuantía de la porción hereditaria de los representantes en lo que hubiera correspondido a su representado.

VALLET DE GOYTISOLO (29) destaca con qué precisión el último inciso de la Ley 3.^a del título XIII de la Partida 6.^a, explica que los nietos del hijo ya fallecido *fincan en lugar de su padre, e heredan todo lo que heredaría, si biniessse*, y recuerda que GREGORIO LÓPEZ al glosar las palabras *el fijo, e el nieto: et non corrumpitur gradus, sed repraesentatur, nam nepos ingreditur locum sui patris secundum Baldum*, calificaba de representación a tal fenómeno, lo cual también hacía cuando glosaba las palabras “ningún pariente de los descendientes”, deduciendo de ellas que el derecho de representación en la línea directa descendente se daba sin límite alguno de grado (30).

18 Las Leyes de Toro, admiten sin limitación el derecho de representación en la recta descendente, y al igual que los anteriores cuerpos de nuestro derecho histórico, receptores de la figura, fieles al derecho justiniano únicamente la aceptan en el supuesto de premoriencia, en cumplimiento del principio *viventis non datur nulla repraesentatio*.

Respecto a Aragón, comenta CASTÁN TOBEÑAS (31), cómo existía el derecho de representación, aunque se discutía si se daba en línea colateral, tendencia ésta reflejada en la Observancia VI, “De testamentis”, Libro 5.^o (32), en cuya línea claramente lo admitió el Apéndice Foral de 1925 y en Navarra, pese a que su derecho indígena lo rechazaba en la línea transversal, aceptándolo en la descendente, los diferentes

(29) VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de Sucesiones.*, op. cit., pág. 345.

(30) *Vide Colección de los Códigos Españoles concordados y anotados a cargo de Rivadeneyra*, Imprenta de la Publicidad, T. I, 1847, págs. 133 y s.s.

(31) CASTÁN TOBEÑAS, J., “El derecho de representación...”, op. cit., pág. 168.

(32) *Vide ISABAL, M., Exposición y comentario del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del reino de Aragón*, Zaragoza 1926, págs. 361 y s.s.

proyectos de apéndices forales lo incluían también para los colaterales.

ROCA SASTRE (33) indica que el fondo germánico del derecho aragonés lo hacía adverso a dejar operar con la extensión del derecho romano a la representación sucesoria.

Vizcaya era contraria a la institución, en cambio, en Navarra (34), según se acaba de reseñar, su derecho al ser romanizado fue proclive a la representación sucesoria, e incluso la hizo extensible a la sucesión fideicomisaria en virtud de la Ley 1.580. En la actualidad su compilación vigente recibe el influjo de la tendencia expansionista del derecho de representación, consagrada en el *novo codice civile italiano* de 1942 (35).

2. Códigos extranjeros.

El derecho de representación, especialmente de los descendientes, se acaba imponiendo de un modo general en la codificación.

19

Durante la Revolución Francesa la Ley de 8 del Germinal de 1791 lo admitió *ad infinitum* en todos los órdenes, hasta en la línea colateral (36). Superado el valladar impuesto por el originario derecho germánico, como expone CASTÁN TOBEÑAS (37), su triunfo en el derecho moderno ha sido completo,

(33) ROCA SASTRE, R. M., "Observaciones críticas...", *op. cit.*, pág. 582.

(34) *Vide Compilación de Navarra*, Libro II, Título XV, leyes 308 y s.s.

(35) *Vide* VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorámica del Derecho de Sucesiones Perspectiva dinámica*, *op. cit.*, pág. 345; FAHO, A., "Codex Fabiani"; PEREGRINO, A., en "De fideicommissis"; MENOCHIO, "De praesuntionibus"; EL CARDENAL MÁNTICA en "De coniecturis ultimarum voluntatum"; FONTANELLA, "De pactis nuptialibus"; CANCER in "Variarum resolutionum iuris caesarei pontifici et municipalis principatus cathaloniae"; MARTÍN MIRALLES en "Cuestiones fideicomisarias. Hijos puestos en condición", T. XI, *Revista Jurídica de Cataluña* y LACARRA, *Instituciones de Derecho Civil Navarro*, T. II, Pamplona 1932, pág. 163.

(36) Quizás para propiciar una masiva división de los bienes de las familias, consecuencia ésta, que precisamente se opone a la amplia proyección de esta figura en la línea transversal. (CASTÁN TOBEÑAS, J., *Observaciones críticas...*, *op. cit.*, pág. 583.)

(37) CASTÁN TOBEÑAS, J., "El derecho de representación...", *op. cit.*, págs. 167 y 168.

el componente de equidad y justicia que conlleva hacen que sean muy pocas las legislaciones no alcanzadas por él.

Es más, hasta países imbuidos por el derecho musulmán contrario al derecho de representación, cual Turquía, lo acabó admitiendo incluso antes de la promulgación de su nuevo Código civil de 17 de febrero de 1926, que obviamente lo introdujo, al estar fuertemente influenciado por el suizo de 1907.

A través de POTHIER, procedente del derecho común penetró el instituto en el Código napoleónico, pasando de éste a los modernos de la familia latina (38). El artículo 739 del Código francés, que le da la naturaleza de una ficción legal, es reproducido por el art. 660 del napolitano, el 924 del Sardo, el 524 de Vaud, el 888 del de Holanda y el 890 del Código del Estado de la Luisiana (39). Igualmente lo consideran una ficción legal los arts. 984 del chileno, 598 del boliviano, 1041 del colombiano, 994 del ecuatoriano, 989 del de la República del Salvador y 961 del Código de Honduras.

Entre otros se aceptó también el derecho de representación por los italianos de 1865 y 1942, el argentino de 1869, el venezolano de 1942, el mejicano de 1928 (el anterior de 1884 en su art. 3.852 era igual al 924 de nuestro Código civil), los portugueses de 1867 y 1966 (el viejo lo definía muy parecidamente al nuestro en su art. 1.980, si bien con mayor exactitud decía: "parientes determinados").

Salvo el Código austríaco que reconoce el derecho de representación, no lo hacen los germánicos modernos, y como expresa CLEMENTE DE DIEGO (40), éste es el parecer de la nueva doctrina, que desconoce y aventaja la entidad de este supuesto derecho, tan artificiosamente elaborado por los comentaristas, porque se sucede por derecho propio, pero por estirpes de grupos, a causa de un llamamiento directo doble,

(38) Vide MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios.*, op. cit., págs. 109 y s.s.

(39) Vide GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias.*, op. cit., págs. 395 y 396.

(40) CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones.*, op. cit., págs. 287 y 288.

a modo de sustitución legítima o vocación también directa, no individual sino colectiva, hecha por la ley a un grupo orgánico de parientes. Se aplica, por tanto, la sucesión *per stirpes*, como sigue igualmente el B.G.B.

3. Terminología.

La denominación tradicional del derecho de representación es, desde el punto de vista científico, incorrecta, pues se asienta en un concepto inexacto, debiendo llamarse como acertadamente indica COVIELLO (41), sucesión por vocación indirecta o por sustitución (42).

El término representación para designar al instituto sucesorio que examinamos, se emplea impropriamente, pues en frase de ROYO MARTÍNEZ (43), tal como es descrita la representación en la teoría general de la capacidad y del negocio jurídico, requiere que una persona, el representante, actúe jurídicamente en nombre de otra, el representado, y con efectos respecto del patrimonio de éste. En consecuencia comporta la existencia simultánea de ambos sujetos, siendo imposible representar a un difunto, si nos expresamos con propiedad (44).

Precisa asimismo la representación que la voluntad del representante supla la del representado, quien, por incapacidad no puede formularla por sí, caso de la representación legal, o que otorga a aquel la facultad para ello, en el caso

(41) COVIELLO, L., *Successionne.*, *op. cit.*, págs. 93 y s.s.

(42) *Vide* MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios.*, *op. cit.*, pág. 107.

(43) ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho Sucesorio mortis causa*, Edit. Edlece, Sevilla 1951, págs. 255 y s.s.

(44) *Vide* NAPPI, V., *La rappresentanza nel Diritto Privato Moderno*, IX, Padova 1930, págs. 50 y s.s.; RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil*, V. II, 4.^a ed., Trad. por R. Serrano Suñer y J. Santacruz, Edit. Reus, Madrid 1910; ROTONDI, M., *Instituciones de Derecho Privado*, traducción y concordancia al derecho español por F. Villavicencio, Edit. Labor, Barcelona 1953, págs. 636 y s.s.; JOERS KUNKEL, M., *Derecho Privado Romano*, Trad. L. Prieto Castro, Barcelona 1937, págs. 444 y s.s.; TODARO RENATO, V., *Sul diritto.*, *op. cit.*, págs. 139 y s.s., y MAYNZ, C., *Curso de Derecho Romano*, *op. cit.*, pág. 327, notas 32 y 33.

de la representación voluntaria. Que el representante obre directamente para sí, en su propio nombre y además con efectos exclusivos e inmediatos sobre su propio patrimonio, resulta radicalmente opuesto al concepto y esencia de la representación (45).

Frente a los elementos característicos y fundamentales de la representación, cuando ésta se califica de sucesoria, los llamados a la herencia reciben su derecho directamente de la ley, debido a la imposibilidad de haber adquirido la herencia otro causahabiente precedente, y por relación a él, como establecía BARTOLO en el Digesto (46), *quod filius succedat in locum patris, non habet a patre sed ex dispositione legis*.

Los representantes sucesorios no ejercen un derecho de otro, por ello, las S.S. de 25 de junio de 1905 y 18 de diciembre de 1908 consideran que, “el derecho de representación que la ley otorga a los descendientes respecto a sus ascendientes cuando concurren como herederos en unión de otros parientes colaterales no significa que dicha representación tenga por objeto atribuir a la herencia de que se trata la condición de herencia del representado, sino únicamente el de determinar la base de los derechos de los representantes con relación a aquel a quien se hereda”.

La inconveniente e impropia denominación de derecho de representación hereditaria y la concepción errónea de la misma, como un derecho en virtud del cual los descendientes entran en la sucesión, ejercitando un derecho transmitido por el padre premuerto y no por vocación propia, nace de la manipulación por los intérpretes de las fuentes romanas, donde se decía que los hijos de un hijo premuerto podían suceder *in locum patris sui, in locum praedefuncti parentis*.

La expresión derecho de representación está en pura

(45) Vide LACRUZ VERDEJO, J. L. y ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho de Sucesiones. Parte General*, op. cit., págs. 189 y 190; LACRUZ VERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Edit. Bosch, Barcelona 1981, pág. 57; y ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación”, *A.D.C.*, 1986, págs. 771 y s.s.

(46) BARTOLO in *Digesto* 29-2-93.

contradicción con el auténtico pensamiento de la precitada Novela 118, y constituye un dogma por los antiguos romanistas y civilistas inventado (47).

4. Fundamento.

Aunque al tratar de los supuestos en que procede el derecho de representación, particularmente en su pretendida tendencia expansiva al caso de repudiación volveremos a hablar de su fundamento, ahora expondremos someramente las bases del mismo (48).

El derecho de representación, que en la esfera jurídica quebranta el rigor de los principios (49), en el orden material, afirma M. SCAEVOLA (50), constituye una determinación de la ley de la sangre, de la realidad fisiológica y psicológica, y donde verdaderamente germina y encuentra pleno apoyo es en la línea directa descendente (51).

23

La sucesión intestada que se funda en la mancomunidad histológica y afectiva es terreno abonado para la implantación de esta figura.

La muerte, según LAURENT no debe favorecer ni perjudicar a nadie, y una ley que excluyera la representación de la línea recta descendente sería además de impía antinatural (52), no

(47) *Instituciones de Justiniano*, L. III, T. I, Párrf. 15; Novela 118, Capt. 1.º; Ulpiano *Fragm.* XXVI - 2; y GAYO, *Instituciones*, III - 8.

(48) *Vide* POLACCO, V., *De las Sucesiones*, T. I, 2.ª Ed., Trad. Sentís, Edit. Bosch, 1950, págs. 44 y s.s.; ROBAINA, A. de, "Ambito del derecho de representación sucesoria en el código civil", *R.D.P.*, 1951, págs. 53 y s.s.; GATTI, H., "Representación en el Derecho Sucesorio", *op. cit.*, págs. 87 y s.s.; GALVAO TELES, I., *Direito de representacao..*, *op. cit.*, págs. 57 y s.s.; FUENMAYOR, A., "Estirpe única y representación hereditaria" en *Revista de estudios juridicos*, n.º 2, Octubre 1942, págs. 36 y s.s.; CASSO, I., *Diccionario de Derecho Privado*, *op. cit.*, págs. 1.490 y s.s.; MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *La representación..*, *op. cit.*, págs. 138 y s.s., y TODARO RENATO, V., *Sul Diritto di rappresentazione*, *op. cit.*, págs. 148 y s.s.

(49) *Vide* MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios..*, *op. cit.*, pág. 112.

(50) MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil..*, *op. cit.*, págs. 292 y s.s.

(51) *Vide* COVIELLO, L., *Successione legittima e necessaria*, Milán 1937, págs. 98 y s.s.; BUTERA, *Il codice civile italiano comentato secondo e ordine degli articoli. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Turín 1940, págs. 43 y 44.

(52) *Vide* GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias..*, *op. cit.*, pág. 396.

así en cuanto a los ascendientes, hacia los cuales el amor y la ternura se debilitan a medida que se asciende, aparte de la consideración de que admitirla iría contra el curso ordinario de los sucesos y constituiría una *turbatio ordine mortalitatis*, como un río que sube para buscar su nacimiento. Por otra parte, como subraya MUCIUS SCAEVOLA (53), falta el elemento integrante de la representación en general, o sea, traer causa el representante del representado, aunque algún autor, como D'AGUANNO (54), en pos del interés de la unidad y solidaridad de la familia lo ven justificado para la línea recta ascendente.

Para ROCA SASTRE (55) la verdadera fundamentación de la representación sucesoria se halla en razones de piedad y equidad, rechazando su sustentación en un pretendido testamento tácito o presunto, tesis para él en la actualidad totalmente abandonada y desacreditada.

24 Creen LACRUZ VERDEJO y ALBALADEJO GARCÍA (56) que el derecho de representación tiene una justificación subjetiva, consistente en dar a los bienes el destino más conforme con la voluntad del causante, quien, mientras no se pruebe otra cosa, desea igualar las estirpes, sobre todo entre los descendientes, y, reiterando la opinión de CASTÁN TOBEÑAS, muestran un doble fundamento objetivo, de orden humanitario, donde resplandece la piedad, y de orden familiar, al proteger los vínculos de la familia y conseguir una participación igualitaria de las estirpes.

No obstante, el fundamento anteriormente desarrollado se quiebra por completo en el supuesto de representación hereditaria introducido por la Ley de 5 de noviembre de 1940, la cual en el párrafo 2.º de su art. 17 mandó que, “las disposi-

(53) MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil*, op. cit., pág. 296.

(54) D'AGUANNO, J., *La génesis y la...*, op. cit., págs. 457 y s.s.

(55) ROCA SASTRE, R. M., “Observaciones críticas...”, op. cit., pág. 583.

(56) LACRUZ VERDEJO, J. L. y ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho de Sucesiones. Parte General*, op. cit., pág. 190. Vide CICU, A., Anotaciones por Albaladejo García, M., Traducción de González Porras, J. M., R.C.M. de S. Clemente de los Españoles, Bolonia 1964, Distribuidora Bosch, Barcelona, págs. 244 y 245.

ciones testamentarias en que se hubiese designado a algún heredero muerto en el frente, fusilado o asesinado con anterioridad a la muerte del testador, en zona roja y por su adhesión a la causa del Movimiento Nacional, recobrarán su eficacia a favor de los hijos o los nietos herederos legítimos del premuerto, considerados a este efecto como representantes del mismo, siempre que el causante no hubiere otorgado testamento válido en favor de tercera persona”, como se observa el representante en este caso puede carecer de nexos cognaticios y agnaticios con el *de cuius*, habiéndose de forzar y extender en demasía la piedad y equidad para encontrar una explicación distinta de la meramente legal (57).

Los argumentos de tipo cognaticio donde se basa la representación sucesoria, tampoco son argüibles si se trata de los descendientes adoptivos, hoy equiparados a los naturales, si bien las consideraciones familiares de carácter agnaticio pueden perfectamente mantenerse, máxime habida cuenta del entronque con el derecho romano de la figura y la prevalencia que en él tuvo en un principio la familia de esa naturaleza (58).

25

5. Su expansión a la repudiación.

De lege ferenda, CASTÁN TOBEÑAS (59) llama la atención sobre el tiempo de proceder a una revisión general y sistemática de nuestro primer cuerpo legal, ya obsoleto en muchos puntos, momento en el cual habrá de reelaborarse la regulación del derecho de representación, y precisamente una

(57) La Orden Ministerial del 7 de julio de 1941 desenvuelve el art. 26 de la mentada Ley, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 27 de julio de 1943 se pronuncia acerca de la documentación necesaria.

(58) Vide VATTIER FUENZALIDA, C., *El derecho de representación...*, op. cit., en su página 181 subraya la repercusión sobre el instituto de las reformas experimentadas últimamente en nuestro derecho de familia. GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código...*, op. cit., págs. 139 y 140.

(59) Vide CASTÁN TOBEÑAS, J., “El derecho de representación...”, op. cit., págs. 158 y 159.

de las actualizaciones consistiría en la extensión de la representación sucesoria a los supuestos de repudiación y a la sucesión testada, dentro de límites prudentes como los adoptados por el legislador italiano en su vigente Código civil de 1942 (60).

ROCA SASTRE (61) critica las precitadas corrientes expansionistas detectadas en nuestra doctrina y pone de manifiesto la necesidad de que la revisión de esta materia se haga con meditación y cautela, pues, aunque no niega un tratamiento favorable del derecho de representación, considera que no se pueden desbordar sus cauces naturales, y debe evitarse la imitación de legislaciones extranjeras, debido a lo cual se rompan los perfiles clásicos con que lo normó el derecho romano, corriendo el peligro de desnaturalizar la institución (62).

26 Efectivamente en el derecho extranjero se acepta la representación hereditaria derivada de la repudiación en varios códigos, así lo hacen el italiano de 1942 en su art. 467, el de Argentina en el art. 3554, el uruguayo en el art. 999, el peruano de 1936 en el art. 679 y el mejicano de 1928 en su art. 1609 (63).

De iure condito, CASTÁN TOBEÑAS (64) estima que mientras la reforma del Código no se produzca, los imperativos de la piedad y equidad pueden ser atendidos, con el simple prescindir de todo criterio restrictivo en la operatividad del

(60) Vide CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil*, op. cit., págs. 140 y 141; CASTÁN TOBEÑAS, J., "El derecho de representación...", op. cit., págs. 172 y s.s., y COVIELLO, L., *Manuale di diritto civile italiano, Parte Generale*, Milano 1915, págs. 77 y s.s.

(61) ROCA SASTRE, R. M., "Observaciones críticas...", op. cit., págs. 582 y s.s.

(62) Vide ROCA SASTRE, R. M., *Notas en Enneccerus*, L., V-1, 2.ª ed., págs. 72 y s.s.; FUENMAYOR, A., *Estirpe única*, op. cit., pág. 366; VATTIER FUENZALIDA, C., *El derecho de representación*, op. cit., págs. 259 y s.s.; VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de Sucesiones, II, Perspectiva dinámica*, op. cit., pág. XXX, y ROGEL VIDE, C., "Renuncia y repudiación de la herencia", *R.G.L.J.*, T. CXXIX, 1980, págs. 222 y s.s.

(63) Vide MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios*, op. cit., págs. 144 y s.s., y MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, op. cit., pág. 293.

(64) CASTÁN TOBEÑAS, J., "El derecho de representación...", op. cit., págs. 172 y 173.

derecho de representación, a través de dotar de cierta holgura a la teoría de la interpretación de las disposiciones testamentarias, y de este modo salvaguardar los supuestos en que el mismo testador en la regulación de la sucesión dio entrada al derecho de representación.

Debe abandonarse el que por ser esta figura una ficción jurídica, un beneficio o privilegio, ha de someterse a interpretación restrictiva, porque no es sino una vocación legal sucesoria fundada en sólidas bases de justicia. Las reglas que la disciplinan, muy especialmente en la línea directa, no han de tenerse por excepcionales, y ni aun siéndolas tales normas deben forzosamente ser objeto de restricción (65).

Un argumento favorable a hacer extensible el derecho de representación a la renuncia en la línea recta descendente, se puede extraer del art. 766 de nuestro Código civil, el cual al declarar que “el heredero voluntario ... y el que renuncia a la herencia no transmite ningún derecho a sus herederos”, establece una excepción aplicable a los descendientes cuando continúa, “salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857”, pues si el incapaz para heredar o el desheredado fueren hijos o descendientes del testador, y tuvieren hijos o descendientes que fueren herederos forzosos, adquieren éstos su derecho a la legítima, y, al no disponer nada en contra la ley y ser análogo a los de incapacidad y desheredación el supuesto de repudiación, ha de extenderse a éste la misma solución, y mucho más si se aplica al ausente, el cual puede estar vivo, mientras tiene lugar su representación (66).

Otra razón aducida en pro de la tesis expansiva, es la no aplicación a la línea recta descendente del art. 923 limitándolo a la colateral, y sobre todo el art. 933, que aunque fuera contradictorio con aquél, por ser precepto especial para los descendientes ha de prevalecer.

(65) Vide COVIELLO, L., *Manuale di diritto civile italiano*, op. cit., pág. 77, y MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, op. cit., pág. 295.

(66) Vide MORELL, J., “¿Herederán los nietos por representación en caso de renuncia de su padre?”, *R.G.L.J.*, T. 107, Madrid 1905, págs. 346 y 347.

De la comparación del derecho de representación con la sustitución vulgar, tal vez podría encontrarse apoyo para su ampliación al caso de repudiación.

El art. 774, relativo a la denominada sustitución vulgar, en su párrafo 2.º reza que, “la sustitución simple, y sin expresión de casos comprende los tres expresados en el párrafo anterior”, los cuales son: la premoriencia, la repudiación y el no poder ser el instituido heredero, si hacemos parangón de esta figura con el derecho de representación, se observa una clara semejanza, particularmente resaltada por VALLET DE GOYTISOLO (67) con ocasión del análisis del art. 1.038 y la obligación de colacionar del representante y el sustituto establecida por los arts. 924 y 780 respectivamente, hallando al efecto una misma *ratio* teleológica entre ambas instituciones, en contra del parecer de LACRUZ VERDEJO y ALBALADEJO (68).

28

Pues bien, por esa razón de analogía o semejanza se pretende llegar a la conclusión de que, pese al silencio del art. 929, que únicamente exceptúa de la regla *viventis non datur nulla repraesentatio* a la desheredación e incapacidad, extensible también a la indignidad, cabe aplicar la representación en el supuesto de repudiación, por ser éste uno de los explícitamente contenidos en la sustitución prevista en el art. 774 (69).

(67) VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de Sucesiones, Perspectiva dinámica*, op. cit., págs. 341, 358 y 359.

(68) LACRUZ VERDEJO, J. L., y ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho de Sucesiones, Parte General*, op. cit., págs. 190 y 191.

(69) Sobre el problema de la aplicación del art. 921 a la sucesión testada en base a los términos amplios con los que se realiza su formulación, vide DÍAZ ALABART, S., *Comentarios.*, T. V, V-1.º, op. cit., págs. 92 y s.s.; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, Madrid 1910, pág. 1648 y GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios.*, T. XIII, V-1.º, op. cit., págs. 95 y s.s.

II. El art. 921

1. Precedentes de Derecho romano, Derecho histórico español y Códigos extranjeros.

La máxima *proximiores excludunt remotiores* se encierra en el art. 921 de nuestro Código civil, donde se establece: “En las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos que deba tener lugar.

Los parientes que se hallasen en el mismo grado heredarán por partes iguales, salvo lo que dispone el art. 948 sobre el doble vínculo” (70).

Prevalece el principio de la proximidad del grado en el Derecho romano, según resulta de la Novela 118 de Justiniano (71), criterio éste recogido en el Derecho histórico español en el Fuero Juzgo (72), Fuero Real (73), y Código de Partidas (74).

29

(70) Vide MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil, op. cit.*, págs. 275 y 276.

(71) La Novela 118 de Justiniano en el párrafo 1.º de su capítulo III prescribía, “Viciniore gradu reliquis proepontanur, si plurimi ejusdem gradus inveniantur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividiatur”, claro precedente en Roma del principio que estudiamos.

(72) La Ley 4.ª del Título II del Libro IV del Fuero Juzgo también recoge el axioma: “La buena daquellos que mueren que non fazen testamento, ni ante testimonios, ni por escripto, *los que fueren mas propinquos deven aver la buena*”; y en la Ley 10.ª del antedicho título se dice: “Las heredades de parte de la madre, é de los tios, é de las tias ... deven partir egualmiente con aquellos *que son tan propinquos como ellos, la toda hereda deven aver aquellos que son en mas propinquo grado*”.

(73) En el Fuero Real igualmente encontramos la norma de prioridad de grado, así su libro III, Título 6.º en su Ley 1.ª establece que, “e si ome cualquier muriere sin manda y herederos no hobiere asi como es sobredicho ... *los mas propinquos parientes que hubiese ...*”.

(74) El código de Partidas del rey sabio, en la VI, título XIII, Ley 3.ª dice: “Pero dezimos, que quando algun ome muriese sin testamento, dexando un fijo con nieto fijo de algun su otro fijo, o de fija que fuesen ya muertos amos a dos el fijo, e el nieto heredaran la heredad del difunto egualmente. E non empesce el nieto porque el tio es mas propinquo; porque aquella regla de derecho que dize: “*Que el que es mas propinquo de aquel que fino sin testamento deve aver los bienes del, ha hogar quando el finado non dexa ningun pariente de los descendientes*”. Se ve en el texto expuesto la limitación o subordinación de la cercanía del grado de parentesco al orden de parientes.

El art. 751 del proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851 y el art. 931 del de 1882, muy semejante a aquél, son sus inmediatos precedentes.

GARCÍA GOYENA (75) redactaba prácticamente igual el art. 751 que el nuestro 921, a excepción de la omisión en el primer párrafo de la frase, “en los casos en que deba tener lugar”, y en el segundo párrafo la obvia no mención del art. 949 y la no repetición de la palabra “parientes”, cual hace nuestro actual Código.

Los códigos modernos también consagran este principio como el art. 733 del napoleónico, el 538 del de Vaud, el 897 del holandés y otros (76), que pese a preceptuar, tratándose de herencias para ascendientes o colaterales, la división de ésta en dos mitades, una para los parientes de cada línea, la paterna y la materna, dentro de ésta rige el principio de proximidad de grado (77).

30

2. Su emplazamiento sistemático.

Ya hace alusión, aunque somera, a la colocación del precepto en nuestro Código civil GUILARTE ZAPATERO (78), y destaca la carencia de rigor sistemático y el modo algo inco-nexo e impreciso de situación de las normas de este Capítulo III del Título III, referente a la sucesión intestada, del

En la misma línea de prevalencia del orden sobre el grado, la Ley 6.^a, recientemente aludida, ordena que, “... que non oviesse parientes, de los que suben o des-cienden por la línea derecha, ni oviesse hermano, ..., el pariente que fuese fallado que es mas cercano, del defunto fasta en el dezemo grado, ese heredara ...”.

(75) GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias.*, op. cit., págs. 394 y 395, y PEÑA, *El anteproyecto del código civil español 1882-1888*, Madrid 1965.

(76) Contrario al sistema de la proximidad del grado es el alemán de las paren-telas, sistema éste, que introducido indirectamente en la Ley Nivose, penetró en los códigos austríaco de 1810, alemán de 1896 y suizo de 1907.

(77) Vide GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias.*, op. cit., pág. 395, y RODRÍGUEZ ARIAS, “Sobre el principio de la proximidad del grado en el orden de los colaterales ordinarios en el Código civil panameño y en la legislación comparada”, *R.D.P.*, 1966, pág. 361.

(78) GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios.*, op. cit., pág. 94.

libro III, pero la ubicación de los artículos dentro de los respectivos epígrafes de las dos primeras secciones, creemos es de gran trascendencia para la comprensión y recta interpretación de las reglas en ellos contenidas.

En la 1.^a Sección bajo el rótulo de “Disposiciones generales”, se halla el art. 913 que contiene las tres clases de sucesores, conjunto de personas, cada una de ellas, cuya relación con el causante se funda ahora, tras la equiparación entre familia legítima, ilegítima y adoptiva, en el *ius familiae*, *ius conjugii* y *ius imperii*, es decir, el Estado (79), artículo que indiscutiblemente aparece como regla general, no sólo, por así decirlo la denominación de la sección, sino por su operatividad sobreentendida en otros preceptos (80).

La Sección segunda abarca también normas de general aplicación, incluso más amplias que el reseñado artículo 913, pues, al tratar del parentesco, rebasa no sólo la sucesión intestada, a la que concierne este capítulo tercero, sino incluso el mismo Libro tercero del Código, lo cual queda patente en el art. 919, al ordenar que “el cómputo de que trata el artículo anterior rige en todas las materias”, así como, aunque no lo mande con esa explicitéz, todo lo tocante al concepto de línea, sus clases y grado, son disposiciones de carácter general. Por ende, cuando analizamos ciertas normas de estas secciones no se debe olvidar esa naturaleza general puesta de relieve, de la que participa el principio de predominio de la proximidad de grado, y, en su consecuencia las excepciones de que pueden ser objeto por

(79) Vide BONET RAMÓN, F., *Compendio de Derecho Civil Español*, T. V, Edit. R.D.P., Madrid 1965, pág. 726.

(80) Vide Díez PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, T. IV. Edit. Tecnos, Madrid 1983, pág. 631; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, V-3.º, Edit. Bosch, Barcelona 1977, págs. 377 y s.s.; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, T. V, Edit. R.D.P., Madrid 1974, págs. 539 y s.s.; SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil*, T. VI, Edit. R.D.P., Madrid 1979, págs. 707 y s.s.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, T. VI, V-3.º, Edit. Reus, Madrid 1978, págs. 76 y s.s.; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, T. V, Edit. Bosch, Barcelona 1989, págs. 401 y 402, y COVIELLO, L., *Successione*., *op. cit.*, pág. 83.

otras específicas, en virtud del brocardo *lex specialis derogat generalem*, porque su carácter general nos lleva, tanto a darlas por presentes, aunque no se aludan, como a derogarlas por otras específicas contradictorias.

3. Excepciones.

A. La prevalencia de la línea y el orden.

a) Derechos romano y español.

En el Derecho romano ya aparecen las clases y los órdenes, así en la ley de las XII Tablas se llama primero a los herederos suyos, después a los agnados y en tercer lugar a los gentiles (*intestatorum hereditas legen duodecim tabularum primum suis heredibus deinde agnatis, et aliquando quoque gentilibus deferebatur*).

32

El espíritu más humanizado y ecléctico del derecho pretorio, concedió la *bonorum possessio unde liberi*, no sólo a hijos emancipados, a los dados en adopción, a peregrinos y a los devenidos *sui iuris*, por causa de una media o máxima *capitis diminutio* sufrida por el *pater familiae*, sino que de no existir hijos, agnados ni cognados, concedía esa posición al marido o a la mujer gracias al edicto *Unde vir et uxor*, mas ceñido únicamente a la mujer que no había entrado bajo la potestad marital por *confarreatio*, *coemptio* o *usus*, pues entonces se la tenía por hija de familia y se la trataba con ese carácter.

En el Derecho imperial los descendientes de las hijas fueron colocados en los mismos grados y orden de sucesión que los descendientes por línea masculina, debido a una constitución de Teodosio, Arcadio y Valentiniano, aunque con alguna merma de la porción hereditaria según los casos de concurrencia. Justiniano estableció que los hermanos y hermanas emancipados concurrieren sin disminución con los no emancipados, además de otras equiparaciones.

El senado consulto de Tertuliano, siendo emperador Antoino Pío, llamó a la madre a la suceción de sus hijos, y otro de Orficiiano, en la época de los césares Marco Aurelio y Cómodo, en la herencia de la madre antepuso los hijos a los agnados.

Las Novelas 118 y 127 suprimen la diferencia entre agnación y cognación, enerva a efectos sucesorios la emancipación, y la distinción entre herencia y posesión de bienes desaparece. Los órdenes quedan en estas novelas: 1.º Descendientes, 2.º Ascendientes, hermanos y hermanas germanos y sus descendientes en primer grado, 3.º Hermanos y hermanas germanos y sus hijos, 4.º Hermanos y hermanas consanguíneos uterinos y sus descendientes, y 5.º Los restantes colaterales (81).

En el Derecho histórico español merecen destacarse al respecto el Fuero Juzgo (82), el Fuero Real (83), la Partida VI (84)

(81) *Vide* MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, op. cit., págs. 279 y 280.

(82) El Fuero Juzgo presenta gran semejanza en cuanto al orden de suceder con el Derecho romano. La Ley 2.ª del título 2.º de su libro IV establece el orden en línea directa descendente y después la ascendente:

“En la heredad del padre vienen los fijos primeramente, e si non oviere fijos, devenlo aver los nietos, e si no oviere nietos devenlo aver los bisnietos. E si non oviere fijos, ni nietos, ni padre ni madre, devenlo aver los abuelos”, aunque respecto a estos últimos la Ley 6.ª distingue la procedencia de los bienes para dividir por líneas. La Ley 3.ª hace seguir a los abuelos de los parientes más cercanos. La Ley 5.ª da preferencia a los hermanos germanos en los bienes propios del difunto, concurriendo los de vínculo sencillo en los bienes de la línea respectiva. Por fin, la Ley 11.ª a falta de colaterales dentro del séptimo grado llama al cónyuge.

(83) En el Fuero Real, la Ley 1.ª del título 6.º de su libro III prescribe:

“E si ome cualquier muriese sin manda, y herederos no hobiere, asi como es sobredicho, el padre e la madre hereden toda su buena comunamente; e si no fuere mas vivo de uno, aquel lo herede; e si no hobiere padre ni madre, heredenlo los abuelos o dende arriba, y de esta guisa mesma; e si alguno no hobiere de estos, heredenlo los mas propinquos parientes que hobiere, asi como sus hermanos o sobrinos fijos de hermanos, o donde ayuso”. Respecto a abuelos y hermanos las leyes 10.ª y 12.ª sientan diferencias, según la procedencia de los bienes, como hacía el Fuero Juzgo.

(84) De modo similar, muy detalladamente la Partida VI señala el siguiente orden de suceder en las leyes 3.ª y siguientes de su título 13.º:

Primeramente son los hijos por sí y los nietos por representación; Segundo, el padre o la madre con los hermanos *per capita*; Tercero, el padre o la madre, o ambos, sin hermanos, suceden por partes iguales; Cuarto, Abuelos con hermanos *per capita*;

y la Novísima Recopilación (85), donde se establecen órdenes de suceder semejantes al Derecho romano (86).

b) Códigos extranjeros.

Los códigos extranjeros también tienen presente la clase y el orden para la jerarquización de los llamamientos intestados.

El Código francés en su art. 731 la defiere a descendientes, ascendientes, colaterales, cónyuge y Estado; y el italiano de 1942 en su art. 565; el uruguayo en su art. 989; el argentino en el art. 3579; y el art. 960 del de Honduras, así como otros, también contemplan clases y órdenes de herederos abintestato.

Aunque a efectos prácticos apenas tiene relevancia, se llama en último lugar, en vez de al Estado, en los códigos de Chile, Ecuador y Guatemala, arts. 983, 973 y 935 a 941 y 953, respectivamente, al Fisco; el Código mejicano de 1928 en su art. 1602 llama a la Beneficencia Pública, el colombiano en el art. 1040 al municipio, el salvadoreño en el art. 993 a la universidad y hospitales, y el art. 832 del de Venezuela de 1942 al Patrimonio nacional (87).

c) Código civil español.

La primera regla del art. 921 es la consagración del principio de “que el pariente más próximo excluye al más remoto”.

Quinto, Abuelos sólo por líneas, repartiéndose dentro de cada una *per capita*; 6.º Hermanos germanos, el Fuero de Navarra declara preferente a estos hermanos sobre los que lo son de padre y otra madre, y concurriendo con ellos por representación los hijos de hermanos; 7.º Hermanos consanguíneos o uterinos por su línea respectiva, dividiendo por igual los adquiridos por el causante; 8.º Los demás colaterales hasta el décimo grado; 9.º El cónyuge; y 10.º La cámara del Rey.

(85) La precedente ordenación de suceder no se modifica hasta la Ley VII de las de Toro que prohíbe la concurrencia de hermanos con ascendientes, y más tarde la Novísima Recopilación por la Ley 6.ª del título 22.º de su libro X, al parecer, limita hasta el cuarto grado en línea colateral y deja dubitativo el derecho de los cónyuges.

(86) *Vide* MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, *op. cit.*, págs. 243 y 244.

(87) *Vide* MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios*., *op. cit.*, págs. 90 y 91.

Sin embargo, esta norma presenta varias excepciones, una la derivada del orden de suceder, ya que la ley llama a los parientes, distribuyéndolos en determinadas clases y marcándoles un cierto orden de suceder. En nuestro Código de acuerdo con los arts. 930 a 958, los órdenes son: 1.º Descendientes; 2.º Ascendientes; 3.º Colaterales, pudiéndose separar en ellos dos grupos, los privilegiados, formados por los hermanos y sus hijos con derecho de representación estos últimos, y los restantes colaterales hasta el cuarto grado. Entre estos grupos se dan exclusiones, por ello, los del primer orden apartan a los del segundo, y éstos a los del tercero. Consiguientemente no rige con carácter absoluto la prioridad de grado, pues con idéntico grado el tío y el sobrino, éste excluye a aquél (88).

LACRUZ VERDEJO (89) estima que la palabra grado empleada en el art. 921, a pesar de su aparente sentido familiar, quizás debiera de interpretarse como “grado sucesorio”, cosa diferente del grado de parentesco, porque el primero significa la posición de cada uno de los sucesores comprendidos dentro de un mismo orden, línea o sublínea, sin que el uno se encuentre determinado por el otro. En este sentido califica la regla como de residual.

GUILARTE ZAPATERO (90), tras exponer la inexactitud de esa primera regla del precepto, si la entendemos literalmente, también antepone el funcionamiento del orden, basado en que para una correcta hermenéutica del artículo, y así lograr su preciso sentido y alcance, la interpretación ha de ser en coherencia con el régimen general de los llamamientos que para la sucesión intestada establece nuestro Código civil. Sin embargo, considera que el término grado del repetido art. 921, lo es en sentido de parentesco no de orden sucesorio, aunque únicamente actúa en el primer sentido dentro del

(88) Vide MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios..*, op. cit., pág. 101 y 102.

(89) LACRUZ VERDEJO, J. L., y SANCIO REBULLIDA, F., *Derecho de Sucesiones*, Edit. Bosch, Barcelona 1981, págs. 554 y 555.

(90) GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios..*, op. cit., págs. 98 y s.s.

precepto cuando existen varias personas en el mismo orden sucesorio, y más adelante, después de reiterar lo desafortunado de la redacción del artículo, por no reflejar de manera explícita que sólo es virtual el grado de parentesco dentro del orden sucesorio, considera que no debe olvidarse el sentido familiar del grado, pues resulta necesario para expresar la regla deseada por el legislador.

Consecuente con su razonamiento rechaza que el art. 921 se halle excepcionado por la prevalencia del orden, pues de una interpretación conjunta de los preceptos donde se desenvuelve y de la misma letra de otros se deduce, que la exclusión por el grado de parentesco queda circunscrita al supuesto de pertenecer los parientes al mismo orden, todo lo cual resulta de los preceptos que específicamente regulan los llamamientos en la sucesión intestada. Su postura la apoya en los antecedentes históricos, en los cuales late la idea formulada por Grocio de que el cariño primero desciende, luego asciende, para después repartirse por los lados, criterio éste al cual responde la sucesión legítima en el Código.

36

Nos inclinamos a otra opinión doctrinal, que ve en la actuación del orden sucesorio en la esfera del artículo una excepción a la regla establecida, en vez de un sobreentendimiento del orden sucesorio por encima del grado parental, en virtud de una interpretación conjunta y congruente con los demás preceptos que desarrollan la sucesión intestada.

A nuestro entender en el art. 921 el legislador ha querido sentar una regla general, que se constriñe con limitaciones, una expresa en el mismo precepto, cual el derecho de representación, y otras más que implícitas en él, debido a una labor de hermenéutica armónica, derivada de normas concretas y particularmente dirigidas a determinar el orden de ser llamados a suceder, como son los arts. 930 y s.s., colocados después y constitutivos de leyes especiales derogatorias del principio general, criterio éste reforzado por la hegemonía del orden sucesorio sobre el grado de parentesco, mostrado de modo constante en nuestro derecho histórico.

Es lógico que el principio de la proximidad de grado proclamado en el art. 921 presente excepciones, pues es tan general, que incluso se considera por los autores, no sin reservas por algunos (91), extensible a la sucesión testada. Este parecer se puede fundar a partir de la misma letra del artículo 921, al comenzar éste refiriéndose a las “herencias” en general, no ciñéndolo únicamente a las abintestato, y, por otro lado, sirve de apoyo a la tesis expansionista el art. 751, el cual declara que, “la disposición genérica en favor de los parientes del testador, se entiende hecha en favor de los más próximos en grado”, clara cristalización del principio estudiado, al menos *prima facie*.

Además el art. 770 es una aplicación de la segunda regla del comentado art. 921 (92), lo que refuerza ese carácter general (93). Por consiguiente; al ser el art. 921 un precepto de marcada generalidad, que se proyecta sobre toda la materia sucesoria, es natural que tenga excepciones en los casos concretos donde una norma *ad hoc*, particular, resulta contraria, como en la sucesión intestada lo constituiría la voluntad del testador o un precepto específico en sentido opuesto.

Incuestionablemente la redacción del artículo es poco feliz, puesto que mientras que cita explícitamente la excepción del derecho de representación, no lo realiza con el orden sucesorio y, en su caso, la clase, piénsese en el cónyuge, que no es pariente y, por ende, carece de grado, y, no obstante, sucede

37

(91) Vide SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, op. cit., pág. 1649; MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, op. cit., pág. 281; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al..*, op. cit., pág. 96. En sentido contrario se pronuncia MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios..*, op. cit., pág. 102.

(92) El art. 770 del Código civil dice: “Si el testador instituye a sus hermanos, y los tiene carnales de padre o madre solamente se dividirá la herencia como en el caso de morir intestado”.

(93) Abundando sobre el carácter general de la regla, VATTIER FUENZALIDA señala, que rige no sólo en la sucesión legal, sino también en los supuestos de los arts. 751, 770 y 811 e incluso en las sucesiones legales especiales de los arrendamientos urbanos y rústicos y de la explotación familiar agraria (en *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, T. I, Madrid 1991, pág. 2220).

con preferencia, tras la Ley de 13 de mayo de 1981 a todos los colaterales.

Por otra parte, el haber silenciado otros límites, podría inducir a creer en lo axiomático de lo declarado en el precepto, aunque en defensa del legislador debe subrayarse, que el instituto de la representación sucesoria aparece redactado con menos solemnidad que el de la prevalencia de la proximidad de grado, por lo que, pese a estar regulado más adelante, cabría dudar acerca de su predominio y consecuente excepcionalidad del art. 921, en el supuesto de no haberse expresado.

B. El derecho de representación.

El párrafo 1.º del art. 921 proclama una excepción de la regla de la preferencia del grado más próximo, consistente en el derecho de representación en los supuestos en que proceda. Mas un sector de la doctrina (94) ve en ello más que una derogación, una confirmación del principio general establecido, porque si bien de la lectura del precepto parece deducirse lo primero, debido al empleo del adverbio “salvo”, estima que en una recta inteligencia del art. 921, tal salvedad, no es un límite al criterio general, sino una ratificación del mismo. Para ello, se contempla el mecanismo del derecho de representación, por el cual, si de varios herederos designados por la ley en sucesión intestada, fallece uno de éstos o concurre otra de las circunstancias (indignidad, incapacidad, desheredación o ausencia) por las que se llama a sus herederos, estos llamados en segundo lugar, aunque se hallan en cuanto al *de cuius* en un grado más lejano de parentesco,

(94) Sin embargo, más adelante GUILARTE ZAPATERO en el mismo trabajo, al tratar de los caracteres del derecho de representación, sustenta una postura adversa, pues consigna como uno de ellos, “que en líneas generales, el derecho de representación supone un criterio de excepcionalidad al principio de que el grado más próximo excluye de la sucesión al más remoto”, sin perjuicio de que por virtud del art. 933, personas con la misma graduación parental con el *de cuius* sucedan por derecho de representación (en *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 146).

que los designados en primer término, resulta así, sólo mirando exclusivamente a ese dato objetivo del grado, pero no si se tiene en cuenta que esos parientes más remotos no entran en la herencia en base a la relación gradual con el causante, sino para ocupar el mismo grado de parentesco que tenía el heredero por ellos representado, cuyo grado es precisamente más cercano (95).

Para rechazar que el derecho de representación es una mera corroboración del principio de exclusión del grado más remoto por el más próximo, bastará contemplar la normativa de la representación sucesoria, así como los arts. 921, 922 y demás relacionados, de donde surge con nitidez la consideración del representante como sucesor distinto del representado, con esferas personales y patrimoniales separadas, y cuya única convergencia estriba en que se llama a aquél en defecto de éste, sin poder heredar más de lo que el representado hubiera podido recibir, por lo cual ha de tenerse en cuenta la porción del haber hereditario que hubiere tomado aquella persona por cuya falta se sucede.

El art. 928 dispone que, “no se pierde el derecho de representar a una persona por haber renunciado a su herencia”, y ello podría argüirse como prueba de que efectivamente hereda el grado anterior, no el del representante, y que éste sucede asumiendo el sitio de aquél, es decir, su grado, proveniendo de ahí la intrascendencia de la repudiación de la herencia del representado a los efectos del derecho de representación. Pero, justamente, nos viene a demostrar que no ocurre así, pues los representantes heredan al causante de la herencia sin mediación del representado, cuya persona y situación en relación con el acervo hereditario únicamente opera para fijar sus límites y contenido, siendo por lo demás dos círculos independientes la herencia del *de cuius*

(95) Vide MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil*, op. cit., págs. 281 y 282; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, T. V, Edit. R.D.P., Madrid 1974, pág. 542; SÁNCHEZ ROMÁN, F. *Estudios de Derecho Civil*, op. cit., pág. 1649, y GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios*., op. cit., págs. 101 y 102.

y la del representado, motivo éste por el cual la renuncia respecto a la del último, no altera el funcionamiento del derecho de representación, porque quien sucede es el representante, por tanto, con su propio grado de parentesco, más lejano que el del representado.

El derecho de representación, conforme ya se dijo al analizar su errónea terminología, no encierra una representación. El representante no ostenta los intereses de su representado ni actúa en su nombre ni por su voluntad, son dos personalidades distintas a los efectos sucesorios, y, consiguientemente el representante hereda con su grado, no integrado o representando al anterior, puesto que técnicamente no se da una verdadera representación sucesoria.

El art. 1.038 contribuye igualmente a nuestro propósito, si bien, en el primer párrafo establece que, “cuando los nietos suceden al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos o primos, colacionarán todo lo que debiere colacionar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado”, a primera vista puede hacer pensar que se debe a la identificación entre representante y representado, pero su final es fuertemente disuasorio de tal idea, al decir, “aunque no lo hayan heredado”, ya que si realmente estuviesen identificados representado y representante sobraría esa última aclaración.

Completa el desvanecimiento de la pretendida identificación el postrer párrafo del precepto, en el que se ordena a los nietos representantes la colación de “lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario ...”, segunda parte ésta del artículo reveladora de ser la persona del representante el auténtico sucesor y no el grado precedente por mor del cual surge la representación. Además la necesidad de colacionar lo de su padre por parte del representante, responde a límites cuantitativos de su porción hereditaria, derivados de la misma naturaleza y mecanismo del derecho de representación, expresamente dispuesto en el art. 926.

La separación entre representante y representado vuelve a hacerse patente en lo concerniente a las deudas contraídas por éste de las que no responde aquél.

El T.S. en la sentencia de 25 de junio de 1905, ratificada por la de 18 de diciembre de 1908, mantiene la inexactitud de considerar que los bienes adquiridos del causante por los representantes, forman parte de la herencia de su representado y, en su consecuencia, resultan afectos a sus obligaciones, y no es así, porque ello conduciría a la confusión del derecho de representación con la transmisión inmediata de la herencia del representado al representante, sin que sirva para mantenerlo la colación prescrita a los nietos en el párrafo 1.º del art. 1.038, pues responde únicamente a la necesidad de integrar el haber hereditario para su debida distribución entre los concurrentes.

Otro precepto donde nos encontramos la concurrencia de distintos grados en una sucesión, por obra del derecho de representación, con la quiebra del tan repetido principio de hegemonía del grado más cercano, es el art. 927 por el cual si sólo son llamados los sobrinos, sucederán por cabezas en vez de *por estirpes*, porque si fuera cierto, como sostienen algunos doctrinarios, que prácticamente por el derecho de representación suceden los mismos grados, aunque alguno o algunos ostentados por una única persona y otro u otros por la estirpe, no efectuarían la división a partes iguales en el caso de solamente concurrir sobrinos, puesto que ese reparto igualitario se produce precisamente, porque con sus tíos acceden a la herencia grados distintos gracias al juego del derecho de representación.

En conexión con lo precedentemente expuesto está la regla segunda del art. 921, la cual dispone que, “Los parientes que se hallaren en el mismo grado heredarán por partes iguales, salvo lo que se dispone en el art. 949 sobre el doble vínculo”, o sea, cuando entran a recibir la herencia parientes con el mismo grado han de percibir la misma cuota, excepto en el supuesto del art. 949, y esto no acaece si funciona

el derecho de representación, y la causa es justamente la disparidad de los grados de quienes heredan y la derogación, por ende, de la exclusión del más remoto por el más próximo.

Al observar la no procedencia del derecho de representación en la línea recta ascendente, ni fuera de hijos de hermanos en la transversal, y cómo en estos casos los grados de idéntica proximidad son excluyentes de los más lejanos, aparece la naturaleza de excepción de aquel principio atribuida al derecho de representación.

Finalmente, dentro del articulado, es digna la mención al respecto del art. 922, de cuya lectura y hermenéutica se descubre con claridad, por un lado, la confirmación del principio de preferencia del grado más próximo, que supone el derecho de acrecer, y, de otra parte, la excepción de éste, la cual a la vez conlleva obviamente la del primero, en el adverbio “salvo”, y a continuación, “el derecho de representación”.

42

Las sentencias de 2 de enero de 1929 y la de 14 de junio de 1945, corroboradora de la precedente, dan un giro al criterio anteriormente elaborado por los tribunales, acerca de la inaplicabilidad del derecho de representación a la reserva del art. 811, por su carácter de beneficio personalísimo e interpretación restrictiva, aceptando la intervención de aquél, postura con la cual coincide ampliamente la doctrina, mas siempre que el representante se halle dentro del tercer grado fijado en el artículo, por tanto, nuevamente es el grado parental de aquél y no el del representado el que está presente y concurre en la sucesión por representación.

En conclusión, el apoyo más robusto para negar el carácter de excepción, y conferirle el de confirmación del principio de predominio excluyente del grado más próximo, se pretende conseguir en la telcología del derecho de representación dentro del art. 921, conformando la figura de que el verdadero heredero es el grado del representado y no el representante, pero con ello se intenta vanamente sustituir lo que ocurre en la realidad por la finalidad perseguida por la

institución representativa, es decir, la sucesión de un grado más lejano con otros más próximos.

C. *La segunda regla del art. 921.*

No se libra de excepciones expresas o implícitas el segundo párrafo del precepto, pues tras anunciar que “los parientes que se hallaren en el mismo grado herederán por partes iguales”, explicita una primera excepción por el juego del art. 949 sobre el doble vínculo, mas hay que atender (96) a tres institutos que modifican el reparto igualitario: el orden sucesorio y el derecho de representación, acerca de los cuales hemos abundado al comentar el presente artículo, y otro más, constituido por la división lineal.

A consecuencia de la distribución por líneas, muerta una persona sin descendientes ni padres, pero con abuelo paterno y abuelos maternos, el primero accede a la mitad de la herencia y los otros dos sólo a una cuarta parte cada uno a tenor del art. 940, a pesar de ostentar todos ellos el mismo grado, ante lo cual, como indica MANRESA (97) se nos presentan dos alternativas para explicar el fenómeno, una considerar que los parientes de igual grado en cada línea, independientemente de su número, constituyen una sola persona a los efectos de la susodicha regla, otra, la existencia de una nueva excepción a la letra del artículo, actuante sobre el precepto. En cuanto a su justificación, son reiterables los argumentos esgrimidos con ocasión de fundar la prelación del orden sucesorio sobre el grado, no obstante la dicción del párrafo primero del art. 921.

(96) Vide VATTIER FUENZALIDA, C., *El derecho de representación.., op. cit.*, págs. 202 y 203, y GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios.., op. cit.*, págs. 103 y 104.

(97) MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios.., op. cit.*, págs. 102 y 103.

III. El art. 923

1. Precedentes.

El contenido de este precepto carece de antecedentes legales, sin embargo, su doctrina aparece sancionada en el derecho anterior, siendo sus precedentes legislativos los arts. 752 del Proyecto de GARCÍA GOYENA y el 933 del de 1882 (98).

El texto del artículo 752, tal como figuraba en el proyecto de GARCÍA GOYENA decía: “Repudiando el pariente más próximo, si es sólo, o todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho, y sin que puedan representar al repudiante”, poniendo de manifiesto el autor, cómo, aunque el artículo únicamente habla del grado siguiente, se extiende también al orden o línea la disposición del mismo.

44 Según se aprecia del contenido del artículo, éste se separa ligeramente en cuanto a su literalidad del 923 de nuestro Código civil al añadirsele la expresión, “si fueren varios”. El artículo del proyecto consignaba el edicto sucesorio del que se trata en el Título 11.º del libro XXXVIII del Digesto y en el título 16.º del libro VI del Código de Justiniano, no obstante, antiguamente era ignorado y la herencia intestada repudiada era entregada al Fisco.

El art. 932 del proyecto de 1882, fue tomado del código mejicano, a la sazón vigente, en éste únicamente se preveía al supuesto de existir un solo pariente más próximo en grado incapaz de ser heredero, extremo sobre el cual guarda silencio nuestro art. 923, constituyendo quizás la causa de tal omisión, el estimar el legislador solucionado el caso tácitamente a través de las reglas establecidas en otras partes del código (99).

Sufre nuestro Código civil la idiosincracia novatoria y simplista de los códigos fieles al modelo de la codificación napo-

(98) Vide GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias.*, op. cit., pág. 395 y MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, op. cit., T. XVI, pág. 284.

(99) MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, op. cit., págs. 288 y 289.

leónica, y olvida recoger formalmente y con la debida extensión la figura jurídica de la “*successio romana*” y, de ahí, surge la necesidad de ampliar, según ROCA SASTRE la representación sucesoria a la repudiación para salvar la falta de justicia y equidad, que por el no funcionamiento de la vía de la *successio* se produce (100).

2. Su conexión con las reglas generales de la sucesión intestada.

El art. 923 debe ser entendido en relación con los restantes reguladores de la sucesión intestada, y especialmente su interpretación ha de realizarse en conexión con las reglas generales de esta materia.

Se nos aparece el art. 923 cual un adelantado de la sección siguiente referente al derecho de representación, y concorde con lo que al regular el mismo establece el art. 929, rechaza el derecho de los descendientes del repudiante a representarle en su herencia.

La dicción del mentado precepto ha de interpretarse en el sentido de ser esos parientes del grado siguiente los comprendidos dentro del mismo orden, y sólo si no los hay serían los del orden a continuación de aquél. Así la sentencia del T.S. de 12 de julio de 1910 declaraba que, repudiada la herencia por la única hermana del *de cuius*, corresponde suceder a la viuda del mismo, antes que a los restantes parientes de otro orden pospuesto al conyugal.

Su relación con el art. 922 resulta acusada, pues si bien el art. 923 explícitamente nada más que contempla los supuestos de repudiación, en opinión de MANRESA (101) cabe también aplicarlo al caso de ser todos los del mismo grado incapaces, con las excepciones que supone el derecho de representación para la incapacidad a tenor del art. 929.

(100) ROCA SASTRE, R. M., “Observaciones críticas...”, *op. cit.*, págs. 596 y 597.

(101) MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios.*, *op. cit.*, págs. 105 y 106.

En esa línea de interdependencia de los dos preceptos, MUCIUS SCAEVOLA indica que la hermenéutica de estos artículos se hace más fácil examinándolos conjuntamente, por contener la doctrina de dos casos que pueden enunciarse alternativamente y solucionarse dentro del mismo artículo, como ya lo verificaba el viejo código portugués en su art. 1972 al prescribir éste que, “si los siguientes más próximos repudiasen la herencia, o se hallasen incapacitados, pasará ésta a los parientes de grado posterior, y cuando sólo uno de los coherederos repudiase su parte, ésta acrecerá a los demás” (102).

Por otra parte, el artículo estudiado, aunque se dirige a la repudiación de la herencia es congruente con los arts. 924 y 929, referentes al derecho de representación, junto con los cuales ha de analizarse y entenderse, y como señala SÁNCHEZ ROMÁN (103), cabría aplicarlo a la hipótesis no prevista en el 922, cuando sean todos los del grado más cercano incapaces y no proceda el derecho de representación, supuesto éste no contemplado expresamente por nuestro legislador.

3. El grado más próximo y la jerarquía de órdenes.

La sucesión intestada se estructura a base de tres categorías, las clases, grupos u órdenes y grados de parentesco, las primeras hoy constituidas, según el art. 913 por los parientes, el viudo o viuda y el Estado, al ser demasiado amplias se dividen en grupos, entre los que existe una graduación, por ello no es suficiente pertenecer a una clase, se precisa además ocupar en la misma un lugar al cual la ley atribuya preferencia sucesoria.

Es pues grupo u orden aquel complejo de personas que en la misma clase de sucesores tiene preferencia respecto a otro conjunto de personas, de tal manera que, en tanto exista una persona susceptible de ser heredero de las integrantes de un orden dado, no se pueda atribuir la herencia a otra pertene-

(102) MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, op. cit., pág. 285.

(103) SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, op. cit., pág. 1651.

ciente a un orden llamado por la ley posteriormente (104).

El principio de que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto juega dentro de la jerarquía de órdenes. Así, en ese sentido, GUILARTE ZAPATERO (105) considera que aunque el Código de modo expreso en el art. 923 llama a los parientes del grado siguiente, ha de entenderse, como ya lo hizo GARCÍA GOYENA (106), que únicamente cuando no hubieran en el mismo orden sucesorio, se llamará a los pertenecientes al orden a continuación llamado, a pesar de que los parientes de éste fueran más cercanos en grado (107).

Por tanto, aunque el Código en el art. 923 establece con claridad solamente la *successio graduum*, y calla acerca de la *successio ordinum*, ésta también debe operar, no únicamente en caso de indignidad sino igualmente en el de repudiación, lo cual, tal vez, pueda deducirse del art. 935 y otros análogos, al utilizar en ellos el legislador las palabras “en defecto”. Sin embargo, el Código parece referirse más en esos preceptos al supuesto de que al morir el causante no haya persona alguna del orden sucesorio preferentemente llamado, por ende, en rigor, como indican algunos autores, quizás vaya dirigido al caso de premoriencia (108).

Si se acepta que los parientes de grado más próximo, a quienes llama la literalidad del artículo, deben estar comprendidos en el mismo orden, y de no haberlos en él, el llamamiento se verificaría a los del orden siguiente, se produce la consecuencia de que si en aquél, donde se encontraba el repudiante, no existen otros parientes a quienes deferir la herencia, se acudiría al siguiente, pudiendo ocurrir que los integrantes del mismo ostenten un grado igual o incluso más cercano que el del renunciante, lo que sucedería en el

(104) Vide BONET RAMÓN, F., *Compendio de Derecho Civil*, op. cit., págs. 726 y 727.

(105) GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios*., op. cit., pág. 124.

(106) GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias*., op. cit., pág. 395.

(107) Vide PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, V-3.º, Edit. Bosch, Barcelona 1977, págs. 272 y s.s., y BONET RAMÓN, F., *Código Civil comentado*, Edit. Aguilar, Madrid 1962, págs. 709 y 710.

(108) Vide ROCA SASTRE, R. M., “Observaciones críticas...”, op. cit., pág. 408.

supuesto de repudiar la herencia los nietos y ser llamados los hermanos, quienes son de igual grado o los padres, éstos incluso de grado más próximo (109).

Por algunos se cree que el art. 923 parece responder al sistema de vocación simultánea y delaciones sucesivas, y se refiere al grado sucesorio, o sea, el de las seis categorías o escalones que resultan de la conjunción de las clases, órdenes y grados, y, por consiguiente, el precepto abarca, no sólo los grados pluripersonales sino también los unipersonales, de este modo se incluye al cónyuge (110), al Estado y, en su caso, a las comunidades autónomas de Navarra y Cataluña (111).

4. Fundamento del art. 923.

48

Escribe GUILARTE ZAPATERO que el artículo carece de fundamento bastante, pues aun habiendo sido omitido, se desembocaría en idéntica solución por la aplicación, tanto de los principios contenidos en los arts. 921 y 922, como de las normas reguladoras del derecho de representación, constituyendo una prescripción redundante el disponer que los parientes de grado posterior heredarán por derecho propio, porque por clara lógica se hubiese llegado a ese resultado, pese a haber guardado silencio el legislador sobre tal extremo.

Mas quizás pueda encontrarse como justificación del precepto, que el Código después de disciplinar en el art. 922 la repudiación de alguno o algunos, pero sin pronunciarse sobre el supuesto de la totalidad de los herederos, ha querido hacer patente el criterio a seguir, cuando la renuncia fuere de todos, aunque considerar a esta razón suficiente para explicitar la no procedencia del derecho de representación en el art. 923, conduciría a indagar por qué no ha previsto igualmente de manera expresa, el caso de que el único

(109) Vide MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios...*, op. cit., pág. 105.

(110) Vide Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1910.

(111) Vide VATTIER FUENZALIDA, C., *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, op. cit., pág. 2222.

o todos los parientes en grado más próximo con el causante no pudiesen heredar (112).

5. Exclusión de la representación para el caso de repudiación.

ROCA SASTRE recuerda que en el Derecho romano, conforme a un criterio suficientemente aceptado, los hijos del repudiante entraban en la herencia de su ascendiente por vía de *successio*, al ser simultaneado su derecho con los restantes herederos llamados, de modo que la stirpe no quedaba excluida, cual acontece en la regulación de nuestro Código, postura cuán injusta, pues no sólo priva a la stirpe de la representación, sino también de entrar por *successio* en la herencia (113).

Se explica que el repudiante, a causa de la retroacción del art. 989 (114), no es ni ha sido nunca heredero, y aparta en virtud de su repudio también a sus propios descendientes. Ello responde a la razón técnica de que por la repudiación se extingue la delación (115), siendo además congruente con la justificación y finalidad de la representación (116).

No obstante, son múltiples los argumentos ofrecidos en pro de la operatividad del derecho de representación en la repudiación, y es MORELL particularmente uno de los más adversos a esta tesis, el que recopila las razones aducidas por sus valedores, las cuales reseñamos sucintamente para a continuación tratar de refutarlas (117).

49

(112) GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios..*, op. cit., pág. 123.

(113) Vide ROCA SASTRE, R. M., "Observaciones críticas...", op. cit., pág. 594, y MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *La representación en..*, op. cit., págs. 410 y s.s.

(114) Vide ROGEL VIDE, C., "Renuncia y repudiación de la herencia", *R.G.L.J.*, Septiembre 1980, pág. 261.

(115) Vide VATTIER FUENZALIDA, C., *El derecho de representación..*, op. cit., págs. 257 y s.s.

(116) Vide GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios..*, op. cit., págs. 176 y 177, y VATTIER FUENZALIDA, C., *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, op. cit., págs. 2222 y 2223.

(117) MORELL, J., *¿Heredan los nietos..?*, op. cit., págs. 345 y s.s.

Los motivos presentados en apoyo de la procedencia del derecho de representación en el caso que nos ocupa son principalmente:

1.º El art. 925, donde se dice que la representación ha de tener *siempre* lugar en la línea recta descendente.

2.º El art. 933, a cuyo tenor los nietos y demás descendientes diferentes de los hijos, habrán de heredar por derecho de representación.

3.º El art. 923 no afecta al 925 ni al 933 por las siguientes consideraciones:

a) Su colocación está entre los que disciplinan, en general, el parentesco.

b) De su contexto se deduce que se refiere únicamente a la línea colateral.

c) Las normas establecidas por los arts. 924 y s.s. y 933 y 934 se sobreponen al 923.

d) En lo atinente a los llamamientos en la línea recta descendente prevalece el art. 933 sobre el 923, dirimiéndose la contradicción que ambos suponen en favor del que constituye la *lex specialis* de la materia, cual es el art. 933.

4.º Que aun no admitiendo el derecho de representación en caso de renuncia, ello sólo implicaría que los hijos del renunciante reciben la facultad de heredar de la ley por derecho propio en unión de sus tíos, mas con división por estirpes en los supuestos de los arts. 933 y 934 y en armonía con los arts. 947 y s.s.

5.º En general la directriz receptiva aparece confirmada por el art. 766, porque si bien éste priva de transmitir derecho alguno sobre la herencia al heredero voluntario que la renuncia, admite excepciones en los arts. 761 y 857, relativos a la incapacidad o desheredación, supuestos estos análogos al de repudio, al cual, por tanto, también debe alcanzar la salvedad.

6.º Del art. 922 puede llegarse a la misma conclusión, al dejar éste indemne el derecho de representación, después de tratar los casos en que los parientes de grado más próximo *no quisieren* o no pudieren heredar.

El rechazo a las argumentaciones proclives al funcionamiento del derecho de representación se puede condensar en los siguientes extremos:

1.º La palabra *siempre* del art. 925 no tiene un alcance absoluto, sino mostrar una proyección hasta el infinito de ese derecho en la línea recta descendente, en contraposición a lo que sucede en la colateral, pero sólo en aquellos casos donde tal derecho deba y pueda actuar según las reglas que lo norman.

2.º Los arts. 933 y 934 están concebidos sobre el hecho del óbito del hijo o descendientes de grado más cercano, supuesto éste en el cual con mayor frecuencia funciona el derecho de representación, y aunque en esos preceptos no se mencionan las situaciones de desheredación e incapacidad de modo expreso, también en ellas actúa la representación, no, por contra, en el caso de repudiación, por estar sometido el derecho de representación a las reglas que especialmente se le dedican en los arts. 924 y 929.

3.º El art. 766 está destinado al heredero voluntario, no al legal, y además las excepciones del mismo se encuentran explicitadas en los arts. 761 y 857, sin que aparezca entre ellas el repudio, ni exista identidad de razón para ampliarlas con este último.

Se ha visto el intento de apoyar la aplicación del derecho de representación al caso de renuncia en la frase del art. 925 de que, éste “tendrá siempre lugar en la línea recta descendente”, pero aquí el adverbio “siempre”, ni se reduce a poner de manifiesto la proyección de la representación entre todos los descendientes, frente a su limitación, consignada en el segundo párrafo del mismo artículo, a los hijos de hermanos en la colateral, ni tampoco da un carácter absoluto a su actuación en la línea recta descendente, pues lo que quiere significar, no es la aplicación de tal derecho incluso en la repudiación, sino que los descendientes *cuando heredan lo hacen por representación*, y no según se pretende, *que siempre, hasta en el caso de renuncia, heredan por representación*.

Corroboran este sentido la congruencia lógica entre los arts. 925 y 929, porque, caso contrario, uno contradeciría al otro, así como el texto del art. 933, que si lo interpretamos conjuntamente con los dos anteriormente citados avala el sentido defendido.

Si se aduce, como han hecho los doctrinarios expansionistas, ese art. 925, para a través del supuesto carácter absoluto del tan analizado adverbio “siempre”, considerar modificado el art. 923, dando entrada a la representación en los casos de repudiación, el sentido relativo recientemente mantenido aparece aún más reforzado, porque si admitimos la conformación del 923 por efecto del 925, por la misma razón, cabría afirmar que éste debía ser a su vez objeto de interpretación conjunta y prevalente sobre él con el 929, en función del cual resulta precisamente el criterio por nosotros sostenido.

52

También se utiliza el art. 923 en defensa de la tendencia favorable al derecho de representación en la repudiación, por su carácter de regla general, porque observan que el comentado precepto, al hallarse entre los reguladores en general del parentesco, dejara a salvo las normas más específicas, como las contenidas en los arts. 925 y 933, especialmente dirigidas al derecho de representación y a los llamamientos de los descendientes respectivamente. Y no sólo por esa naturaleza de norma genérica no ven obstáculo en el art. 923, sino que además, de su contexto se desprende, al interpretarlo en unión de los que le siguen, cómo únicamente se refiere a la línea colateral, a pesar de los términos generales por él empleados.

Es consideración trascendente para justificar la no procedencia de la representación en la repudiación, que al renunciar la herencia el repudiante ya hizo uso de su derecho, por tanto, éste no se encuentra vacante, para poder ser ejercitado por ese mismo título por sus descendientes (118).

(118) Vide CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil*, op. cit., págs. 304 y 305.

LACRUZ VERDEJO y ALBALADEJO GARCÍA, en esa dirección dicen que en el art. 923 el jefe de la estirpe, al llevar a efecto su opción hereditaria en sentido negativo, actúa como tal jefe y renuncia a la sucesión para sí y para los suyos (119).

Finalmente MORELL rebate la representación en este supuesto frente a la siguiente pregunta: ¿por qué, al igual que en los supuestos de desheredación o incapacidad la ley no presume que el pariente no existe a los efectos de la sucesión?, y su respuesta negativa se fundamenta en que en estos casos se castigaría una posteridad inocente, de no concedérsele la representación, mientras que en la repudiación, no cabe presumir la inexistencia de un pariente, el cual prueba su existencia haciendo uso del derecho de repudiar, y es, por ende, el padre y no la ley quien desposee a sus descendientes de la herencia (120).

6. El efecto retroactivo de la repudiación en el art. 923.

Problemático aparece quiénes serán los parientes llamados, una vez realizada la repudiación, si únicamente los vivos al producirse ésta, o ha de alcanzar asimismo a los herederos de los parientes fallecidos en el ínterin comprendido entre el instante de apertura de la sucesión y el posterior de la renuncia abdicativa. Abogando por la última alternativa, ROCA SASTRE sostiene el carácter retroactivo de la repudiación que explícitamente le atribuye el art. 989 y, respecto a la posesión en particular, el 440 (121).

Acepta también, aunque con algunas reservas, la segunda

(119) ALBALADEJO GARCÍA, M., y LACRUZ VERDEJO, J. L., *Derecho de Sucesiones, Parte General*, op. cit., pág. 195. Vide LACRUZ VERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil V*, op. cit., pág. 58, y CÍCU, A., *Derecho de Sucesiones* anotado por Albaladejo García, M., op. cit., págs. 427 y s.s. y 252 y s.s.

(120) MORELL, J., *¿Heredan los nietos..?*, op. cit., págs. 343 y 344.

(121) ROCA SASTRE, R. M., "El llamado derecho de acrecer. Sus aplicaciones en el Derecho Sucesorio y fuera de él", en *Estudios de Derecho Privado*, T. II, 1948, pág. 23, y GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios..*, op. cit., págs. 124 y 125.

de las soluciones apuntadas GUILARTE ZAPATERO, al descubrir en ella una marcada anomalía, ya que en el momento de la apertura sucesoria el pariente, más tarde muerto, no era heredero, por no ocupar el orden o grado preferente, y, pese a ello, luego transmite a sus propios herederos un derecho por él nunca ostentado, ni siquiera cual representante, porque al abrirse la sucesión el teóricamente representado vive, y no es factible la representación de las personas vivas, fuera de los casos previstos en el art. 929.

54

ENNECCERUS igualmente se plantea ambas alternativas, y en el supuesto de optarse por la de llamar a todos los vivos al tiempo de abrirse la sucesión, aunque en ese interregno hubiesen fallecido, cree que cabría hablar de una expectativa de derecho a favor del eventualmente llamado, apta para transmitirse sucesoriamente a sus herederos. Esto acontece, porque en el instante de la muerte de una persona intestada son llamados a la sucesión sus parientes hasta el cuarto grado y el Estado, por ello, se opera una vocación simultánea en pro de todos cuantos tienen una expectativa de llegar a convertirse efectivamente en herederos, no obstante, la delación sólo tiene lugar en favor de los designados en primer grado dentro del primer orden, por tanto, existe una vocación inmediata y una delación sucesiva, que se sitúa en el tiempo de la vocación por el carácter retroactivo dado por el art. 989 y el 440 a la repudiación (122).

7. Su limitación a la línea colateral.

CLEMENTE DE DIEGO se plantea si debe referirse únicamente el precepto a la línea colateral, pues pese a los términos generalísimos del mismo, que utiliza el vocablo “parientes”, parece estar destinado a los colaterales, porque de su aplicación a los descendientes, que son herederos forzosos,

(122) ENNECCERUS, *Derecho de Sucesiones*, V. I, 2.^a ed., Edit. Bosch., Barcelona 1976, págs. 28 y 29.

resultaría lesionada la legítima de los mismos. Sin embargo, no da por zanjada la cuestión, y declara la preferencia del art. 933 sobre una interpretación amplia del art. 923, a causa del sentido prohibitivo del art. 929, pues su argumento se dirige más bien a una pretendida justificación de aceptar el derecho de representación para los descendientes en caso de repudiación de la herencia (123).

Su concreción a la línea transversal se apoya principalmente en razones de concordancia con otros preceptos, de carácter ético, equitativo e histórico y fundamentalmente en el art. 933 de nuestro Código, las cuales seguidamente pasamos a examinar.

A. *Razones de coherencia.*

Muchos son los apoyos sobre los que construir esta tesis, sobre todo, mediante una interpretación no aislada del artículo, sino relacionada con los principios inspiradores de la sucesión intestada y su íntima dependencia con los preceptos que le preceden y le siguen, haciendo prevalecer aquellas normas constitutivas de regulación específica respecto de otras de carácter más amplio.

Vamos a iniciar la fundamentación de la postura con un previo análisis de la concordancia existente entre los art. 925, 927, 929, 933, 948 y 951, en contraste con el radical choque del art. 923 con el 933, de donde se deduce que el penúltimamente nombrado se halla destinado únicamente a la línea transversal.

Se observa cómo el art. 925 al emplear la palabra “siempre”, para la representación en la línea recta descendente, en su primer párrafo, y omitir el mismo adverbio para la colateral en el segundo, se halla en armonía con el 927, el cual extiende más la limitación en esa línea, estatuyendo una excepción incluso dentro de los hijos de hermanos, la de con-

(123) CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil Español*, op. cit., pág. 322.

currir sólo ellos a la herencia de su tío sin ningún hermano del difunto, es decir, mientras no existen salvedades en la línea directa descendente para la actuación del derecho de representación, por contra, en la colateral ésta se reduce a los hijos de hermanos y para el caso de concurrencia, al menos, con uno de sus tíos, por ende, no es rechazable, es hasta pertinente, el uso del término adverbial *siempre* para la línea recta descendente continuada con una formulación de carácter abierto o general para la colateral en el art. 925, pues el último párrafo de éste, en el segundo artículo que le sigue será parcialmente derogado.

56

La compatibilidad de los dos artículos recientemente analizados con el 929, también concerniente al derecho de representación, resulta evidente, porque entre el 927 y el 929 no se vislumbra contradicción alguna, y en cuanto a este último y el 925, si el tan discutido término *siempre* usado para proclamar la prolongación del expediente representativo a través de toda la línea directa descendente, lo interpretamos, según más atrás señalábamos, en el sentido de que cuando los descendientes no hijos del *de cuius* heredan, *siempre lo hacen por representación* en vez de que, *siempre heredan por representación* incluso en el caso de repudiación de su ascendiente, se obvia la aparente discrepancia entre ambas disposiciones, porque en caso de repudiación de la herencia por su ascendiente, el descendiente no heredará, ni por representación ni por derecho propio, imperando, en consecuencia, el principio mantenido por el art. 929, de vieja raigambre en esta institución, de no poderse representar a una persona viva, si bien el precepto la admite si es por causa de su incapacidad o desheredación.

Ese sentido defendido para el primer párrafo del art. 925 se refuerza con la expresión del art. 933 sobre que, “los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación”, norma ésta, que se erige en el mayor óbice a la aplicabilidad del art. 923 a la línea directa descendente.

Sin embargo, para apoyar la tesis opuesta, la más ordina-

riamente aceptada, se vuelve al adverbio, haciéndose notar la ausencia del mismo en el art. 933, en parangón de lo realizado por el legislador en el art. 932 respecto de los hijos del causante, donde al fijar la distribución de la herencia *per capita* sí empleó el aludido adverbio *siempre*, sin entrar en la averiguación de si fue omisión casual o supresión intencionada (124), esto sirve de apoyatura a los autores para sostener la operatividad del art. 923 en todas las líneas, y negar carácter absoluto a la necesidad de suceder por derecho de representación los descendientes diferentes de los hijos del causante, quienes, dicen, lo harán cuando se den los requisitos para el funcionamiento de ese derecho.

Pero frente a esa concepción de la amplia eficacia del art. 923, puede argüirse que el Código con laudable precisión, teniendo visión de todo el fenómeno sucesorio, aun consciente de que cuando heredan los descendientes distintos de los hijos, lo efectúan *siempre* por derecho de representación, no ha querido colocar en la frase examinada del art. 933 ese adverbio, pues, a diferencia de los hijos receptores de la herencia por cabezas, ora se defiera ésta por ministerio de la ley, ora lo sea por designación testamentaria, los restantes descendientes en la segunda de las vías aludidas pueden también suceder con distribución igualitaria conforme a la voluntad del testador que así lo estableció, y aunque realmente estos artículos van referidos a la sucesión legítima, y a ella han de suponerse constreñidos, el legislador se ha esmerado en la exactitud al distinguir los hijos de los demás descendientes.

No se puede hablar de pugna alguna entre los arts. 925 y 933, porque su relación es completiva, si bien, debe marcarse la más correcta y precisa redacción del último.

Por otra parte, es tónica común en los artículos destinados

(124) Vide GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios.*, op. cit., págs. 217 y 218; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios.*, op. cit., pág. 165, y MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, op. cit., págs. 358 y 359.

a establecer el orden intestado de suceder según la diversidad de líneas, menos en el 932, no utilizar términos categóricos, cual el adverbio siempre, y así lo demuestran los arts. 948 y 951, supuestos también de sucesión por estirpes, donde no tiene lugar la distribución igualitaria ni alcanza el art. 923, por concurrir grados diversos, y cuya redacción, al igual que en el 933, tampoco es maximalista.

B. *Por el art. 933.*

58

Es razón de gran importancia para no considerar aplicable el art. 923 a la línea recta descendente, la notoria contradicción que ello implicaría entre éste y el 933, cuya mutua incongruencia ha de resolverse en favor del último, pues éste, como ya se ha manifestado, es norma específicamente dictada para la regulación de los llamamientos de la línea directa descendente en la sucesión intestada, mientras que el art. 923 es precepto de carácter general, ubicado dentro de las normas genéricas del parentesco, por ello, en esa colisión ha de imperar la regla *lex specialis derogat generalem*, máxime al hallarse el artículo en su interpretación sometido a múltiples suposiciones y matizaciones, procedentes de otros artículos y principios sucesorios que lo conforman.

C. *El art. 923 cristaliza el principio de prevalencia del grado más próximo.*

Además el art. 923 se nos presenta como una casi nítida plasmación del principio de que el grado más próximo excluye al más lejano, mas si damos efectividad al artículo en la línea recta descendente sería de fácil dación, que por producirse la repudiación de la herencia por los hijos sucediera el padre del difunto, en vez de los nietos, a causa de la necesidad derivada de la estructuración de nuestra sucesión legítima en la línea recta basada en la jerarquización de órdenes de parientes, debido a lo cual se anteponen unos

parientes a otros, a pesar de ser los preferidos de grado más apartado. No parece, por tanto, que un artículo, cual el 923, cuya letra aparece como una pura aplicación del enunciado principio de predominio de la prioridad de grado, consagrado en él sin siquiera la excepción del derecho de representación, cual se hace, por el contrario, en el 921, haya no sólo de ser modificado por la categoría ordinal, sino hasta resultar quebrado por el llamamiento de un grado posterior, no obstante lo rotundo de su texto, en el que se estructuran unos llamamientos, donde el grado más próximo se superpone al siguiente, sin literalmente mencionarse excepción.

De admitirse el funcionamiento del art. 923 para la línea directa ascendente, substrayendo de sus efectos a la descendente, como rara vez acontecería la repudiación del bisabuelo, dando paso a la sucesión de un hermano del causante, al menos la derogación del principio de grado más próximo, proclamado por el precepto, sería de notable infrecuencia. Sin embargo, parece lo más lógico pensar que tampoco actúa para los ascendientes, pues aun sin aplicárseles, se llegaría a su llamamiento al amparo de la expresión del art. 938, “a falta de padre y de madre”, la cual tolera sin dificultades comprender dentro de esas palabras el supuesto repudiativo.

59

D. *La buena fe y la equidad.*

La buena fe y la equidad también impulsan a restringir el alcance del art. 923, especialmente excluyéndolo de la línea recta descendente. El premio y la excitación a la mala fe a que daría lugar aquí la aplicación del precepto, resultan incontestables ante el siguiente ejemplo: Sobreviven al causante un hijo, el cual le ha dado diez nietos junto con otro nieto, única posteridad de su otro hijo premuerto, la herencia, según los principios latentes y lo regulado en nuestro sistema sucesorio, se distribuirá en dos mitades, una para el hijo supérstite y la restante para el nieto procedente del hijo difunto, quien la recibirá por derecho de representación de

su padre fallecido, ahora bien, si se extiende la eficacia del art. 923 a la línea recta descendente, bastaría la repudiación de la herencia por el hijo vivo del *de cuius*, para que el reparto del acervo hereditario fuera un onceavo para el nieto procedente del hijo premuerto, el cual ya no sucedería por representación y, por tanto, igualitariamente con sus primos. Sería muy tentador para un buen padre abstenerse de, por tan fácil procedimiento repudiativo, incrementar el patrimonio de su descendencia, incluso, probablemente haciendo pactos secretos con los mismos para en unión de ellos participar de esa riqueza cómodamente adquirida.

60

Esa posibilidad apuntada, que lamentablemente podría tener lugar en muchos casos iguales o similares al descrito, no sólo va contra los postulados de nuestra ordenación sucesoria *ab intestato*, sino aún más directamente contra la presunta voluntad del causante de la herencia, la cual los sistemas de sucesión legítima suelen querer plasmar en su normativa, por tanto, no resulta de recibo que nuestro legislador, respetuoso reproducir en la mayoría de los casos de lo que estima es la voluntad presunta del *de cuius* al regular esta clase de sucesión, deseara o concibiera aplicable el art. 923 a la línea recta descendente, produciendo de esa manera tamaña alteración de las cuantías para los herederos.

La circunscripción del art. 923 a la línea colateral también se corrobora, por ser éste, cual se sostiene por los autores un adelantado de la sección siguiente, atinente al derecho de representación, artículos de ésta, con los que limitando su alcance a la colateral guarda perfecta concordancia y hasta avanza la regla *viventis non datur hereditas*, recogida aunque con excepciones en el art. 929, al prohibir la representación del repudiante, siendo igualmente congruente con el 927, donde a diferencia de lo dispuesto para los descendientes, se prescribe la distribución por cabezas de la herencia, cuando los hijos de hermanos concurren solos, o sea, no suceden por derecho de representación, cosa que ocurre en el art. 923, si fueren llamados los sobrinos por repudiación de los hermanos.

E. *La repudiación del descendiente trasciende a todos los suyos.*

La exclusión del art. 923 para los descendientes nos conduce, fundados en el 929, donde salvo por desheredación o incapacidad, no cabe la representación de una persona viva, y en su debida congruencia con el 933, a afirmar que cuando un descendiente repudia la herencia de su predecesor lo verifica para sí y para todos sus descendientes, sin que éstos puedan después ser llamados en virtud del art. 923.

Junto con todo lo anteriormente expuesto, sostiene también la precedente conclusión, pese a la existencia del art. 923, en el que no se indica su destino exclusivamente para la línea colateral, poderosas razones.

Aunque en principio no parece lógico que el legislador haya querido que renunciando uno de los varios hijos del causante, los nietos procedentes de éste quedaren privados, en tanto y cuanto, que todos los demás hijos suyos no repudiasen, mas si éstos lo hiciesen, los nietos heredarían y por partes iguales, lo cual pugna mucho más con todo lo establecido respecto a las atribuciones por stirpes en la regulación del derecho de representación y del llamamiento de descendientes distintos de los hijos, aparte de implicar un grave ataque a la justicia y la equidad a que responde nuestra ordenación sucesoria intestada.

Precisamente por ello algunos doctrinarios pretenden dar entrada al derecho de representación en los casos de repudiación, con la consiguiente modificación parcial al efecto del art. 923, o su reducción únicamente a la línea colateral.

Otra razón que explica a su vez, por qué se limita esta consideración a la sucesión en línea directa y no se hace extensiva tratándose de la transversal, estriba en la confianza que el ascendiente causante de la herencia se presume tiene depositada en sus descendientes, fe y anhelo de transmitir lo suyo, de prolongación biológica y económica, mirando siempre al inicio de su posteridad, es decir, a sus hijos o a quie-

nes los representen. Los nietos heredan precisamente por representar a los hijos e igualmente todos los demás descendientes, ocupando el lugar del anteriormente fallecido, del incapaz o del desheredado, en el primer caso por auténtica sustitución con el hijo fallecido, en los dos restantes, como subsumidores de la situación sucesoria afectiva del legalmente apartado de su herencia.

Ha de pensarse también que la repudiación de la herencia de los padres por el hijo, casi siempre obedece, ora a fortísimas y atendibles razones morales, ora al cauto y sensato temor de sufrir una *damnosa hereditas*, causa ésta que, curiosamente se presenta por MORELL (125) con la finalidad de negar el derecho de representación a los descendientes en los supuestos de repudiación del hijo, para a continuación justificar la extensión del art. 923 a la línea recta descendente.

62 F. *El arraigo de la división por stirpes entre los descendientes.*

A mayor abundamiento de cuanto se lleva argumentado, debe resaltarse el enorme arraigo de la distribución por stirpes en la línea recta descendente, menos para los hijos del causante, plasmado en el art. 933, pues primero lo establece al decir que, “heredarán por derecho de representación”, lo cual conlleva el reparto por tronco de linajes a tenor del art. 926 (126), mas a renglón seguido el propio precepto lo reitera al entronizar ese modo de división, puesto que manda, “... y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que les corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales”, con lo que expresamente se vuelve a consagrar, mediante ese reparto por cabezas en la stirpe, la

(125) MORELL, J., *¿Heredan los nietos..?*, op. cit., pág. 346.

(126) El art. 926 prescribe: “Siempre que se hereda por representación la división de la herencia se hará por stirpes, de modo que el representante o representantes no hereden más de lo que heredaría su representado, si viviera”.

existencia y jerarquía entre éstas para la atribución del caudal relicto.

Quizás, por hallarse tan vinculada a la idiosincracia de nuestro sistema sucesorio la sucesión por stirpes de los descendientes, esa importante consecuencia para la línea recta, derivada del funcionamiento en ella del art. 923, que suprimiría el derecho de representación para esos descendientes, y, por tanto, los parientes llamados como de grado siguiente, pese a ser de la susodicha clase, heredarían por derecho propio o *per capita* (127), aparece, no sin fundamento, censurable y peculiarmente extraña en nuestro ordenamiento intestado, aunque algunos, no obstante las injusticias a que da lugar la virtualidad del art. 923 sobre la línea recta descendente, no dudan de que sea esa la solución legal, sin guardar reservas acerca del alcance del precepto en todas las líneas (128).

IV. El art. 933

1. Precedentes de Derechos romano, histórico español y extranjero y prelegislativos.

En el Derecho romano la Novela 118 en su capítulo 1.º abarcaba los arts. 932 y 933, así como los arts. 762 y 763 del proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851, siendo precedentes en nuestro Derecho histórico el Fuero Real en su Ley 7.ª del título VI del libro VIII y la Ley 3.ª del título XIII de la Partida VI (129).

(127) Vide MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios.*, op. cit., pág. 105.

(128) Vide GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios.*, op. cit., pág. 125.

(129) La Ley 3.ª del Título XIII de la Partida VI dice: "Pero dezimos que quando algun ome muriesse sin testamento, dexando un fijo con nieto de algun su otro fijo, o de fija, que fuessen ya muertos amos a dos el fijo, e el nieto, heredaran la heredad del defunto igualmente. E non empesce el nieto, porque el tio es mas propinco de defunto: porque aquella regla de derecho que dize: que el que es mas propinco de aquel que fino sin testamento, deue auer los bienes del, ha logar quando el finado non dexa ningun pariente de los descendientes. Otrosi dezimos, que si estos nietos fuessen muchos nacidos de un padre, todos heredaran en logar del padre con el

Respecto al Derecho extranjero ponía de manifiesto GARCÍA GOYENA (130) la conformidad existente en todos los códigos extranjeros, tanto antiguos como modernos sobre los artículos, donde se establece la sucesión de los hijos por derecho propio en partes iguales (reproducido en el art. 762 de su proyecto) y la sucesión de los nietos y demás descendientes por derecho de representación, si bien, hacía notar que en el Código bávaro se aventajaba al hijo mayor respecto a sus hermanos tratándose de familias nobles (131), y en el Código sardo se discriminaba a la mujer en ciertas ocasiones.

En cuanto a los antecedentes prelegislativos, guarda semejanza con el art. 763 del mentado proyecto de GARCÍA GOYENA y es coincidente con el 943 del proyecto de 1882 de ALONSO MARTÍNEZ (132).

64 2. Naturaleza jurídica de la sucesión regulada en el precepto.

Para OYUELOS (133) tanto el art. 933 como el 934 no son sino simples aplicaciones a la línea recta descendente del derecho de representación, por el cual los nietos y demás descendientes heredan siempre en virtud de ese derecho, ya que lo verifican por aquél de quien proceden, es decir, su

tio, e auran aquella parte de los bienes del auelo, que auria el padre dellos si biuiesse. E si alguno muriesse sin testamento e fincasse un nieto de un fijo, que fuesse ya muerto, e de otro fijo que fuesse ya finado, le fincassen tres nietos o mas este uno solo, tanta parte aura en la heredad del auelo, como todos los otros sus primos, porque pocos o muchos que sean, fincan en logar del su padre e heredan todo lo que heredaran si biuiesse”.

(130) GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias...*, op. cit., pág. 400. Vide GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho Civil*, T. III, Librería de Sánchez, Madrid 1875, págs. 620 y s.s.

(131) Capítulo 12.º del Libro III.

(132) MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, op. cit., págs. 355 y 356, y PEÑA, *El anteproyecto del código*, op. cit.

(133) OYUELOS, R., *Principios, Doctrina y Jurisprudencia referentes al Código civil español*, T. IV, Edit. Sobrinos de Minuesa de los Ríos, Madrid 1921, pág. 210.

progenitor, prolongándose esa representación por idéntica razón a los descendientes de los nietos.

Otros juristas señalan que cuando los nietos suceden intestadamente por representación, reciben su derecho directamente de la ley, de acuerdo con el principio *quod filius succedat in locum patris, non habet a patre sed et dispositione legis* (134), aplicable también a sus descendientes (135).

DE COSSÍO CORRAL (136), considera que el art. 933 junto con el 934 suponen la combinación del principio formulado en el art. 921, de que el grado más próximo excluye al más remoto con el *ius representationis*, el cual tiene lugar sin limitación en la línea recta descendente.

El art. 933 conlleva el predominio de la estirpe en la sucesión, así, a diferencia de los hijos, que son llamados cada uno a una parte viril del acervo hereditario, los nietos lo son, en la misma medida, al *quantum* o cuota a la que habría sido llamado su padre respectivo, o sea, la distribución se efectúa por troncos o estirpes (*no in capita sed in stirpes hereditatem dividi*), reparto por estirpes impropriamente denominado por derecho de representación (137), modo de división éste, extensible a sus demás descendientes, ya que en toda la línea recta descendente únicamente los hijos del *de cuius* suceden en una porción viril de la herencia.

Hasta la eliminación de la discriminación de los hijos habidos fuera del matrimonio, por mor de la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, este precepto se refería sólo a los descendientes legítimos, operaba pues, dentro de la órbita de la familia legítima, legitimidad, que como decía CLEMENTE

(134) BARTOLO, in *Digesto* 29-2-93.

(135) Vide LACRUZ VERDEJO, J. L., y ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho de Sucesiones. Parte General*, op. cit., pág. 189, y LACRUZ VERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil V*, op. cit., pág. 57.

(136) DE COSSÍO CORAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, 2, Edit. Alianza Editorial S.A., Madrid 1975, págs. 961 y 962.

(137) Vide ROCA SASTRE, R. M., *Estudios de Derecho Privado, II, Sucesiones*, op. cit., págs. 260 y 261.

DE DIEGO (138), debía existir en todos los anillos de la cadena sin solución de continuidad (139).

Creemos que el art. 933 establece propiamente la sucesión de la estirpe, cuyo origen es el hijo del *de cuius*, encarnada y en dependencia del descendiente o descendientes llamados en su representación a la sucesión a la muerte del causante, por ello, cuando aquél o aquéllos repudian la herencia, los descendientes de los repudiantes quedan excluidos de la misma, sin que puedan ser llamados en virtud del art. 923.

El art. 933 va dirigido exclusivamente a los descendientes distintos de los hijos del causante, por ende, el término “herederos” que se encuentra en su literalidad, (“... si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales”), equivale a esos descendientes que son los únicos que suceden por representación y a los que se refiere el artículo, puesto que la relación entre representante y representado en el contenido del precepto, sólo tiene lugar entre descendiente y ascendiente (140).

3. La sucesión intestada de los nietos y sus descendientes es por estirpes.

Pese a la dicción literal del art. 933, donde sin excepciones se consigna la sucesión de estos descendientes por representación, la inmensa mayoría de los autores niegan que el artículo comporte que los nietos hereden *ab intestato* siempre por representación, y muestran cual uno de los pilares más firmes de esta postura, precisamente la ausencia de ese adverbio *siempre* en él al establecer la distribución de la

(138) CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil Español*, op. cit., pág. 309.

(139) Criterio confirmado por las Sentencias 13 de febrero de 1903 y 10 de junio de 1918. Vide CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, T. V, Edit. R.D.P., Madrid 1958, págs. 566 y 567.

(140) Vide LACRUZ VERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil*, T. V, Edit. Bosch, Barcelona 1981, pág. 558.

herencia entre los nietos y sus descendientes por stirpes, en contraste con la utilización del precitado adverbio en el art. 932, cuando se ordena el reparto entre los hijos del causante en porciones iguales al suceder por derecho propio (141), mas, como se explicó en este trabajo no parece que la omisión de tal adverbio obedeciera a permitir el funcionamiento del art. 923 en la línea recta descendente.

Abundando en lo expuesto *ut supra* de esta obra, y fijándonos especialmente en la inaplicabilidad del art. 923 a la línea recta descendente, observamos que este precepto se funda en la prevalencia de la proximidad de grado en la sucesión intestada, principio, que aunque se formula con anterioridad en el art. 921, aparece en él con restricciones en su operatividad, pues se excepciona en el primer párrafo, precisamente en el instante de proclamarse, con la eficacia sobre él del derecho de representación. Tal vez, es por ello, que poco después, se vuelva a sentar dicho principio de exclusión por el grado más próximo de los demás en el art. 923, y, en esta ocasión, de manera casi absoluta, si salvamos una posible selección y anteposición de ciertas clases de parientes, todos ellos del mismo grado, cuales son los hijos de hermanos preferidos y excluyentes de los tíos en la sucesión, pertenecientes éstos al tercer grado igualmente.

67

Sin embargo, esto únicamente acaecerá, si, como estimamos, el art. 923 no deviene aplicable a la línea recta, en base a las consideraciones ya aducidas y principalmente conforme se desprende del art. 933 en cuanto a los descendientes, porque de alcanzar su órbita a ellos, se vería el principio nuevamente derogado por la preferencia del orden de los descendientes sobre el de los ascendientes, jerarquía ésta aceptada unánimemente por la doctrina, al ser llamado a la herencia antes un nieto o biznieto, parientes del segundo y tercer grado respectivamente, a pesar de existir padres del

(141) Vide MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios.*, op. cit., págs. 163 y s.s.; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios.*, op. cit., págs. 217 y 218, y MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, op. cit., pág. 359.

causante, ascendientes estos del primero, debido a pertenecer a órdenes diversos.

Resulta lógico, que limitado expresamente el principio de la preferencia del grado más cercano en el art. 921, al aplicarse de nuevo en otro artículo, también se restringiera explícitamente con la hegemonía frente a él de la jerarquización de órdenes, lo cual no se hizo.

Al preceptuar el art. 933 que los nietos y sus descendientes heredan por representación, en realidad, a pesar de que se utilizase el instituto de la representación sucesoria, regulado por el Código previa e inmediatamente antes de esta sección primera, relativa al orden de suceder en la línea recta descendente, lo que se pretende es entronizar, tras los hijos del causante y cual prolongación dependiente de los llamados a la herencia, la sucesión de la estirpe en esta línea descendente, prevaleciendo aquélla sobre sus integrantes individualmente considerados.

Por otra parte, según *up supra* indicamos, de haber contradicción entre este entendimiento del art. 933 y el 923, parece debe predominar el primero sobre el segundo, porque el 933 se dicta después y *ad hoc* para la especificidad de la sucesión intestada en la línea directa descendente. En este sentido GUILARTE ZAPATERO (142) acusa la contradicción entre el art. 923 y el 933, porque si son llamados únicamente nietos de estirpes distintas, como consecuencia de la repudiación de sus respectivos padres, la exclusión en este supuesto por el art. 923 del derecho de representación entra en colisión con el otro precepto, donde se ordena precisamente la sucesión por tal derecho, fricción que debe resolverse en pro del más específico, constituido por la regla especial contenida en el 933 frente a la general de su contradictor. Por el contrario, el art. 923 no es regla específica cual el 933, pues se

(142) GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios.*, op. cit., pág. 125. Vide VATTIER FUENZALIDA, C., *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, op. cit., pág. 2223.

halla entre las normas referentes al parentesco aplicables, no sólo a toda la sucesión intestada con carácter general, sino que incluso alguna de ellas excede los límites de ésta, así el art. 919, que reza actualmente, “el cómputo de que trata el artículo anterior rige en todas las materias”, y en su redacción inicial, todavía más significativa, a pesar de su menor extensión, añadía, “excepto las que tengan relación con los impedimentos del matrimonio canónico”, haciendo de esta manera patente el desbordamiento del art. 919 por todo el código con la única salvedad reseñada.

LA PRORROGA COMO CAUSA DE EXTINCION DE LA FIANZA

(Análisis del art. 1.851 del Código civil)

JOSE MANUEL FINEZ RATON

*Profesor titular interino de Derecho Civil
Universidad de Cantabria*

71

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. LAS DISTINTAS SOLUCIONES AL PROBLEMA DE LA PRÓRROGA EN LA FIANZA. **II.** EL SUPUESTO DE HECHO DEL ART. 1.851 **2.1.** Concepto de prórroga y fundamento de la extinción. **2.2.** Fianza a término y prórroga concedida por el acreedor. **2.3.** La fianza solidaria y el art. 1.851. **III.** PROBLEMAS QUE PLANTEA LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO. **3.1.** Concesión de la prórroga: **a)** *Existencia de prórroga y momento de su concesión.* **b)** *Prórrogas procedentes de actos de terceros.* **c)** *Prórroga y cofianza.* **3.2.** Ausencia de consentimiento del fiador: **a)** *Supuestos de autocontratación.* **b)** *Prórrogas previstas legal o contractualmente.* **c)** *Consentimiento prestado por uno de los cofia-*

dores. **IV.** EL ART. 1.851 Y LAS SITUACIONES DE QUIEBRA O SUSPENSIÓN DE PAGOS DEL DEUDOR. **4.1.** Vencimiento anticipado del crédito. **4.2.** La espera concedida en el convenio y la fianza. **V.** LA PRETENDIDA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ART. 1.851. **5.1.** Coobligados solidarios. **5.2.** Aval cambiario.

I. Introducción. Las distintas soluciones al problema de la prórroga en la fianza

72

El art. 1.851 establece que la concesión de prórroga por el acreedor al deudor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza. La comprensión del precepto, al menos a primera vista, es fácil. Basta el señalamiento de un nuevo término de la obligación, en general, para que el fiador quede liberado, salvo cuando expresamente lo hubiera consentido. Se puede pensar, sin más, que dado que el fiador es un obligado que responde por deuda ajena, no puede quedar afectado por los convenios inter-partes que más tarde hayan celebrado deudor y acreedor. Ahora bien, una cosa es que estos pactos sean inoponibles al fiador y otra radicalmente distinta, lo que se sigue del precepto, que lleven aparejada de forma necesaria la extinción de la fianza (1).

Por eso la sanción del art. 1.851 no deja de resultar extraña y sorprendente. El aplazamiento del término no pasa de ser en la mayoría de los actos o negocios jurídicos una

(1) Es necesario hacer una precisión terminológica que no carece de importancia práctica. Hablamos de extinción en general. Teóricamente el art. 1.851 no es tanto una causa de extinción como un supuesto de pérdida de acción del acreedor contra el fiador. No se da en el caso un fenómeno extintivo, sino que configura un supuesto de hecho que autoriza al fiador a repeler la acción del acreedor. Sólo juega por vía de excepción. Esta circunstancia determina, a efectos prácticos, que el fiador para liberarse deba probar que se ha dado la relación de hechos descrita en el precepto (lo mismo puede decirse de otros supuestos recogidos en el capítulo de la extinción de la fianza, v. *gr.*, el art. 1.852).

circunstancia meramente modificativa. Es decir, sin virtualidad propia para generar un efecto novativo del cual se desprenda la extinción de una obligación para crear otra nueva. Más aún, puede carecer de sentido en la fianza. El art. 1.843 señala un conjunto de casos en los que el fiador se puede dirigir contra el deudor antes del pago para conseguir bien la relevación, bien una garantía suficiente. Lo común a estos supuestos es cubrir el riesgo del fiador cuando puede verse obligado al pago, dadas las circunstancias por las que atraviesa la obligación principal o la situación en la que se encuentra el patrimonio del deudor. Pues bien, el n.º 4 del art. 1.843 contempla directamente la situación en la que se ha cumplido el plazo para el pago de la obligación principal. Si acreedor y deudor han pactado un nuevo término, al margen del fiador, bien pudiera pensarse que en nada puede afectarle a éste el nuevo plazo convenido. En su caso, el fiador podrá proteger su posición dirigiéndose contra el deudor para que lo releve o le dé garantía suficiente. Debe observarse, además, que una solución como la apuntada resultaría más coherente con el sistema de protección del fiador que establece el Código ante vicisitudes de la relación obligatoria garantizada que tienen efectos semejantes. Supongamos la mera situación de tolerancia o inactividad del acreedor al vencimiento de la obligación. El supuesto quedaría cubierto por el n.º 4 del art. 1.843. Sin embargo, a tenor del art. 1.851, el efecto para el caso parece ser distinto: extinción de la fianza. Se hace enteramente responsable al acreedor de las sobrevenidas circunstancias patrimoniales que puedan afectar al deudor durante la prórroga. ¿Cómo se coordinan los arts. 1.851 y 1.843,4.º?

De otro lado, la solución del art. 1.851 no deja de ser singular si la contrastamos con el régimen de efectos que atribuyen a la prórroga otros ordenamientos próximos al nuestro. ¿Cómo es posible que siendo el interés protegido idéntico —el del fiador— varíen tan notablemente los efectos de un Derecho a otro? Esta reflexión casi obliga a realizar

una interpretación conciliadora e integradora de las distintas soluciones que se establecen. El problema de la prórroga, que en grandes términos es el problema del tiempo de eficacia de la fianza, ha recibido, en general, tres soluciones por los códigos. En primer lugar, la propia de nuestro art. 1.851, la extinción, seguida también por el Código portugués de 1867 (2). En segundo lugar, la de atribuir al fiador, ante la prórroga concedida, la facultad de compeler o apremiar al deudor para el pago. La solución descansa en las relaciones deudor-fiador antes del pago. Esta fue la seguida, entre otros, por los códigos francés, aún vigente, e italiano de 1865 (3). Por último, están los códigos que no contemplan expresamente la prórroga, pero que imponen un límite temporal al acreedor para que reclame al deudor al vencimiento de la obligación principal, que de no ser observado determina la extinción de la fianza. Es la solución de los códigos italiano de 1942 y portugués de 1966 (4).

(2) Art. 852: "La moratoria concedida al deudor por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza". Igual solución es la del Código báltico, arts. 4545-4551 y la del Cantón de Neuchâtel, art. 1654.

(3) Código francés, art. 2039: "La simple prórroga de término concedida al deudor principal por el acreedor no libera al fiador, quien puede en este caso repetir contra el deudor para obligarle al pago". De la misma dicción literal era el art. 1930 del Código italiano. Igual sanción recogían el Código de Luisiana (art. 3032), Códigos de los cantones de Vaud (art. 1520), Tesino (art. 1130), Friburgo (art. 2113), Valais (art. 1794).

(4) Art. 1957 Código italiano de 1942: "El fiador queda obligado aun después del vencimiento de la obligación principal, siempre que el acreedor, dentro de los seis meses haya propuesto sus acciones contra el deudor y las haya continuado con diligencia.

La disposición se aplica también al caso en que el fiador haya limitado expresamente su fianza al mismo término de la obligación principal.

En este caso, sin embargo, la acción contra el deudor debe proponerse dentro de los dos meses.

La acción propuesta contra el deudor principal interrumpe la prescripción también respecto al fiador".

Art. 652 Código portugués de 1966: "1. Si la obligación fuera a plazo, el fiador que goce de beneficio de excusión podrá exigir, vencida la obligación, que el acreedor proceda contra el deudor dentro de dos meses, a contar desde el vencimiento, bajo pena de caducar la fianza; este plazo no termina sin que transcurra un mes desde la notificación hecha al acreedor.

2. Cuando se trate de una deuda cuyo vencimiento dependa de la interpelación,

— *Sistema francés*: el art. 2039 del Código asimila la prórroga a un segundo supuesto de acción del fiador contra el deudor, previo al pago, al lado de los casos previstos en el art. 2032 (acción de cobertura, correspondiente a nuestro art. 1.843). Un régimen como el señalado obedece a un doble pensamiento: a) dejar en manos del fiador la evitación de los posibles perjuicios que pudieran derivarse de la prórroga (5), y b) considerar excesiva la extinción, porque se entiende que en ocasiones la prórroga puede favorecer al propio fiador (6). En la práctica, por tanto, se equiparan los casos en que el acreedor al vencimiento de la obligación guarda silencio (no reclama), para los que sería de aplicar el art. 2032, a los de prórroga (7). Nótese que se concede expresamente al fiador una acción para los casos de prórroga. Podría pensarse, sin embargo, que de no sancionarse con la extinción, bastaría para

el fiador que tenga beneficio de excusión y que haya asumido la fianza hace más de un año, podrá exigir, bajo la misma comunicación, que el acreedor interpele al deudor”.

También disponían la extinción de la fianza cuando en un plazo determinado, a partir del vencimiento de la obligación principal, el acreedor no se dirigiera contra el deudor, los Códigos de Berna (arts. 910-926), Lucerna (arts. 694-709), Sardo (arts. 2044-2082). Sobre el régimen de la prórroga en los códigos puede verse CICCAGLIONE, voz “Fideiussione”, *Enciclopedia giuridica italiana*, v. VI-parte II, Milano, 1903, pp. 592-601.

(5) Se justifica la sanción legal atendiendo a la “común concurrencia de culpas y perjuicios” de fiador y acreedor. Se señala que si después de concedida la prórroga el deudor resulta insolvente, esta insolvencia es común a ambos y no puede deducirse sin más la liberación del fiador. Ya que el fiador disponía de medios legales para cubrirse del sobrevenido estado patrimonial del deudor y por tanto él es responsable de su no ejercicio. Es decir, se argumenta bajo la idea de una compensación de culpas: concesión de prórroga y no ejercicio de la acción contenida en el art. 2039; así, MIRABELLI, *Dei contratti speciali. Il diritto civile italiano*, dir. por Fiore y Bruggi, t. XX-v. 2.º, Napoli-Torino, 1915, pp. 601-602. Cita en su apoyo a los clásicos: TROPLONG, MOURLON, PONT, GUILLOUARD, PLANIOL, WAHL, CAMPOGRANDE.

(6) Esta consideración era hecha ya por POTHIER: “El fiador no puede pretender que esta prórroga de término concedida al deudor le haga daño, pues por el contrario, le aprovecha”, *Traité des obligations*, v. 1, Paris, 1825, p.393. Igual justificación se encuentra en los trabajos legislativos del Código francés, *Motifs et discours du Code civil*, t. 1, Paris, 1841, p. 707.

(7) Sobre el particular véase: DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, t. XXV-2.º, Paris, 1880, pp. 617-619; ROGRON, *Code civil expliqué*, v. 2.º, Paris, 1877, p. 2625; AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français, d’après le méthode de Zachariae*, t. IV, Paris, 1871, p. 698; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit civil*, t. II, Paris, 1905, p. 786; BEUDANT, *Cours de Droit civil français* (publ. por Beudant y Lerebours), t. XII, Paris, 1948, pp. 99-100; BO, voz “Fideiussione”, *Nuevo Digesto italiano*, t. V, Torino, 1938, pp. 1122-1123.

la protección del fiador el ejercicio de la acción de cobertura. Las cosas no discurren así y tampoco hay que suponer que el legislador francés otorga al fiador dos acciones distintas con similar relevancia práctica.

Independientemente del problema planteado, el régimen francés es sencillo. La prórroga no producirá la extinción de la fianza, salvo cuando su concesión implique novación de la obligación garantizada. Pero esta no es una causa específica de extinción de la fianza. La fianza en este caso se extingue como consecuencia de la extinción de la obligación principal.

No obstante, el sistema así construido no deja de padecer de cierta incoherencia e ineficacia. Incoherencia porque, como se ha dicho, la libertad del acreedor en la concesión de prórrogas queda bloqueada por la facultad del fiador de obligar al deudor a pagar desde el mismo momento de vencimiento de la obligación principal (8). E ineficacia porque no se acaba de ver claro en qué se traduce la facultad del fiador de obligar al pago al deudor al vencimiento originario o cómo puede ejercitarse y cuál es la sanción ante su incumplimiento. A través de esta vía lo único que se puede conseguir es averiguar el estado patrimonial del deudor y en su caso, la consignación de la cantidad debida o la constitución de garantía para el fiador (9). Prueba de esta insuficiencia es que en la práctica francesa es ya una cláusula de estilo establecer un término final para la fianza no susceptible de prórroga o introducir la estipulación de que toda concesión de prórroga no consentida por el fiador determinará la pérdida de acción del acreedor contra este último (10).

(8) Cfr. FRAGALI, *Delle obbligazioni. Fideiussione-mandato di credito*, en *Commentario del Codice civile*, Scialoja-Branca, arts. 1936-1959, Bologna-Roma, 1957, p. 502.

(9) Cfr. DELEBECQUE, voz "Cautionnement", *Encyclopedique juridique*, t. II, puesta al día en enero de 1991, pp. 14-15.

(10) Cfr. DELEBECQUE, *ob. cit.*, p. 15. Además, cierto sector doctrinal entiende esta cláusula como una especialidad del art. 2037 ("El fiador queda liberado cuando no puede subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor por hecho de éste. Toda cláusula contraria se entiende no escrita"), MAZEAUD, RANOUIL y CHABAS, *Leçons de Droit civil*, t. III-1.º, Paris, 1988, p. 37. También se ha intentado aplicar para algunos de estos supuestos el abuso del derecho (MALAURIE y AYNES, *Cours de Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Paris, 1990, p. 105; en el mismo sentido algunas sentencias de la Corte de Casación: 6 octubre 1971, 12 noviembre 1974, 31 diciembre 1974, 23 enero 1980). Su aplicación, sin embargo, es excepcional y con eficacia muy restringida. Precisamente por el carácter ambivalente del art. 2039: si concede una facultad al fiador, al mismo tiempo está reconociendo el derecho del acreedor a conceder prórrogas al deudor.

— *Sistema italiano de 1942*: no se contempla expresamente el problema de la prórroga. El art. 1957 del Código italiano sólo señala que el fiador quedará liberado si en el plazo de seis meses a partir del vencimiento de la obligación el acreedor no se dirige contra el deudor. Y añade que cuando el fiador haya limitado la garantía al mismo término de la obligación principal el plazo se reducirá a dos meses (11). La concesión de prórroga no altera los plazos previstos. Sólo producirá la extinción cuando impida al acreedor accionar contra el deudor en los plazos señalados en el artículo (12). De esta forma se asegura que el fiador no quede vinculado a la garantía de forma más o menos indefinida, a voluntad del acreedor; es decir, el art. 1957 resulta aplicable tanto a los casos de mera tolerancia o pasividad del acreedor como a los de concesión expresa de prórroga.

Similar regulación es la del art. 652 del Código portugués. Si el fiador goza del beneficio de excusión, la fianza se extingue si el acreedor no procede contra el deudor dentro de los dos meses siguientes al vencimiento de la obligación principal, siempre que el fiador así se lo haya exigido (13). Pero hay importantes diferencias con el 1957 italiano: 1.º el art. 652 sólo es aplicable a la fianza con beneficio de excusión; si el fiador es solidario la prórroga sólo jugará como excepción frente al

77

(11) Hay que excluir de antemano una interpretación que pudiera deducirse del tenor literal del precepto. No se trata de que el vencimiento de la obligación principal implique la extinción de la fianza, de forma que ésta se prorrogue cuando el acreedor actúa diligentemente (en este sentido fue defendida la interpretación del precepto por GIORDANO, "Sul fondamento dell'art. 1957", *Banca, borsa e titoli di credito*, 1952, II, pp. 56 y ss. y RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957, p. 57).

(12) GUILARTE entiende que cualquier concesión de prórroga implica la extinción de la fianza, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. Albala-dejo, t. XXIII, Madrid, 1990, p. 394; esta interpretación me parece errónea: no se limita la libertad del acreedor de conceder prórrogas, pero en la medida en que éstas excedan de los términos previstos en el art. 1.957 llevarán consigo la extinción de la fianza (ver: FRAGALI, *ob. cit.*, pp. 500-502; BOZZI, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, en *Trattato di Diritto Privato*, t. 13, dir. por P. Rescigno, Torino, 1986, p. 271; BISCONTINI, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cargo de P. Perlingieri, 4-II, Napoli, 1991, p. 1594; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II-2, Padova, 1990, p. 416; Corte de Casación 20 abril 1982, 19 diciembre 1985, 19 junio 1987).

(13) Sobre el art. 652 pueden verse los comentarios de PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, v. 1, Coimbra, 1982, pp. 639 y ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1984, p. 628.

acreedor (14); 2.º el plazo no opera automáticamente, depende de la previa interpelación del fiador al acreedor.

Quisiera que se observara que, en general y en comparación con el sistema francés, los artículos precitados desplazan el problema de la prórroga de la relación fiador-deudor antes del pago a la relación acreedor-fiador. Se impone un cierto deber de diligencia o una cierta carga al acreedor para evitar la posible onerosidad sobrevenida de la obligación del fiador (15). O mejor, se hace responsable al acreedor cuando de su comportamiento negligente puedan derivarse consecuencias perjudiciales para el fiador, que excedan del regular desarrollo y ejecución de la obligación garantizada (16).

Junto a estos dos grandes modelos hay que hacer una breve referencia al BGB. Este ni se ocupa expresamente del problema de la prórroga, ni establece un mecanismo de limitación temporal del ejercicio de la acción por el acreedor. Sólo en caso de afianzar una deuda existente por un tiempo determinado se prevén unas causas de extinción (parágrafo 777), en caso de que el acreedor no actúe diligentemente. Pero este es un supuesto muy concreto que sólo afecta colateralmente al problema de la prórroga y del cual no cabe extraer una solución general (17).

(14) Art. 637.1: "Además de los medios de defensa que le son propios, el fiador tiene el derecho de oponer al acreedor aquellos que corresponden al deudor, salvo si fueren incompatibles con la obligación del fiador". Igualmente, el fiador solidario podrá dirigirse contra el deudor en relevación o para conseguir garantía suficiente si la prórroga implicara una agravación sensible del riesgo de la fianza (*cfr.* art. 648,b).

(15) Es común en la doctrina italiana definir el art. 1957 como un deber de diligencia o carga impuesta al acreedor. Así, FRAGALI, *ob. cit.*, p. 495; BISCONTINI, *ob. cit.*, p. 1592; SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985, p. 98.

(16) La nota común de la que participan las diversas causas de extinción de la fianza, recogidas en los arts. 1955-1957 del Código italiano, es que la negligencia del acreedor o cuando hay una conducta contraria al fiador, se sanciona con la extinción de la fianza, repercutiendo toda su incidencia económica en el acreedor (*cfr.* BOZZI, *ob. cit.*, p. 267).

(17) Parágrafo 777 del BGB: "Si el fiador ha afianzado una obligación existente por un tiempo determinado, queda libre después del transcurso de dicho tiempo si el acreedor no realiza inmediatamente el cobro del crédito de conformidad con el parágrafo 772, si no prosigue el procedimiento sin tardanza notable y si, inmediatamente después de la terminación del procedimiento, no notifica al fiador que se va a dirigir contra él. Si no corresponde al fiador la excepción de excusión, queda libre después del transcurso del tiempo determinado si el acreedor no le hace inmediatamente esta notificación.

Si la notificación se realiza en tiempo oportuno, la responsabilidad del fiador se

En el sistema del BGB la prórroga del acreedor al deudor sólo podrá hacerse valer bien como excepción del fiador frente al acreedor (parágrafos 767,I,3 y 768,I,1) (18), bien como pretensión de relevación del fiador frente al deudor, cuando éste hubiera incurrido en mora previamente al convenio del nuevo plazo (19). Se admite, sin embargo, que el fiador pueda negarse a pagar al acreedor cuando éste haya concedido prórroga y posteriormente resulte insolvente el deudor. Para que tal oposición triunfe es necesario que el fiador demuestre que de no haber intervenido la prórroga “hubiera satisfecho sin demora al acreedor, sin oponer la excepción de excusión, y que hubiera podido obtener del deudor el cobro total o parcial de su crédito de indemnización” (20). El sistema es coherente si se tiene en cuenta que aunque el fiador hubiera pagado inmediatamente al acreedor, al margen de la prórroga, a su pretensión de resarcimiento por el deudor se opondría la previa prórroga, ya que por el pago el fiador queda subrogado en el crédito del acreedor contra el deudor (parágrafo 774) (21). Por esto mismo, en los casos en que sólo exista pasividad (tolerancia o no reclamación) por parte del acreedor, al fiador únicamente se le

limita en el caso del parágrafo 1.º, inciso 1.º, al ámbito que tiene la obligación principal al tiempo de la terminación del procedimiento, en el caso del parágrafo 1.º, inciso 2.º, al ámbito que tiene la obligación principal al transcurrir el tiempo determinado”.

De ninguna forma son equiparables los supuestos de hecho del parágrafo 777 y de los arts. 1957 italiano y 652 portugués (no se puede compartir la equivalencia que de los tres preceptos hace GUILARTE, *ob. cit.*, pp. 392-394). Estas últimas son normas de tutela del interés del fiador a no quedar vinculado indefinidamente a la fianza. El primero más bien parece obedecer a una regla en favor del acreedor que le permite dirigirse contra el fiador, aun cuando éste hubiere limitado temporalmente la fianza.

(18) Parágrafo 767.I: “Para la obligación del fiador es decisivo el estado de la obligación principal en cada momento. Esto vale también especialmente si la obligación principal es modificada por culpa o mora del deudor principal. No se amplía la obligación del fiador por un negocio jurídico que celebre el deudor principal después de la asunción de la fianza”. Parágrafo 768.I: “El fiador puede hacer valer las excepciones correspondientes al deudor principal. Si muere el deudor principal, el fiador no puede alegar que el heredero sólo responde limitadamente por la obligación”.

(19) Se entiende que no puede quedar enervada la pretensión de relevación del fiador cuando el deudor estaba en mora (caso previsto en el n.º 3 del parágrafo 775, acción de relevación) antes de concedérsele la prórroga: así, ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, t. II-2º, v. 2º (trad. por Pérez González y Alguer), Barcelona, 1966, p. 831.

(20) ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *ob. cit.*, p. 814.

(21) ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *cit. ant.*

faculta a solicitar la relevación frente al deudor cuando éste esté en mora o haya empeorado su situación patrimonial (parágrafo 775) (22).

A pesar de lo sorprendente que puede parecer la sanción del art. 1.851, ésta no es ajena a la tradición jurídica ni está en oposición con los antecedentes históricos y legislativos del propio precepto. Todo indica y así es evidenciado por los comentaristas, que la extinción fue la solución acogida por el Derecho romano (23). En España la extinción de la fianza por la prórroga concedida por el acreedor al deudor aparece sucesivamente en el Fuero Real, el proyecto de Código civil de Gorosabel, el Proyecto de 1836, el de 1851 y en el Anteproyecto 1885-1888 (24). GARCÍA GOYENA fundamenta la

(22) Cfr. HEDEMANN, *Tratado de Derecho civil*, v. III (trad. por J. Santos Briz), Madrid, 1958, pp. 472-473.

(23) En el Derecho romano existen varias manifestaciones de la ineficacia de la fianza por la mayor onerosidad para el fiador cuando el término de cumplimiento de su obligación resulta más breve que el del deudor (Cfr. Digesto 46,1,8 y 46,1,16). Si bien miramos, el efecto de la prórroga sería análogo. Más en concreto, es opinión común de la doctrina que en el Derecho romano clásico la novación exigía la identidad del objeto de la obligación y la modificación debía consistir en el cambio de los sujetos, la naturaleza o la modalidad de la obligación, por ejemplo, el término. De ahí que la concesión de prórroga extinga la fianza, resultado de la novación de la obligación principal. La intención de novar, como requisito esencial, sólo empieza a exigirse en el Derecho justiniano, debido posiblemente al decaimiento del formalismo de la época anterior (sobre el particular, en el mismo sentido, puede verse: PETIT, *Tratado elemental de Derecho Romano* (trad. de la 9.ª ed. francesa por J. Fernández González), México, 1986, pp. 493-497; PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*, II, Padova, 1986, pp. 661-662; KASER, *Derecho Romano Privado* (trad. de la 5.ª alemana por J. Santa Cruz Teijeiro), Madrid, 1982, pp. 241-242. También, CICCAGLIONE, *ob. cit.*, pp. 578-587).

(24) Fuero Real, L. X, T. XXVIII, L. 3.ª: "Sy alguno fiare a otro alguna cosa pagar o facer a plazo, e si ante del plazo sin otorgamiento del fiador alongare aquel plazo, el fiador non sea tenido de la fiaduria: et si non le alongo el plazo, maguer que el debdor al día non fue demandado que pagase, el fiador sea tenido de quanto fio"; código de GOROSABEL (1832), art. 845: "Fuera de los modos en que se libera el fiador por la extinción de la obligación del deudor principal, o de la suya referidas en el capítulo IV título II, puede pedir la liberación de la fianza, dejando subsistente la obligación principal, ... 2.º Cuando debiéndose verificar el cumplimiento de la obligación para día cierto, el acreedor alarga el plazo sin consentimiento del fiador"; Proyecto de 1836, art. 1.831, n.º 3.º: "Cuando debiéndose verificar el plazo en un día determinado, se alarga el plazo sin consentimiento del fiador"; los arts. 1.765 del Proyecto de 1851 y 31 del Capítulo III del Título relativo a la fianza del Anteproyecto 1885-1888 son idénticos al actual art. 1.851.

extinción con gran sencillez: “En mano del acreedor está hacer saber al fiador que se le pide plazo, y que él piensa concedérselo, subsistiendo la fianza: si descuidó este medio sencillo y natural, cúlpese a sí mismo; el art. 1.765 (art. 1.851 actual) es una consecuencia de esto” (25). O de otra forma, de los actos del acreedor ha de responder él mismo y no puede desplazar la responsabilidad al fiador.

De este breve recorrido todo induce a pensar que debajo de la aparente sencillez literal del precepto subyacen importantes problemas interpretativos. Basta para empezar que nos planteemos algunas cuestiones: 1.º qué relación existe entre el 1.851 y el 1.843,4.º; ¿el legislador ha concebido dos acciones, una contra el deudor (art. 1.843,4.º) y otra contra el acreedor (art. 1.851), para proteger el mismo interés?; 2.º ¿cuál es el concepto de prórroga del art. 1.851?, ¿basta la mera prórroga del término del art. 2039 francés?; 3.º ¿no resulta incoherente sancionar la prórroga y no la mera inactividad del acreedor, cuando ésta puede causar los mismos efectos perjudiciales para el fiador? Vamos a tratar de ir respondiendo a estas preguntas en los epígrafes siguientes.

81

II. El supuesto de hecho del art. 1.851

2.1. Concepto de prórroga y fundamento de la extinción.

Una primera lectura del art. 1.851 es sencilla y comprensible. Pero, a continuación, la pregunta que surge es: ¿tendrá efecto extintivo cualquier clase de prórroga concedida por el acreedor? Pregunta que se encierra en una reflexión más amplia: “si bien es verdad que un pacto al que el fiador es ajeno (*res inter alios acta*) no debe, ni puede empeorar la situación del fiador, no acaba de verse claro por qué

(25) *Concordancia, motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, Madrid, 1852, p. 154.

razón ha de mejorarla hasta el punto de permitir su liberación" (26). Y éste es uno de los principales problemas interpretativos del art. 1.851. Si se ha de estimar por prórroga sólo aquélla que tiene efectos novativos sobre la obligación principal o basta con la prórroga del *terminus solutionis*. Y esta pregunta se hace más acuciente en la medida que en el artículo 2039 del *Code* se establece el efecto contrario para la prórroga.

Adelanto mi opinión sobre el problema. El art. 1.851 debe encontrar aplicación tanto a las prórrogas con eficacia novativa de la obligación, como a las que supongan un mero aplazamiento del pago. Siendo estrictos debería decir que la vocación del art. 1.851 es expresamente para éstas últimas. Cuando la prórroga implica novación el precepto aplicable *strictu sensu* es el art. 1.207. De todas formas la solución práctica no varía. De ahí que tenga validez la afirmación de que el art. 1.851 se aplica indistintamente a ambos casos.

82

Para salvar una respuesta que por ciertos autores se entiende desmedida, que el art. 1.851 incluya en su supuesto de hecho la mera prórroga para el pago, se ha intentado su interpretación por dos vías. La primera entiende que el art. 1.851 no es sino una aplicación especial de la novación; la segunda sólo considera aplicable el art. 1.851 a aquellos casos en que la prórroga implique novación, distinguiendo entre prórroga de la relación obligatoria y prórroga para el pago, excluyendo esta última en cualquier caso. Para la primera de las construcciones la fianza se extinguiría por extinción de la obligación principal, dado que según el art. 1.207 en caso de novación "sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubieren prestado su consentimiento" (27). Ahora bien, una interpre-

(26) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, p. 616.

(27) Así, DE BUEN, *Derecho civil español común*, Madrid, 1922, p. 525; SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVI-1, diríg. por M. Albaladejo, Madrid, 1980, p. 524.

tación de tal tipo es difícilmente sostenible. Al no diferenciar entre los distintos términos a los cuales puede afectar la prórroga se incluye el mero aplazamiento para el pago. Sin embargo, es opinión común que la prórroga del *terminus solutionis* no tiene efectos novativos, sino únicamente modificativos de la relación obligatoria. Difícilmente, pues, se puede aceptar la novación como base del art. 1.851.

Vayamos a la segunda de las interpretaciones propuestas. Sólo aquellas prórrogas que impliquen novación producirán la liberación del fiador. Esta interpretación se apoya básicamente en tres razones:

1.º los precedentes de los códigos francés e italiano de 1865, que establecían la sanción contraria;

2.º el perjuicio que se puede causar al fiador por la ampliación del plazo, insolvencia sobrevenida del deudor, está cubierto por la acción de relevación de la fianza, consagrada en el art. 1.843. No afectándole al fiador el pacto entre acreedor y deudor, al vencimiento originario de la obligación podría dirigirse contra el deudor en solicitud de la relevación (n.º 4.º: “cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse”),

3.º en último lugar y como punto nuclear, el precedente del Proyecto de 1.851. Al comentar GARCÍA GOYENA el art. 1.765, precedente del art. 1.851 actual, reenvía para su estudio al art. 1.134, que tiene por objeto la novación del contrato (“hay novación de contrato, cuando las partes en él interesadas lo alteran, sujetándolo a distintas condiciones o plazos, sustituyendo una nueva deuda a la antigua, o persona distinta en lugar de la que antes era deudor, o haciendo cualquier otra alteración sustancial que demuestre claramente la intención de novar”). Se deduce entonces que GARCÍA GOYENA explica la extinción de la fianza establecida en el 1.765 por el carácter novativo de la prórroga (28). Conclu-

(28) Este argumento es recogido y expuesto por CASANOVAS MUSSONS, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, pp. 37-38.

sión: el art. 1.851 sólo debe aplicarse a aquellas prórrogas que tengan efecto novativo (29).

Ahora bien, los resultados de esta interpretación hacen inútil al art. 1.851. El presupuesto de aplicación de este artículo, la novación, se encuentra ya en el art. 1.207 y “no hay por qué suponer que el legislador ha sido redundante en el art. 1.851” (30).

Es cierto que GARCÍA GOYENA envía el estudio del art. 1.765 a la novación. Pero lo remite expresamente al término “plazos” que en el art. 1.134 figuraba. Sin embargo, cuando estudia este término lo hace sólo refiriéndose al *terminus solutionis* y excluyendo que éste tenga efectos novativos: “La opinión casi uniforme de los Jurisconsultos más autorizados es que, si el acreedor prorroga al deudor el término *solutionis* (*non obligationis*), no por esto hay novación, y continúan obligados los fiadores...” (31). Es decir, precisamente para afirmar que no obstante el carácter modificativo del aplazamiento del pago se debe producir la extinción de la fianza, con base en el perjuicio que del nuevo plazo puede resultar para el fiador. No hay duda tampoco, como deja claro CAFFARENA, que GARCÍA GOYENA distinguía perfectamente entre prórrogas con efectos novativos y modificativos (32).

Es más, el comentario que dedica GARCÍA GOYENA al art. 1.765 lo hace en referencia al art. 2039 francés (33). Sin duda la intención es tratar de justificar la sanción contraria del precepto español, tratando ambos de supuestos idénticos.

(29) Tal interpretación es defendida por Díez-PICAZO, *ob. cit.*, pp. 616-617; BENEDITO FRANCÉS Y CÁMARA MINGO, “El convenio en la suspensión de pagos y el art. 1.851 del Código civil”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, pp. 1023 y ss., y “La posición del fiador en caso de suspensión de pagos del afianzado”, *La Ley*, 1985-3, p. 907. Parece compartir esta interpretación DE LA CUESTA RUTE, “Algunos aspectos de la accesoriedad del aval cambiario”, *La Ley*, 1982-1, p. 274.

(30) DELGADO ECHEVARRÍA, *Elementos de Derecho civil*, II-3.º, Barcelona, 1986, p. 528.

(31) *Ob. cit.*, III, p. 153.

(32) *La solidaridad de deudores*, Madrid, 1980, p. 133, nota 30.

(33) *Ob. cit.*, pp. 166-167.

Pues bien, parece claro, por la literalidad del art. 2039 y los estudios doctrinales y jurisprudenciales del mismo, que el régimen legal sólo tiene efectos para la prórroga del término. El supuesto de hecho es el de prórroga para el pago. Queda fuera de su ámbito la prórroga de la relación obligatoria, que se reconduciría al fenómeno de la novación y a la extinción de la fianza por vía accesorio. Pero nunca para estos últimos casos encuentra aplicación el art. 2039 (34). A este respecto, los problemas de aplicación del art. 2039 se ciñen a las modalidades de prórroga para el pago en el ámbito cambiario: la emisión y renovación de letras. En general, se entiende que estas operaciones implican una simple modalidad de pago, no constituyendo novación de la relación. El fiador o avalista podrá ampararse en la facultad que le concede dicho precepto (35).

Este entendimiento del art. 1.851 se percibe también en los comentaristas coetáneos al Código. Algunos hablan exclusivamente de la prórroga otorgada por el acreedor al deudor para el pago (36). Y esta interpretación es recogida por autores posteriores (37) y se mantiene por la doctrina que ha dedicado especial atención a la fianza (38).

(34) Cfr. MALAURIE Y AYNES, *ob. cit.*, pp. 85-86; SIMLER Y DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Paris, 1989, p. 142; AUBRY Y RAU, *ob. cit.*, p. 698. De los discursos que preceden a la aprobación del Código francés se llega a la misma conclusión. La referencia al 2039 siempre es a la prórroga del término para el pago concedida al deudor, *Motifs et discours du Code Civil*, pp. 707 y 718.

(35) Cfr. DELEBECQUE, *ob. cit.*, p. 22 y doctrina y jurisprudencia aquí citada.

(36) Así, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 1899, p. 925; VISO, *Lecciones elementales de Derecho civil*, t. III, Valencia, 1889, pp. 110-111; FALCÓN, *Exposición doctrinal del Derecho civil español*, t. IV, Barcelona, 1893, p. 336; ROMERO GIRÓN, en FALCÓN, *Código civil español*, t. IV, Madrid, 1889, p. 404; OYUELOS, *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil*, t. VII, Madrid, 1932, p. 486; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. III, Madrid, 1937, p. 748.

(37) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, t. XXVIII, Madrid, 1953, p. 685; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, Madrid, 1973, pp. 477 y ss.; ROVIRA MOLA, voz "Fianza", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IX, Barcelona, 1982, p. 707.

(38) GUILARTE, *ob. cit.*, pp. 396-397; CASANOVAS, *ob. cit.*, p. 38; PÉREZ ALVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, pp. 247 y ss.; ALVENTOSA DEL RÍO, *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada, 1988, p. 188; DELGADO ECHEVARRÍA, *ob. cit.*, pp. 527-528.

La posición de la jurisprudencia también ha sido constante, sin distinguir en la aplicación entre prórroga *obligationis* o *solutionis*. Así, se ha dicho que aunque “en la hipótesis de la litis no se trata de una mera prórroga del término *solutionis*, que sería por sí solo bastante para desencadenar el efecto previsto en el art. 1.851...” (T.S. 6 de noviembre de 1981, primera sentencia). O bien que “la sentencia no se apoya en una novación para ordenar extinguida la obligación del fiador, sino en una prórroga incontestada por éste”, por lo que no debe prosperar la alegada “infracción de los arts. 1.851, en relación con el 1.204 del Código civil, ya que no existe novación, sino prórroga, por lo que la norma está bien aplicada” (T.S. 30 de diciembre de 1988). También ha aplicado el art. 1.851 a los supuestos de entrega de letras de cambio, señalando una nueva fecha de vencimiento, en pago de otras que resultaron impagadas (T.S. 23 de febrero de 1962) (39).

Hay dos sentencias en que sí se hace referencia a la novación en relación con el art. 1.851. Sin embargo, en la primera, que es de 22 de noviembre de 1916, se afirma que la prórroga dilatando la exigibilidad de la obligación constituye novación y por tanto, produce la extinción de la fianza, postura que hoy, como ya hemos visto, nadie mantiene. La segunda, de 28 de marzo de 1985, sostiene que la “ratio legis” del art. 1.851 es evitar prórrogas que impliquen novación de las obligaciones. No obstante, se dice esto en una sentencia en que el 1.851 no fue *ratio decidendi*: en el supuesto de que se trató no existe fianza y ni siquiera existe prórroga (40).

(39) En el mismo sentido de las sentencias citadas pueden verse las de 6 julio 1897, 18 junio 1914, 24 junio 1940, 5 febrero 1955, 3 noviembre 1955, 31 enero 1980, 6 noviembre 1981, 1 marzo 1983, 8 octubre 1986.

(40) Los hechos de la sentencia son los siguientes: “CPM” y “RDV” piden un préstamo a un banco para la compra de un terreno que iban a urbanizar. En el concierto del préstamo se acuerda que se constituirá una sociedad para la compra y la urbanización, en la que el banco participará en un 20%. “CPM” y “RDV” figuran simuladamente como fiadores del préstamo concedido a la sociedad, que nunca llegó

Este sector mayoritario de la doctrina y jurisprudencia refuerza su interpretación del art. 1.851 en el fundamento que comúnmente se señala del precepto. La liberación del fiador se produce por el mayor riesgo en la insolvencia del deudor, consecuencia de la modificación del plazo inicialmente pactado. Y de este mayor riesgo se hace responsable el acreedor que convino la prórroga (41). Varían los efectos de la prórroga en relación con los arbitrados por el ordenamiento francés e italiano de 1865, pero se observa que esta modificación de efectos lo que traduce es un sistema distinto de protección del fiador y de distribución de responsabilidades. Por eso no es suficiente advertir que el fiador quedaría cubierto de la sobrevenida insolvencia del deudor a través del art. 1.843. La posición del fiador no queda determinada sólo en la relación fiador-deudor, sino que se hace responsable y así se abre el sistema al acreedor, por los propios actos de éste que causen perjuicio al garante. En este sentido, sería conveniente hacer una lectura conjunta de los artículos 1.851 y 1.852.

Aun compartiendo, en líneas generales, los resultados a los que llega esta posición de la doctrina y jurisprudencia, no pueden obviarse ciertos reparos en su construcción. Es más, la interpretación de la doctrina mayoritaria por sí sola no explica coherentemente el sistema de protección del fiador ante el problema general del tiempo en la fianza. Si el fundamento del art. 1.851 reside en la mayor onerosidad o en impedir la eficacia frente al fiador del convenio de prórroga en el que no intervino, el precepto en sí mismo y aplicado al

a constituirse. Cuando "CPM" en su propio nombre compra los terrenos, se constituye una hipoteca en garantía del préstamo. "CPM" considera que ésta es una prórroga *ex art. 1.851*.

(41) Sobre el particular ver MUCIUS SCAEVOLA, *ob. cit.*, p. 686; MANRESA, *ob. cit.*, pp. 477-478; ROVIRA, *ob. cit.*, p. 707; CASANOVAS, *ob. cit.*, p. 38; GUILARTE, *ob. cit.*, pp. 395-396; DELGADO ECHEVARRÍA, *ob. cit.*, p. 527; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-2.º, Barcelona, 1982, p. 616. Ver, en general, la sentencia de 7 de abril de 1975 y las sentencias allí citadas.

mero aplazamiento para el pago, no tendría razón de ser. Pues,

1.º La mayor onerosidad o el riesgo de empeoramiento de la situación patrimonial del deudor subsiguiente al tiempo inicialmente pactado, son situaciones que ya están previstas por la acción de cobertura del art. 1.843. Y en realidad no se ve cuáles son esas razones de oportunidad para que mediando la simple inactividad del acreedor el fiador deba recurrir al 1.843 y existiendo prórroga expresa se sancione con la extinción. Si ambas situaciones (inactividad y prórroga) producen efectos idénticos de agravación de la onerosidad prevista por el fiador, ¿cómo es posible que el sistema de responsabilidades sea distinto? Me parece que no es suficiente aludir a las razones de oportunidad o a que la protección otorgada por el art. 1.843 es insuficiente para eludir la incoherencia que manifiesta el sistema del Código civil con tal explicación.

88

2.º Claro que para salvar la incoherencia anterior se añade la segunda de las razones expuestas. El art. 1.851 trata de impedir que a través de convenios a los que el fiador es ajeno pueda perjudicarse su situación. Es decir, responde a la idea de que la prórroga es *res inter alios acta* y, en consecuencia, ineficaz frente al garante. Pero, explicado así, el art. 1.851 es una reiteración inútil. El efecto que pretende evitar (modificación de la obligación al margen del fiador) ya está previsto en el art. 1.835,2: “La hecha por éste (transacción) tampoco surte efecto para el fiador contra su voluntad”. Luego la solución lógica, que no se pone en cuestión, es que para los supuestos de prórroga de pago, resultando ésta inoponible al fiador, su protección se recondujera a la acción de cobertura frente al deudor.

Apreciadas estas circunstancias creo que se debería concluir que la tesis de Díez-PICAZO, si se obviarán las casi insuperables objeciones que se han expuesto, es más sostenible. Al menos da una interpretación coherente del sistema del Código y salva sus lagunas. El art. 1.851 sólo contemplaría

aquellas prórrogas que tuvieran efectos novativos sobre la relación obligatoria garantizada. La extinción es una consecuencia lógica del pacto novatorio entre acreedor y deudor (prórroga *obligationis*) sin consentimiento del fiador. El perjuicio causado al fiador en los restantes casos (prórroga del *terminus solutionis*) ya está cubierto por el art. 1.843,4.º El convenio modificando el plazo para el pago es inoponible al fiador y la cobertura del riesgo sobrevenido opera a través de la acción de relevación o prestación de una garantía por el deudor que lo ponga a cubierto. Además, con la solución propuesta se salva la aparente disparidad de regímenes jurídicos otorgados a la prórroga en el ordenamiento español y francés.

La explicación de Díez-PICAZO sería correcta si también lo fuera la premisa de la que parte. Premisa que, por otra parte, tampoco es cuestionada por la doctrina mayoritaria, que defiende la solución contraria y que induce, como se ha visto, a una explicación fragmentaria e incoherente del art. 1.851. La premisa en cuestión consiste en entender que la inoponibilidad de la prórroga al fiador implica que no queda alterado el término de exigibilidad de la obligación afianzada. En palabras de Díez-PICAZO: “no cabe olvidar que el artículo 1.843 permite al fiador la acción llamada de cobertura, que no quedaría impedida por una prórroga no consentida por él” (42). Y este pensamiento (o prejuicio) se sobreentiende y es aceptado implícitamente por la doctrina mayoritaria. Así, se dice que en los casos de prórroga incontestada sería inoportuno obligar al fiador a que tomara la iniciativa de la acción de relevación (43) o este remedio resultaría insuficiente (44).

La premisa de la que se parte me parece que no es exacta. Que la prórroga resulte inoponible al fiador implica que en caso de pago anticipado por éste al acreedor, poste-

(42) *Ob. cit.*, pp. 616-617.

(43) *Cfr.* DELGADO ECHEVARRÍA, *ob. cit.*, p. 527.

(44) *Cfr.* MANRESA, *ob. cit.*, p. 477; MUCIUS SCAEVOLA, *ob. cit.*, pp. 686-687.

riormente al término originario, pero anterior al nuevo plazo convenido, el deudor no pueda excepcionar la acción de regreso con base en el nuevo plazo. Ahora bien, la prórroga, sea consentida o no, aplaza en todo caso el término de exigibilidad de la relación obligatoria afianzada (¿por qué si no el fiador podría oponer la excepción del nuevo término ante una reclamación de pago intempestiva del acreedor?). Pues bien, si esto es así, en el supuesto de prórroga entre acreedor y deudor el fiador quedaría desprovisto de la acción de cobertura del art. 1.843. Lo que señala su número 4.º es que el fiador podrá dirigirse contra el deudor, aun antes de haber pagado, “cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse”; el convenio de prórroga señala un nuevo término de exigibilidad, también en referencia al fiador, por lo que éste no podría ampararse en el 1.843,4.º para cubrir el riesgo sobrevenido, al menos en el plazo originario de la obligación principal. Por lo tanto, la cuestión se resuelve en un problema de coordinación entre los artículos 1.843,4º y 1.851.

Este entendimiento es el que está de fondo en el legislador de 1889 y en sus precedentes doctrinales. Desde aquí se explica coherentemente la distinta protección que dispensa el Código al fiador en los casos de mera inactividad o tolerancia y prórroga. No se trata en la prórroga de pago de una razón de oportunidad o insuficiencia, de una protección reforzada (1.843,4.º y 1.851), sino de que sólo el art. 1.851 encuentra aplicación a tales casos. Otra cosa bien distinta es que se considere oportuno sancionar comportamientos que pueden causar idéntico perjuicio al fiador (pasividad del acreedor/prórroga) con efectos jurídicos dispares (1.843,4.º/1.851). Pero esto ya es una cuestión de *lege ferenda* y no un problema interpretativo del sistema actual.

Esta interpretación del art. 1.851 viene avalada no sólo por razones de coherencia, sino también por importantes argumentos históricos y lógicos. Supongamos, por un momento, que no existiera el art. 1.851. ¿Cuáles serían los medios de

protección del fiador ante una prórroga incontestada? Sólo dos: 1.º oponerla en vía de excepción ante una reclamación intempestiva del acreedor (antes del nuevo plazo convenido), y 2.º pagar al acreedor al término inicialmente pactado y reclamar inmediatamente al deudor, sin que éste pueda oponerle la prórroga (45). Sin embargo, como se ve, esta segunda solución podría agravar más el perjuicio que se trata de evitar y en la práctica, paradójicamente aparecería el fiador más como obligado principal que subsidiario. Y no hay una tercera vía. El fiador no podría acudir a la acción de cobertura del 1.843,4.º, ya que *la deuda no ha llegado a hacerse exigible, por no haber cumplido el plazo*. El problema no es que por la prórroga al fiador se le vincule más allá del término convenido, sino que no tendría remedios jurídicos para eludir la mayor onerosidad sobrevenida y no consentida.

De nuevo hemos de acudir a GARCÍA GOYENA, quien perfectamente intuyó el problema. El art. 1.757,5.º del Proyecto isabelino corresponde al 1.843,4.º actual y dice: “El fiador puede, aun antes de haber pagado, reclamar del deudor que le indemnice o releve de la fianza: ... 5.º Cuando la deuda ha llegado a ser exigible por el vencimiento del plazo, en este caso podrá también requerir al acreedor para que proceda contra el deudor, o contra el mismo fiador, admitiéndole el beneficio de excusión./ Si el acreedor es moroso en proceder después del requerimiento, el fiador no responderá de la insolvencia posterior del deudor”. Si supuestamente bastara en el caso de prórroga de pago el mero requerimiento del fiador al acreedor para que aquél se librara de la insolvencia sobrevenida del deudor, ¿qué sentido tendría el art. 1.765 del Proyecto (idéntico al 1.851 actual)? Y a esta pregunta sólo caben dos respuestas:

(45) Sobre estas mismas bases trabajan los comentaristas del Código francés. Ver PLANIOL Y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, t. XI (trad. por M. Díaz Cruz), La Habana, 1946, pp. 891-892. Esta solución lógica al problema ha sido destacada recientemente por CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992, p. 63.

a) que el supuesto de hecho previsto en el 1.765 fuera una prórroga con efectos novativos y no meramente modificativos del término de exigibilidad. De esta forma, el primer caso de prórroga iría al 1.765 y el segundo al 1.757,5.º;

b) que la prórroga, independientemente de los efectos que tenga y sea consentida o no, impida el ejercicio de la acción de cobertura al fiador, por no darse el supuesto previsto en el 1.757,5.º

La primera de las respuestas, como se recordará, ya ha quedado descartada por el contenido que GARCÍA GOYENA da al concepto de prórroga del art. 1.765. La segunda es la que debe ser acogida. El propio autor en el comentario al art. 1.765 señala: “pero en este caso (prórroga) no podrá proceder contra el acreedor en los términos del citado número 5 del artículo 1.757, puesto que obstaría al acreedor para proceder su mismo pacto o prórroga” (46). El problema, pues, es que en el caso de prórroga la protección del fiador no queda amparada por el 1.757,5.º

92

Esta respuesta se confirma si observamos la práctica unanimidad de la doctrina francesa en el comentario al art. 2039 del *Code* (“La simple prórroga de término concedida al deudor no libera al fiador, quien puede en este caso repetir contra el deudor para obligarle al pago”). Es común señalar que el *Code* contiene dos acciones del fiador contra el deudor con anterioridad al pago. Una es la establecida en el art. 2039 y la otra es para los cinco casos previstos en el art. 2032 (acción de cobertura, correspondiente a nuestro art. 1.843). Hasta el punto de asimilar el art. 2039 a un sexto caso del art. 2032 o un sub-caso del art. 2032,4.º (“Cuando la deuda ha llegado a ser exigible por el vencimiento del término convenido”) (47). Es claro para la doctrina francesa

(46) *Ob. cit.*, IV, p. 167.

(47) Basta ver la sistemática que adopta la reciente doctrina francesa que se ocupa del problema. En este sentido: SIMLER Y DELEBECQUE, *ob. cit.*, pp. 126-127; MALAURIE Y AYNES, *ob. cit.*, pp. 77 y ss.; MARTY, RAYNAUD Y JESTAZ, *Droit civil. Les sûretés, la publicité foncière*, Paris, 1987, pp. 400-401.

que en el caso de prórroga el fiador no se vería amparado por la acción de cobertura, ni siquiera acogiéndose al n.º 4.º del art. 2032, ya que por definición el supuesto de hecho previsto no se da (modificación del término de exigibilidad). Si el art. 2039 se estudia conjuntamente con el 2032 es por la simple razón de que al no prever aquél la extinción para el caso de prórroga, se reconduce su protección a una acción del fiador contra el deudor previa al pago. De no existir el precepto expresamente autorizándola no tendría lugar.

En resumen, no se trata de que para la aplicación del art. 1.851 haya de distinguirse entre prórroga *obligationis* o *terminus solutionis*. En el primer caso, postura defendida por Díez-PICAZO, ya expusimos los importantes argumentos que se le oponen. Se trata de reparar en que los casos de prórroga no encuentran cobertura en el art. 1.843,4.º Cabe precisar más. Si la concesión de prórroga tuviera efectos novativos la extinción de la fianza vendría propiamente por la aplicación del art. 1.847 en relación con el art. 1.207. En sentido estricto, la prórroga prevista en el art. 1.851 es la que implica mero aplazamiento para el pago.

Es cierto que quizá sea excesivo el rigor de la sanción que contiene el precepto, pero no se puede desconocer la coherencia interna a la que responde. En algunos casos, si bien los menos, la prórroga puede ser un mecanismo para salvar una situación transitoria de iliquidez del deudor. Tampoco queda claro por qué se han de otorgar efectos distintos al retraso del acreedor en reclamar el pago y a la prórroga expresamente concedida. En ambos casos, en la práctica, el perjuicio resultante para el fiador es el mismo. Pero esta es una cuestión de *lege ferenda*. Quizá fuera más conveniente ir hacia sistemas de limitación del tiempo en la reclamación, similares a los consagrados en los códigos italiano del 42 y portugués del 66. De esta forma se garantiza que la responsabilidad que el fiador contrae por la fianza no sea indefinida y que puedan modificarse las condiciones iniciales por pactos a los que es ajeno y que pueden perjudicarlo. Ciertamente,

el art. 1.851 responde a estas exigencias, pero lo hace de forma parcial. El problema no es tanto la prórroga, como salvaguardar la posición de garantía que contrae el fiador, necesariamente limitada en cuanto al tiempo.

Si descendemos a un plano práctico, la aplicación del art. 1.851 la vemos más clara. La prórroga puede afectar bien al plazo de vencimiento señalado para el pago, dilatando su exigibilidad, bien a la misma relación obligatoria. En esta segunda hipótesis se puede distinguir: a) los casos en que el señalamiento de un nuevo término tenga efectos novativos, según la intención de las partes; b) supuestos en que la prórroga implique la continuación de la relación obligatoria más allá del tiempo originariamente señalado. Un ejemplo del primer supuesto podría ser el siguiente: vencido el plazo del préstamo y resultando impagado, se conviene entre las partes un nuevo contrato de préstamo que tiene por objeto la obligación del anterior más los intereses devengados, con señalamiento de nuevo plazo. Un ejemplo del segundo sería la prórroga del contrato de arrendamiento o de suministro. Tanto en el caso de que la prórroga suponga un nuevo plazo de exigibilidad como cuando tenga efectos novativos sería de aplicación el art. 1.851. O mejor, en este último supuesto, la fianza se extingue en virtud del art. 1.207, por la remisión implícita que a él hace el art. 1.847. Es decir, el art. 1.851 se aplica a la prórroga concedida por el acreedor al deudor para salvar los casos de descubierto al vencimiento de la obligación principal (48).

El tercer supuesto (prórroga del arrendamiento, suministro) no entra dentro de la *ratio* del art. 1.851. Aquí lo que tenemos es una fianza que subsiste garantizando la obligación inicialmente pactada, y por tanto, no se extenderá a las nuevas deudas que surgen de la prórroga de la relación. En algunos casos esto último puede resultar dudoso, dependiendo de si la prórroga estaba prevista en el contrato y de

(48) Cfr. GUILARTE, *ob. cit.*, p. 397.

la intención de las partes, pero éste es otro problema. Otra cosa es que el arrendador conceda prórroga para el pago de una o varias rentas que han resultado insatisfechas a su vencimiento; en este caso cobra sentido la extinción de la fianza para las deudas prorrogadas, en virtud del art. 1.851. Por esta vía resulta una extinción parcial de la fianza (49).

2.2. Fianza a término y prórroga concedida por el acreedor.

Creo que se puede ver con claridad el supuesto de hecho acogido por el art. 1.851 si tenemos en cuenta un caso particular al que normalmente se le dedica escasa atención. ¿Qué ocurre si la fianza está sometida a término final? Supongamos que el fiador se obliga sólo para un plazo de tiempo, transcurrido el cual la fianza se extingue. Una cláusula de este estilo carecería de sentido si el término de la fianza fuera anterior al vencimiento de la obligación principal. Pero puede ser operativa en el caso contrario. En este supuesto, ¿la prórroga concedida por el acreedor al deudor debe tener el efecto extintivo previsto en el art. 1.851?; o, más bien, hay que entender que el pacto implica una renuncia implícita por parte del fiador a valerse de la prórroga (a los efectos del art. 1.851) durante el tiempo establecido para la existencia de la fianza. Entenderemos mejor el problema si previamente planteamos los diversos modos y efectos que puede tener el factor tiempo en la fianza.

En primer lugar, están los casos en que el plazo estipulado resulta de un convenio entre deudor y fiador. El acreedor no queda vinculado y por tanto, la responsabilidad del

(49) Supuesto similar es el contenido en la sentencia de 23 febrero 1962: en pago de una operación el deudor acepta varias letras de cambio que son firmadas por dos avalistas; habiéndose concedido prórroga por el acreedor a la segunda de las letras el TS declara extinguido el aval que figuraba en éstas. Se puede ver también la sentencia de 1 marzo 1983: una venta a plazos es garantizada con fianza solidaria; resultando vencidos e insatisfechos algunos de los plazos el vendedor acepta un talón del comprador. El TS considera que la entrega del talón es una prórroga implícita y declara extinguida la fianza en relación a los plazos prorrogados.

fiador subsistirá al margen del término pactado. La eficacia jurídica de tales convenios sólo se despliega frente al deudor y se subsume dentro del supuesto previsto en el n.º 3.º del art. 1.843: relevación de la fianza (“Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, y este plazo ha vencido”). Ahora bien, la prórroga concedida por el acreedor al deudor sin consentimiento del fiador tendrá el efecto extintivo del art. 1.851. Ambos plazos (prórroga/relevación) son distintos y con efectos diferentes. La obligación del fiador viene determinada *per relationem* a la obligación principal. Toda modificación de esta última implica también un evento modificativo de la fianza. A esta mayor onerosidad sobrevenida es a la que el art. 1.851 atribuye el efecto extintivo. Es, por lo tanto, una medida de protección del interés del fiador.

96

En segundo lugar, están los casos en que el plazo vincula también al acreedor. El término así establecido puede cumplir dos funciones. De un lado, ser un término de cumplimiento. El término de cumplimiento señala el tiempo en que la obligación es exigible frente al fiador. No puede ser anterior al vencimiento de la obligación principal; cuando lo fuera, se reduciría esta mayor onerosidad para el fiador al mismo tiempo del obligado principal (*cfr.* art. 1.826). No cabe duda tampoco que en estos casos la prórroga de pago concedida al deudor extingue la fianza. El razonamiento debe ser el mismo que el explicado anteriormente.

De otro lado, puede tratarse de un término final. Este, bien puede referirse a la extensión de la obligación principal afianzada, bien a la limitación temporal de la existencia de la garantía. Normalmente cumple la primera función cuando se afianza una deuda futura e indeterminada (*cfr.* art. 1.825, *v. gr.*, se afianzan los créditos que un determinado banco pueda conceder a un sujeto en un período de tiempo) o cuando la fianza tiene por objeto un contrato de tracto sucesivo o con prestaciones periódicas y se señala un término final menor al de la duración del contrato (*v. gr.*, se afianzan los sumi-

nistros del primer año o las rentas de los seis primeros meses). Como anteriormente señalábamos, en este caso lo que cae bajo el ámbito del art. 1.851 son las prórrogas de pago de las singulares deudas surgidas del contrato. Sin embargo, si el término final hace referencia a una obligación existente y determinada al tiempo de contraer la fianza, su efecto es limitar el tiempo de duración de la propia garantía. Este es el caso problemático.

Hay algunas manifestaciones normativas de la eficacia del término final. Así han de ser vistos el parágrafo 777 del BGB y el párrafo 2.º del art. 1957 del Código italiano. Según el primero, cuando se ha afianzado una obligación existente por un tiempo determinado, el fiador queda liberado si transcurrido, el acreedor no procede inmediatamente contra el deudor, no prosigue el procedimiento diligentemente y una vez finalizado éste, no comunica al fiador que se va a dirigir contra él; si el fiador no tuviera el beneficio de excusión, esta notificación ha de hacérsela inmediatamente al transcurso del término (50). Según el segundo, si el fiador ha limitado la fianza al mismo término de la obligación principal, queda liberado si en los dos meses siguientes al vencimiento de esta última no ejercita su acción contra el deudor y no la continúa con diligencia (51).

97

(50) Parágrafo 777: "Si el fiador ha afianzado una obligación existente por un tiempo determinado, queda libre después del transcurso de dicho tiempo si el acreedor no realiza inmediatamente el cobro del crédito de conformidad con el parágrafo 772, si no prosigue el procedimiento sin tardanza notable y si, inmediatamente después de la terminación del procedimiento no notifica al fiador que se va a dirigir contra él. Si no corresponde al fiador la excepción de excusión, queda libre después del transcurso del tiempo determinado si el acreedor no le hace inmediatamente esta notificación.

Si la notificación se realiza en tiempo oportuno, la responsabilidad del fiador se limita en el caso del parágrafo 1.º, inciso 1.º, al ámbito que tiene la obligación principal al tiempo de la terminación del procedimiento, en el caso del parágrafo 1.º, inciso 2.º, al ámbito que tiene la obligación principal al transcurrir el tiempo determinado".

(51) Art. 1957: "El fiador queda obligado aun después del vencimiento de la obligación principal, siempre que el acreedor, dentro de los seis meses haya propuesto sus acciones contra el deudor y las haya continuado con diligencia.

La disposición se aplica también al caso en que el fiador haya limitado expresamente su fianza al mismo término de la obligación principal.

Sin embargo, me parece que las dos normas obedecen a intereses distintos. El art. 1957,2 se inscribe en un sistema general de protección del fiador. Se intenta evitar que el fiador no permanezca vinculado de forma más o menos indefinida a la fianza y a voluntad del acreedor. Por eso, el art. 1957,1 impone la carga al acreedor de accionar contra el deudor dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la obligación para que no se extinga la fianza; si ésta ha quedado limitada al término de la obligación principal el tiempo se reduce a dos meses. Obsérvese que en este último caso, de operar el término automáticamente la garantía prestada carecería prácticamente de eficacia. Con el tiempo de dos meses se concilian el interés del fiador con el del acreedor, de que la garantía no quede en la práctica inútil (52). Por contra, el parágrafo 777 del BGB es una norma de preferencia por la posición del acreedor. Se ve con claridad si se hace una lectura negativa de la misma: a pesar del término final subsistirá la fianza si el acreedor, transcurrido el tiempo, procede o notifica inmediatamente según lo previsto en el precepto.

A falta de norma expresa en nuestro Código civil las cosas deben discurrir como sigue: 1.º el acreedor ha de recla-

En este caso, sin embargo, la acción contra el deudor debe proponerse dentro de los dos meses.

La acción propuesta contra el deudor principal interrumpe la prescripción también respecto al fiador".

(52) Los precedentes del art. 1957 son los arts. 1930 y 1931 del Código italiano de 1865. Según el primero, "La simple prórroga de término concedida al deudor por el acreedor no libera al fiador, quien puede en este caso repetir contra el deudor para obligarle al pago"; el segundo señala que "El fiador que haya limitado su fianza a los términos acordados respecto del deudor principal, quedará obligado, aún más allá de este término y por todo el tiempo necesario, para apremiarle al pago, siempre que, en los dos meses siguientes al vencimiento del término, haya incoado y seguido con actividad sus reclamaciones". Con este sistema no se evita la concesión de prórrogas. Pero se faculta al fiador para impedir que la prórroga pueda tener eficacia (obligando al pago al deudor) y en el supuesto concreto del art. 1931, se limita la vinculación del fiador a la fianza, al margen del comportamiento observado por el acreedor (inactividad o concesión de prórroga). El art. 1957 sustituye este sistema de protección por unos plazos preclusivos de actuación del acreedor, que limitan la propia existencia de la fianza. Las prórrogas son absolutamente irrelevantes porque en ningún caso pueden alterar los plazos prescritos (Cfr. FRAGALI, *ob. cit.*, pp. 500-502).

mar el pago al fiador antes del vencimiento del término; si éste opone el beneficio de excusión, el acreedor podrá dirigirse contra él (aun después del término señalado) una vez realizados los bienes del deudor y por lo que reste de deuda; 2.º si el fiador es solidario, en todo caso ha de reclamársele el cumplimiento con anterioridad al término (53).

Me parece que planteada así la cuestión creo que se ve que el término final tiene por efecto, en cualquier caso, limitar temporalmente la responsabilidad del fiador. Entonces, podría pensarse que cualquier prórroga concedida por el acreedor al deudor es irrelevante para el fiador, siempre que no aplase el pago más allá de los límites del término pactado. El término final impide que la eficacia de la fianza en cuanto al tiempo quede en manos del acreedor, concediendo prórrogas o simplemente no actuando frente al deudor al vencimiento. En consecuencia, la causa extintiva prevista en el art. 1.851 quedaría modificada por el señalamiento de un término final, que indirectamente consigue el fin perseguido por el propio precepto.

99

No se puede dar una respuesta general al problema. Ciertamente, puede haber casos que según lo convenido haya de concluirse que el término final implica una renuncia del fiador a valerse del efecto extintivo del art. 1.851 frente a las prórrogas del acreedor que no hayan sido consentidas. Sin embargo, si de la interpretación del contrato no puede extraerse esta conclusión, la solución debe ser la contraria. El señalamiento de término no puede eludir la aplicación del art. 1.851. La razón descansa básicamente en la distinta finalidad que persiguen el término final y el art. 1.851. Que se limite la vinculación temporal del fiador como garante, no quiere decir que éste asuma las modificaciones sobrevenidas de la relación obligatoria garantizada o renuncie a los medios

(53) Esta es la solución adoptada para el Derecho español por PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, anotaciones a ENNECERUS, KIPP Y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, t. II-2.º, v. 2.º, Barcelona, 1966, p. 840.

de defensa previstos para evitar la ampliación del riesgo o la mayor onerosidad. Entenderlo de otra forma es confundir el fundamento del art. 1.851 y romper la coherencia interna de este artículo con el art. 1.843,4.º

No cabe duda de que aun sometida la fianza a término el fiador podrá dirigirse contra el deudor para que lo releve o le dé garantía, si llegado el vencimiento de la obligación éste no cumple. ¿Qué razón de ser tendría la facultad de relevación ante el término final de la fianza? La razón es clara: ambos instrumentos protegen intereses distintos del fiador. El art. 1.843,4.º es un medio de tutela preventiva o cautelar ante el riesgo inminente de que el pago deba ser realizado por el fiador. Si se otorga prórroga, ¿qué medios tiene el fiador para evitar el mayor riesgo sobrevenido? Ya hemos argumentado que el supuesto no es subsumible en el art. 1.843,4.º La sanción para el caso es el art. 1.851. No porque éste suponga una protección reforzada en relación con el art. 1.843,4.º, sino porque es el mecanismo que dispone el Código para evitar que la posición del fiador pueda ser perjudicada por un aplazamiento de pago no consentido. El término final impide que el acreedor pueda dirigirse contra el fiador más allá del tiempo pactado, pero no procura medios para que el fiador pueda prevenir su posición frente a las alteraciones convencionales del término de la obligación garantizada, que siempre le perjudican. El art. 1.851 juega en todo caso, salvo que otra cosa haya de deducirse del tenor literal del contrato de fianza (renuncia a valerse de la prórroga) (54).

(54) La postura que aquí se defiende se ve con claridad en ordenamientos que no sancionan la prórroga con la extinción. Por ejemplo, en el Derecho francés parece evidente que el señalamiento de un término final no impediría al fiador que ejercitara la acción prevista en el art. 2039 ante la prórroga de término del acreedor. Se concede una acción al fiador, independientemente de su utilidad o eficacia, para que éste pueda salvaguardarse del riesgo sobrevenido por el aplazamiento de pago. Otra cosa es que además el fiador haya limitado temporalmente su obligación de responder ante el incumplimiento del deudor.

2.3. La fianza solidaria y el art. 1.851.

Sorprende la escasa preocupación que ha suscitado, en general, la aplicación del art. 1.851 a los casos de fianza solidaria. Al menos, a primera vista, hay datos para mantener una duda razonable sobre tal extremo. En primer lugar, la referencia expresa del art. 1.852 a la fianza solidaria puede justificar la pregunta de si también ocurrirá lo mismo para el art. 1.851. Ambos preceptos implican la pérdida de acción del acreedor contra el fiador; los dos deducen la extinción de la fianza de un comportamiento propio del acreedor. Por tanto, si se hace referencia expresa en el art. 1.852 y no en el art. 1.851, ¿no obedecerá a que el segundo no se aplica a la fianza solidaria? Es cierto que podría contraargumentarse que si se hace referencia expresa a la solidaridad es para advertir que por tal circunstancia la fianza no pierde su nota esencial de garantía (55). Pero, la duda queda ahí.

101

En segundo lugar no se puede olvidar la polémica aún subsistente entre nosotros a propósito de la configuración y régimen jurídico aplicable a la fianza solidaria. Cuando se señala que el régimen jurídico aplicable a la relación externa (acreedor-fiador) es el de las obligaciones solidarias o bien que se han de aplicar estas reglas a toda la relación de la fianza solidaria excepto para el derecho de reembolso que corresponde al fiador, o, por fin, se remite íntegramente la regulación de la fianza solidaria a los arts. 1.137 y ss., con aplicación también para el caso del art. 1.852, coherentemente habría de pensarse que se excluye el art. 1.851 (56).

Estas circunstancias hacen dudosa la cuestión. Se puede traer aquí, también, la polémica en la doctrina francesa a propósito de la oponibilidad de la prórroga por el fiador al

(55) Cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, *ob. cit.*, p. 536.

(56) Una buena exposición sobre las posiciones doctrinales y la tendencia jurisprudencial que se han mantenido al respecto puede verse en PÉREZ ALVAREZ, *ob. cit.*, pp. 98-102.

acreedor en la fianza solidaria (57). Quizá la aplicación constante y sin quiebras que ha hecho el Tribunal Supremo del

(57) El problema se plantea de forma indirecta: si el fiador solidario puede oponer al acreedor la prórroga que éste ha concedido al deudor. El origen del problema estriba, al igual que en España, en la eficacia que haya de darse a la remisión que efectúa el art. 2021 francés *in fine* a la solidaridad ("El fiador no está obligado a pagar al acreedor, sino cuando no lo haya hecho el deudor principal, respecto del cual proceda la excusión previa, a no ser que el fiador haya renunciado a este beneficio o se haya obligado solidariamente con el deudor; en cuyo caso, el efecto de su obligación se regulará por los mismos principios establecidos para las deudas solidarias"). Con la particularidad, a diferencia del Código español, que el art. 2021 encabeza la sección dedicada a las relaciones entre acreedor y fiador (igual sistemática sigue el Código italiano de 1865 en su art. 1907).

La respuesta discurrirá según se entienda el régimen jurídico aplicable a la fianza solidaria: solidaridad de deudores o fianza. Con una particularidad bien notable de estos ordenamientos respecto al español en el caso concreto: los efectos jurídicos serán distintos según se aplique un régimen u otro. En España el problema quizá no llega a plantearse por la aplicación del art. 1.851. Pero, aun admitiendo supuestos de prórroga que no produzcan la extinción, en todo caso el fiador estará amparado por la oponibilidad frente al acreedor, bien se entienda aplicable el régimen de excepciones del deudor solidario (art. 1.148: "De las que personalmente correspondan a los demás deudores sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueran responsables"), bien el de la fianza (art. 1853, descartada que la prórroga pueda considerarse como excepción puramente personal). Sin embargo, en Francia las excepciones oponibles por el deudor solidario quedan fijadas en el art. 1208 del *Code*, que excluye en su segundo párrafo que puedan oponerse las personales de los otros codeudores (1. "El deudor solidario apremiado por el acreedor, puede oponer todas las excepciones que le sean personales y también las que son comunes a los demás codeudores. 2. No puede oponer las excepciones que únicamente sean personales a alguno de los otros codeudores". Igual sanción contenía el art. 1193 del *Codice* de 1865). De otro lado, no se entendía que la prórroga entrara en el concepto de "puramente personal", señalado por el art. 2036 del *Code*, para las excepciones oponibles por el fiador; de ahí que pudiera ser opuesta por éste último frente a la reclamación del acreedor. Por eso, cierto sector doctrinal nada despreciable negó la oponibilidad de la prórroga de término al acreedor en la fianza solidaria (así: BEUDANT, *ob. cit.*, pp. 135-137; PLANIOL, RIPERT Y SAVATIER, *ob. cit.*, n.º 1539. Mantiene en la actualidad esta posición MAZEAUD, RANOUIL Y CHABAS, *ob. cit.*, p. 58).

El problema en la actualidad se encuentra superado. La doctrina francesa más autorizada en el estudio de la fianza aplica el art. 2039 en toda su amplitud, también la oponibilidad de la prórroga, tanto a la fianza con beneficio de excusión como a la solidaria (MALAURIE Y AYNES, *ob. cit.*, p. 72; SIMLER Y DELEBECQUE, *ob. cit.*, p. 91; MARTY, RAYNAUD Y JESTAZ, *ob. cit.*, pp. 373 y 394-395).

Similar discusión ha tenido lugar en Italia respecto a la coordinación entre el art. 1957 y la fianza solidaria. Salvo precisas excepciones (entiende que la norma es aplicable sólo a la fianza con beneficio de excusión BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, Camerino, 1980, pp. 164 y ss.), la postura dominante, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es su aplicación también a la fianza solidaria. Los

art. 1.851 indistintamente a la fianza con beneficio de excusión y a la solidaria, justifique que no haya brotado la discusión en la doctrina. Comparto esta línea jurisprudencial y creo que hay argumentos suficientemente sólidos que la refrendan.

Como se ha advertido, la aplicación o no del art. 1.851 depende de la contestación de la pregunta previa: régimen general aplicable a la fianza solidaria. Los efectos son de importancia: a) si se entiende que ha de venir regulada básicamente por las reglas de las obligaciones solidarias, la prórroga quedará subsumida en el art. 1.148, de donde el fiador sólo estaría facultado para oponerla como excepción frente al acreedor (aquellos que entiendan que la prórroga a la que alude el art. 1.851 es la que tiene efectos novativos de la relación obligatoria, aplicarán, en su caso, el art. 1.143 y por tanto se extinguiría la fianza solidaria); b) en caso contrario,

103

argumentos aportados por la jurisprudencia en este sentido han sido: a) formulación literal del precepto, b) la sección en la que se encuentra se titula "De la extinción de la fianza", sin distinguir, y c) la razón de la extinción queda determinada por impedir la incertidumbre sobre la obligación del fiador (*Cfr. Bozzi, ob. cit.*, p. 272). No hay que olvidar que, al contrario de lo que sucede en el Derecho español, la fianza se entiende solidaria salvo pacto expreso en contrario (*Cfr. 1.944,1 y 2*).

Debajo de este problema lo que está latiendo es la cuestión de la legitimación pasiva: pese a la dicción literal del precepto, que exige demandar al deudor, se pregunta si esto ha de ser así también en el caso de fianza solidaria. La coordinación del art. 1957 con la fianza con beneficio de excusión es relativamente sencilla. Frente a la acción propuesta contra el fiador, éste podría oponer el beneficio y remitir en última instancia contra el deudor. No así en la fianza solidaria. Ciertamente un sector cualificado de la doctrina exige accionar contra el deudor en el plazo previsto: el acreedor puede dirigirse indistintamente contra el deudor o el fiador, pero la sola acción contra este último no impide la extinción de la fianza si no se dirige contra el deudor y prosigue su actuación con diligencia en el plazo señalado; no es que se cree legalmente el beneficio de excusión, ni que pierda funcionalidad la solidaridad en la fianza, sino que se supedita la existencia temporal de la garantía a una carga de diligencia del acreedor (así, BARBERO, *Sistema de Derecho privado*, IV, *Contratos* [trad. por S. Sentís Melendo de *Sistema del Diritto privato italiano*, Torino, 1962], Bs. As., 1967, pp. 529-530; FRAGALI, *ob. cit.*, p. 495; también, Corte de Casación 17 junio 1974). No obstante, la doctrina y jurisprudencia más reciente entiende que basta la interposición de la acción judicial en el plazo previsto contra el fiador, sin que por ello se vulnere la *ratio* del art. 1957 (*Cfr. RAVAZZONI, La fideiussione*, pp. 57-58; GALGANO, *ob. cit.*, p. 415; BOZZI, *ob. cit.*, p. 272; Corte de Casación 26 junio 1973, 13 septiembre 1977, 25 octubre 1979, 16 marzo 1981, 11 enero 1983, 19 diciembre 1985).

aplicación básicamente de las reglas de la fianza, la prórroga tendría por efecto la extinción. Aún cabría una tercera posibilidad: PUIG FERRIOL y LACRUZ (58) han mantenido que el art. 1.143 se aplica tanto a la novación extintiva como a la modificativa, por tanto, la prórroga de cualquier clase que fuere, extinguiría la fianza. No me voy a detener en esta última posición, que ya ha sido, a mi entender, suficientemente rebatida (59).

Considero decisiva para abordar el problema planteado la interpretación histórica que elabora PÉREZ ALVAREZ del párrafo 2.º del art. 1.822. Este párrafo procede del Proyecto de 1851, que en su art. 1.733,2 remitía para la fianza solidaria a la regulación que se establecía de las obligaciones solidarias en la sección correspondiente. Ahora bien, esta sección estaba dividida en tres párrafos, dedicados el primero de ellos a las disposiciones comunes, el segundo a la solidaridad activa y el tercero a la solidaridad pasiva. De ahí que la remisión haya de entenderse a las disposiciones comunes, excluyendo los otros dos párrafos. Hecho que se constata de los comentarios de GARCÍA GOYENA al art. 1.733, poniendo el acento en la exclusión de los beneficios de excusión y división. La intención de la remisión no es otra que destacar la estructura de pluralidad de deudas, la facultad del acreedor de dirigirse a cualquiera de los obligados y la extinción de

(58) PUIG FERRIOL, "Régimen jurídico de la solidaridad de deudores", *Libro homenaje a Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, p. 467; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, Barcelona, 1985, p. 62.

(59) En este sentido, puede verse CAFFARENA, *ob. cit.*, pp. 166-169. El principal argumento que se da para defender que el art. 1.143 afecta tanto a la novación extintiva como a la modificativa es que el art. 1.137 exige la unidad e identidad de la prestación en la solidaridad pasiva. Ahora bien, este requisito no queda alterado por las modificaciones de los elementos subjetivos de la relación obligatoria solidaria. Respecto a las modificaciones objetivas, el requisito de la identidad no se puede interpretar de modo riguroso, dada la dicción del art. 1.140. En realidad, el establecimiento de distintos tiempos en el cumplimiento de la prestación para los deudores solidarios, da lugar al juego de las excepciones personales vía art. 1.148. Estas son oponibles por los restantes deudores en la parte correspondiente al deudor que la pactó.

la obligación por cumplimiento de uno de los deudores (60).

Esta ordenación interna en párrafos de la sección dedicada a las obligaciones solidarias desaparece en el Anteproyecto 1885-1888 (arts. 1.154-1.165) y en el vigente Código civil. Esta circunstancia es la que origina la duda sobre el alcance de la remisión. “Así pues, la fianza solidaria es una garantía personal que, en cuanto fianza, se regula por las normas ubicadas en el título XIV del libro IV del Código civil. Más, en cuanto que solidaria, también conlleva la aplicación de la consecuencia básica de la solidaridad *ex* artículos 1.137 y 1.144 y, por tanto, la exclusión de las reglas que en el referido título XIV, libro IV, atañen al beneficio de orden” (61).

A este argumento, basado en los precedentes, para delimitar el régimen aplicable a la fianza solidaria, cabe añadir otros de orden lógico o conceptual. Deudor y fiador solidario son dos posiciones jurídicas teóricamente bien diferenciadas. La solidaridad cumple, en general, una función de garantía. Sin embargo, el deudor solidario es obligado principal, mientras que el fiador cuando cumple, cumple por otro, como obligado subsidiario. La obligación del fiador, dice GUILARTE, es de “grado distinto y posterior” a la del deudor principal; su ejecución implica siempre un previo incumplimiento (62). Otra cosa es que el acreedor pueda dirigirse directamente contra el fiador solidario, pero esta circunstancia no prejuzga las diversas posiciones de los sujetos en la figura genérica de la solidaridad pasiva. Aun no admitiendo la subsidiariedad como nota extensible a la fianza solidaria, de lo que no hay duda es que las facultades que se conceden para influir sobre la relación obligatoria al deudor y al fiador solidario son dis-

(60) PÉREZ ALVAREZ, *ob. cit.*, pp. 117-122; en el mismo sentido, DELGADO ECHEVARRÍA, *ob. cit.*, p. 535.

(61) PÉREZ ALVAREZ, *ob. cit.*, p. 121; también, GUILARTE, *ob. cit.*, p. 38.

(62) *Ob. cit.*, p. 24; ver, también, DELGADO ECHEVARRÍA, *ob. cit.*, p. 503; CASANOVAS, *ob. cit.*, pp. 16-17; GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial*, Madrid, 1968, pp. 445-446.

tintas (63). Por ejemplo, el *pactum de non petendo* sólo aprovecha al deudor solidario con quien ha sido convenido por el acreedor, mientras que sería oponible por el fiador solidario (64). El que asuma la estructura de la solidaridad no puede implicar que decaiga el carácter de garante del fiador. De donde se desprende que básicamente sean de aplicación las reglas de la fianza.

Aún cabría añadir, con DELGADO ECHEVERRÍA, que “Por el portillo aparentemente mínimo del art. 1.852 se introduce en realidad toda la disciplina de la fianza” (65). La pérdida de acción del acreedor contra el fiador establecida en el art. 1.852, implica el previo reconocimiento del fiador solidario esencialmente como garante. Por eso se responsabiliza al acreedor de la imposibilidad de subrogación “en los derechos, hipotecas y privilegios”.

106

Bajemos ahora en concreto al art. 1.851. Este precepto evita el perjuicio que sufriría el fiador por una prolongación en el plazo de exigibilidad de la obligación principal. Perjuicio que se traduce en la ampliación del ámbito de responsabilidad, modificando lo originariamente pactado, o si se prefiere, en el “mayor riesgo de tener que soportar la insolvencia del deudor” (66). Y esto repercute tanto en el fiador con beneficio de excusión como en el solidario, por su común posición de garantes de la obligación principal. De ahí que no haya dudas sobre la aplicación del art. 1.851 a la fianza solidaria.

(63) Cfr. CAFFARENA, *ob. cit.*, p. 137.

(64) Cfr. GUILARTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirig. por M. Albaladejo, t. XV-2.º, Madrid, 1983, p. 379; CAFFARENA, *ob. cit.*, pp. 311-312.

(65) *Ob. cit.*, p. 536.

(66) CASANOVAS, *ob. cit.*, p. 38.

III. Problemas que plantea la aplicación del precepto

El Tribunal Supremo ha exigido para la aplicación del 1.851 los siguientes requisitos: "A) Que la deuda garantizada sea líquida y exigible y no se refiera a operaciones futuras que produzcan indeterminación respecto a su cuantía y plazo de vencimiento, para evitar que de otra forma entre en juego lo dispuesto en el art. 1.825 del mencionado Cuerpo legal —SS. de 13 diciembre 1934 (R. 2.181), 17 febrero 1962 (R. 1.094) y 23 mayo 1973 (R. 3.777)—, B) Que dicho plazo se haya prorrogado voluntariamente —S. de 5 febrero 1955 (R. 731)-; y C) Que el fiador no haya prestado su consentimiento a dicha prórroga —S. de 6 octubre 1908—, por lo que carece de acción para invocar el precepto mencionado quien la propuso —S. de 2 junio 1909—, o quien hizo gestiones para su concesión consintiendo de modo más o menos explícito, pero cierto —S. de 2 julio 1917—" (T.S. 7 abril 1975).

107

Vamos a tratar a continuación los problemas más importantes que plantea la aplicación del art. 1.851. Para ello seguiremos la exposición de los requisitos señalados por el T.S. y agruparemos dichos problemas en dos categorías: los que afectan a la concesión de la prórroga y los que tienen relación con el consentimiento prestado por el fiador.

3.1. Concesión de la prórroga.

a) *Existencia de prórroga y momento de su concesión.*

Por prórroga hemos de entender el señalamiento de un nuevo plazo para el pago, de tal forma que quede impedida la acción del acreedor contra el deudor hasta el vencimiento del nuevo término (67). Así, la jurisprudencia se ha referido a esta situación entendiéndola como la suspensión obligada, no meramente pasiva, del acreedor para reclamar el pago al

(67) Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *ob. cit.*, p. 687.

deudor o todo acto o comportamiento por parte del acreedor que suponga la prolongación de la exigibilidad de la obligación (SS. 22 marzo 1901, 6 octubre 1908, 22 noviembre 1916, 31 enero 1980, 1 marzo 1983). Esta concepción de la prórroga como aplazamiento para el pago, confirma la tesis antes expuesta de que en rigor el art. 1.851 se aplica *strictu sensu* a la prórroga del *terminus solutionis*, debiendo ser reconducidos al art. 1.207 aquellos casos en que la prórroga tenga efectos novativos sobre la obligación principal. Esta circunstancia ya ha sido reconocida por el T.S. en las sentencias de 6 de noviembre de 1981 (primera sentencia) y 11 de noviembre de 1981.

La prórroga debe tener carácter expreso o al menos deducirse de actos inequívocos que determinen el aplazamiento en la exigibilidad (S. 6 noviembre 1981). Ahora bien, el carácter expreso no lleva consigo, como se ha señalado (68), la necesidad de su constancia documental. Lo que debe existir es una voluntad determinante al efecto de conceder aplazamiento para el pago. A lo que se opone el carácter expreso es a llegar a afirmar el aplazamiento por meras presunciones. La voluntad presunta no sería suficiente para la aplicación del art. 1.851. Existirá prórroga cuando a través del comportamiento del acreedor se revele no sólo su voluntad de no reclamar, sino que está impedido para reclamar hasta transcurrido un término determinado (así, la aceptación en pago de un talón bancario o una letra de cambio, SS. 18 junio 1914, 23 febrero 1962, 1 marzo 1983). De ahí que se mantenga constantemente por la doctrina y la jurisprudencia que la mera tolerancia del acreedor o su retraso para exigir el pago nunca pueden ser hechos constitutivos de concesión de prórroga (SS. 22 marzo 1901, 18 junio 1914, 24 junio 1940, 3 noviembre 1955, 31 enero 1980, 6 noviembre 1981, 11 noviembre 1981, 10 abril 1987) (69).

(68) GUILARTE, *ob. cit.*, p. 399.

(69) Cfr. MANRESA, *ob. cit.*, pp. 480-482; PÉREZ ALVAREZ, *ob. cit.*, p. 428; GUILARTE, *ob. cit.*, p. 399.

Este último supuesto (mera tolerancia, no reclamación) deja en claro la distinta protección que dispensa el Código al fiador. Si se afirma como fundamento del art. 1.851 la limitación de la responsabilidad del fiador en los términos originariamente pactados, esta ampliación de responsabilidad puede venir tanto por vía activa (concesión de prórroga) como por vía pasiva (no reclamación). Además, se ha de tener en cuenta que tal y como está redactado el precepto y la interpretación que se hace del mismo, es muy vulnerable a comportamientos fraudulentos entre acreedor y deudor; sería prácticamente imposible controlar los casos de pactos secretos entre acreedor y deudor y los retrasos en la reclamación que encubran verdaderas prórrogas. En la práctica los efectos perjudiciales que de una actuación irregular o no diligente del acreedor puedan resultar para el fiador son los mismos, venga provocado este comportamiento por simple pasividad o por la eficacia de la prórroga concedida. Y no se puede decir que los casos de tardía reclamación ya están cubiertos por el art. 1.843,4.º. El interés del fiador no sólo se centra en obtener la relevación o garantía suficiente ante el riesgo de que se le reclame el pago, sino también en no quedar vinculado a la garantía, se puede afirmar, a discreción del acreedor. Ni tampoco esgrimir como medio protector del fiador el pago directo por éste al acreedor llegado el vencimiento, para reclamar inmediatamente en regreso contra el deudor. Dada su posición subsidiaria en la relación no corresponde a él la iniciativa. Por eso sería aconsejable avanzar hacia un sistema de limitación temporal en el ejercicio de la acción por parte del acreedor. Señalar un plazo razonable para la acción del acreedor una vez vencida la obligación principal. De manera que no ejercitada la acción en el plazo previsto quedara libre el fiador (sistemas italiano y portugués).

La no reclamación tampoco puede encuadrarse en el supuesto de hecho del art. 1.852. Aunque después de vencida la obligación y antes de la reclamación del acreedor el deudor resultara insolvente el fiador no se puede amparar, para

entenderse liberado, en la pérdida del beneficio de subrogación. No se puede asimilar la insolvencia patrimonial a la imposibilidad de subrogación por el comportamiento del acreedor. Otra cosa distinta sería si la no reclamación del acreedor implicara implícitamente la renuncia a algún derecho para dirigirse con preferencia contra el patrimonio del deudor. Pero entonces, la aplicación del art. 1.852 no derivaría de la no reclamación, sino de la efectiva renuncia o pérdida del privilegio (problemas de este tipo se han planteado, entre otras, en las SS. de 1 marzo 1983 y 30 diciembre 1988. El caso de esta última es el siguiente: “A” compra a “B” una participación social en una empresa y la operación es afianzada solidariamente por “C”; insatisfecha la deuda, “A” y “B” la renegocian estableciendo un nuevo plazo para el pago y la cancelación de “B” de algunos embargos que tenía promovidos contra “A”. El T.S. declara extinguida la fianza en aplicación de los arts. 1.851 y 1.852) (70).

Se ha planteado el problema del momento en que ha de

(70) Este problema de coordinación entre los arts. 1.851 y 1.852 también se ha planteado en Francia e Italia. Es decir, si la prórroga. (hay que tener en cuenta que según los códigos francés —art. 2039— e italiano —art. 1957— la prórroga no produce la extinción) o en su caso, la mera tolerancia del acreedor, podría reconducirse a la pérdida de un derecho preferencial para el fiador en subrogación (arts. 2037 francés y 1955 italiano, de similar redacción a nuestro art. 1.852), cuando con posterioridad al vencimiento de la obligación el deudor resultara insolvente, produciéndose, en consecuencia, la liberación del fiador. La respuesta en ambos países, casi con unanimidad, ha sido negativa. Así se argumenta en Francia: 1.º el art. 2037 está construido sobre la idea de que el acreedor tenga una situación de ventaja mayor que la que meramente le proporciona el dirigirse contra el patrimonio del deudor como todo acreedor; 2.º no se puede equiparar la disminución patrimonial que sufre el deudor durante la prórroga o la inactividad a la pérdida de preferencia que se tuviera sobre el patrimonio, y 3.º el art. 2039 autoriza al acreedor para la concesión de prórrogas. Se deja a salvo aquel supuesto en que la concesión de prórroga implique pérdida de un derecho; pero en este caso, la aplicación del art. 2037 no proviene del aplazamiento sino de la imposibilidad de subrogarse en el derecho en perjuicio del fiador (sobre el particular puede verse: BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, p. 786; AUBRY Y RAU, *ob. cit.*, p. 698; SAVATIER, *ob. cit.*, p. 464; MAZEAUD, RANOUIL Y CHABAS, *ob. cit.*, p. 40; DELEBECQUE, *ob. cit.*, pp. 14-15; MALAURIE Y AYNES, *ob. cit.*, p. 105; jurisprudencia del Tribunal de Casación francés en sentencias de 16 febrero 1970 y 3 diciembre 1974. Para Italia, en el mismo sentido: anteriores al Código de 1942, CICCAGLIONE, *ob. cit.*, p. 649; CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902, p. 611; posteriores, FRAGALI, *ob. cit.*, pp. 469-470; BISCONTINI, *ob. cit.*, p. 1590).

concederse la prórroga para que ésta tenga una eficacia extintiva según lo previsto en el art. 1.851. Afirma GUILARTE (71) y lo mismo parece desprenderse de la jurisprudencia al enumerar entre los requisitos del art. 1.851 que la deuda sea exigible (S. 7 abril 1975), que la prórroga contemplada por el precepto parece ser aquella que es concedida por el acreedor una vez vencida la obligación principal. De esta forma, se deberían atribuir diferentes efectos según la prórroga fuera otorgada antes o después del vencimiento de la obligación garantizada.

Fijémonos de momento en la práctica. En muchas ocasiones la deuda se renegocia antes de expirar el plazo; ¿es suficiente motivo que, viendo el deudor que no puede pagar en el tiempo previsto, se concierte unos días antes al vencimiento un nuevo plazo para excluir la aplicación del art. 1.851?

Ante todo, es preciso distinguir estos supuestos de aquellos en que no juega el art. 1.851 por afectar la fianza a una operación futura respecto a la cual no se ha convenido el plazo de vencimiento. En estos últimos casos, la no aplicación del art. 1.851 resulta de la imposibilidad de que exista prórroga, ya que, por definición, no se ha señalado término para el pago (SS. de 7 abril 1975, 7 enero 1981, 8 mayo 1984, 31 octubre 1984).

Para la prórroga concedida antes del vencimiento se sugiere por GUILARTE la aplicación del art. 1.835. La transacción hecha entre acreedor y deudor no tiene efectos para el fiador, contra su voluntad. Ahora bien, como del convenio resultaría la obligación del fiador más onerosa que la del deudor (el plazo de exigibilidad es menor para el fiador que para el deudor) y en previsión del art. 1.826, “se reduciría su obligación (la del fiador) a los límites de la del deudor”. Pero, lo cierto es que se han modificado los términos de la obligación de garantía por un convenio ajeno a la voluntad del fiador. De ahí que concluya el autor que el aplazamiento

(71) *Ob. cit.*, p. 397.

debe considerarse como inexistente; sólo tendrá efectos de prórroga si vencida la obligación principal el acreedor no se dirige contra el deudor, inacción que “debe interpretarse como ratificación de la concesión de la prórroga por su inequívoca significación” (72) .

Me parece que se ha de abordar el problema más directamente. En primer lugar, una lectura razonable del precepto no creo que permita discriminar entre prórroga anterior o posterior al vencimiento. En segundo lugar, acudir a la figura de la transacción puede ser un medio para defraudar el art. 1.851 y la protección que concede al fiador. Basta convenir el aplazamiento con anterioridad al vencimiento para evitar la aplicación del art. 1.851; sin embargo, aun de esta forma, se amplía la responsabilidad del fiador más allá de lo pactado, dato al que atiende el art. 1.851. Y en tercer lugar, lo determinante es si estamos ante una prórroga o no, independientemente del momento de la concesión. Lo definitorio es si por este convenio el acreedor queda impedido para dirigirse contra el deudor inmediatamente al vencimiento pactado. Por tanto, el problema se sustancia en un problema de prueba, siendo indiferente el momento del convenio entre acreedor y deudor.

b) *Prórrogas procedentes de actos de terceros.*

El art. 1.851 se ciñe a las prórrogas concedidas por el acreedor sin consentimiento del fiador. En consecuencia, deben quedar excluidas de su ámbito aquellas prórrogas que provengan de un tercero que no sea parte en la relación negocial afianzada.

En sentido amplio puede entrar en este grupo de casos la sentencia T.S. de 7 de enero de 1981: contrato de ejecución de obra entre “Obrascón” (contratista) y “Coviles” (comitente). Este último pide un crédito a un banco para hacer

(72) *Ob. cit.*, p. 398.

frente al pago de las obras y la operación es afianzada por el grupo "Infantado". En la ejecución de las obras hay modificaciones y aplazamientos y el laudo de equidad que se dicta determina la extinción de la fianza por los aplazamientos del contrato de ejecución. En casación el T.S. establece que la prórroga a la que alude el art. 1.851 es la concedida por el acreedor al deudor y no la derivada de las relaciones contractuales que pueda tener el deudor con un tercero, aunque éstas sean fuente indirecta de aplazamiento. Se ha de observar que en el presente caso la prórroga no recae sobre la obligación garantizada, sino sobre el contrato de ejecución anterior.

Se ha dictado también la improcedencia del art. 1.851 en el supuesto de prórroga de la obligación afianzada concedida por la autoridad. La sentencia de 5 de febrero de 1955 estableció la inaplicación del art. 1.851 a la prórroga concedida por el Gobernador Civil de una explotación mercantil que estaba afianzada solidariamente por el banco "P".

113

Ahora bien, en estos últimos casos, si bien queda claro que la prórroga no provoca la extinción, dado que no procede del acreedor su concesión, el problema, a mi entender, consistirá en saber si el fiador puede prevalerse de la misma ante la reclamación del acreedor. Si debe entrar o no bajo el ámbito de excepciones del art. 1.853. Cuando el fiador goza del beneficio de excusión siempre podrá remitir al acreedor al patrimonio del deudor. El problema se centra en los casos de fianza solidaria.

Una contestación negativa (no oponible la prórroga por el fiador) puede basarse en el régimen de las esperas concedidas al deudor en la suspensión de pagos. Sin embargo, para estos casos, como explicamos más adelante, la inoponibilidad procede de la incompatibilidad existente entre la previa insolvencia del deudor y el fundamento del art. 1.851 y de los efectos inter-partes de los convenios en la suspensión de pagos, con las limitaciones que señalamos después.

La solución correcta creo que viene por otras considera-

ciones. Normalmente el origen de estas prórrogas es la intervención de un tercero para solucionar la controversia jurídica suscitada en el negocio afianzado (caso de la sentencia del 55). El efecto de la intervención es esclarecer la reglamentación de intereses estipulada en el contrato. Y la fianza lo que garantiza es esta reglamentación, por tanto, quedará sometida a los mismos términos acordados en la solución de la controversia jurídica. En nada, pues, debe diferir la solución de los efectos que se otorgan a la transacción realizada entre acreedor y deudor. Analógicamente se debe aplicar para estos casos el art. 1.835,2, ya que participan de su misma problemática.

114 La exclusión del art. 1.851 también se ha predicado de las prórrogas concedidas por la ley. Vienen referidas estas hipótesis a los casos de afianzamiento del contrato de arrendamiento sometido a la L.A.U. (sentencia 27 febrero 1981). En estos casos el problema no es tanto de eficacia o no de la prórroga (se excluye la extinción por el art. 1.851), cuanto de extensión de la fianza a las deudas surgidas de la obligación prorrogada. Por ello, nos ocuparemos de las mismas, como las que proceden de estar previstas expresamente en el contrato, a la hora de hablar del consentimiento del fiador.

c) *Prórroga y cofianza.*

Es habitual que la obligación principal sea garantizada por varios fiadores (entre otras, contemplan esta situación las SS. de 2 julio 1917, 3 noviembre 1955, 23 febrero 1962, 7 diciembre 1968, 31 enero 1980, 8 mayo 1984, 31 octubre 1984, 28 marzo 1985, 3 octubre 1985, 10 abril 1987, 24 enero 1989, 20 junio 1989). Respecto a la concesión de prórroga en estas situaciones se pueden plantear dos problemas: 1.º efectos del aplazamiento concedido al deudor para los cofiadores y 2.º eficacia de la prórroga otorgada a uno de los fiadores (después nos ocuparemos de la prórroga otorgada al deudor y consentida por uno de los fiadores).

En atención al primer problema nada debe hacer variar la situación cuando existe cofianza: liberación de todos los cofiadores, tanto se encuentren en régimen de mancomunidad como de solidaridad (S. 23 febrero 1962).

En relación con el segundo hay algo de partida que resulta evidente: no puede encuadrarse en el art. 1.851 por no tratarse de prórroga concedida por el acreedor al deudor. Es claro, también, que el deudor no puede excepcionar el aplazamiento concedido a uno de los fiadores frente a la reclamación del acreedor. Los problemas se suscitan, sin embargo, en torno a la eficacia que deba atribuirse a la prórroga respecto a los restantes fiadores. Y aquí sí que es pertinente la distinción entre fiadores mancomunados y solidarios. Cuando hay mancomunidad la obligación principal está distribuida en cuanto a su afianzamiento entre los distintos fiadores. Los pactos realizados por el acreedor con uno de ellos no pueden afectar a los demás (*Cfr.* arts. 1.257 y 1.835. Un caso de mancomunidad en la fianza es recogido en la S. de 3 noviembre 1955: un banco concede un crédito a la Soc. K. Sevilla y se constituyen como fiadores otras diez sociedades —las que habían constituido la Soc. K.— por 15.000 pts. cada una).

115

Cuando la fianza es solidaria, a falta de previsión expresa en los arts. 1.822 y ss. para las relaciones entre el acreedor y los cofiadores, deben aplicarse las reglas de la solidaridad de deudores. No se puede deducir la extinción total o parcial de la fianza para el resto de los fiadores; la insolvencia de uno de los deudores solidarios no repercute en el acreedor, sino en los demás deudores (*Cfr.* art. 1.145,3). Para estos casos considero el criterio correcto la aplicación del art. 1.148, por lo que los restantes fiadores podrán oponer la excepción de aplazamiento concedida a uno de ellos, por la parte de la deuda que a éste corresponda. No ha de olvidarse que: 1.º los fiadores solidarios son garantes de una obligación, 2.º el acreedor puede dirigirse contra ellos por la totalidad de la obligación, y 3.º la obligación de garantía está distribuida

internamente entre ellos (a esto responde el art. 1.844,1). Y según ha precisado LACRUZ, en el art. 1.148 está latente la idea de que “si bien no pueden alegar las excepciones personales de sus codeudores para negarse a pagar algo que realmente se deba, en cambio valen éstas para liberar del pago de lo que realmente no se deba” (73).

3.2. Ausencia de consentimiento del fiador.

El consentimiento del fiador a la prórroga concedida por el acreedor evita la extinción de la fianza. En relación con este presupuesto se pueden plantear tres problemas: 1.º la existencia o no de consentimiento, 2.º las prórrogas previstas legal o contractualmente y 3.º las situaciones de cofianza.

a) *La prestación del consentimiento y los casos de auto-contratación.*

116

Cuando el consentimiento es expreso o se deduce de actos que manifiestan una voluntad terminante de consentir, el fiador no queda liberado. Claro ejemplo de esto último es cuando el fiador interviene en la negociación de la prórroga o incluso él mismo llega a proponerla (supuestos de las SS. del T.S. de 2 junio 1909, 2 julio 1917 y 7 abril 1975). El problema viene en aquellos casos en que hay una especial relación entre deudor y fiador, como en los hechos de la sentencia de 7 de diciembre de 1968: “Electrolumen, S.A.” resulta deudora de la empresa “Marconi” y la obligación es afianzada por accionistas y consejeros de la primera; debido a las dificultades patrimoniales de la deudora, la sociedad acreedora le concede una prórroga; los fiadores tienen conocimiento de las gestiones y de la posterior concesión de la prórroga. Creo que en estos casos la continuación de la fianza debe deducirse como medida de protección del acreedor. El

(73) *Ob. cit.*, p. 67.

conocimiento que de la prórroga tienen los fiadores y su posición relevante en la empresa, debe determinar que de no mediar manifestación expresa en contrario durante las negociaciones del aplazamiento, ha de presumirse su vinculación al mismo. Además, en estos supuestos la voluntad de la deudora viene formada, en gran parte, por los propios fiadores, como consejeros de la misma.

Un caso que se aproxima al anterior y que también excluye la aplicación del art. 1.851 es el de la autocontratación. Cuando es la misma voluntad la que constituye la fianza y la obligación garantizada, toda prórroga de esta última implica, por supuesto, el consentimiento del fiador. Tales son los casos de las sentencias de 23 de mayo de 1977 (el gerente de una sociedad pide un préstamo personal y ofrece como fiadora a la propia sociedad) y 7 de mayo de 1984 (el director de una sociedad pide un crédito para ésta y afianzan la obligación el propio director y su esposa). Aquí, a diferencia de los casos anteriores, se puede decir que existe consentimiento porque hay una única voluntad que da origen tanto a la obligación como a la fianza (74).

117

b) *Prórrogas previstas legal o contractualmente.*

El problema en estos casos no es tanto la liberación del fiador, habiendo mediado o no consentimiento en la prórroga, cuanto la extensión de la fianza a la relación contractual prorrogada. Una de las fuentes de conflicto ha sido la prórroga forzosa prevista en la L.A.U. Para estos supuestos el T.S. ha sido terminante en la exclusión del art. 1.851: a) “el invocado art. 1.851 se contrae a la prórroga voluntaria que el acreedor concede, y no a la que al tiempo del concierto de la correspondiente obligación viene impuesta por disposición legal con independencia y aun contra la oposición

(74) Sobre estos particulares supuestos es de la misma opinión PÉREZ ALVAREZ, *ob. cit.*, p. 249.

del acreedor y por sola manifestación de voluntad al respecto del deudor” y b) “la entidad avalista recurrente al prestar el aval tan aludido y por proyectarlo al ‘cumplimiento del contrato de arrendamiento concertado’, conociendo en consecuencia la vinculación de éste con su posible prórroga legal” (S. 27 febrero 1981).

En estos casos, sin embargo, aun de concluirse con la extinción, ésta sólo tendría efectos para el futuro (*Cfr.* art. 1.567). Más que extinción es no extensión de la fianza a las obligaciones surgidas de la prórroga del contrato. Por eso el problema se centra en el consentimiento del fiador en relación con la extensión temporal de la fianza. Parece que de no haber limitación temporal expresa, cuando se afianza un contrato en el que está prevista y es conocida por el fiador la prórroga, la fianza se extiende a ésta, si no media manifestación en contrario. Otra cosa es que el pago de una de las deudas surgidas —supongamos un plazo de renta— haya sido prorrogado sin consentimiento del fiador. La fianza se extinguiría parcialmente. Como ya advertimos, las prórrogas que cubre el art. 1.851 son las que se otorgan para salvar los descubiertos del deudor (75).

Después del D-L. de 1985 las prórrogas de los arrendamientos sometidos a la L.A.U. se asimilan a las previstas contractualmente. Esta circunstancia nos permite darle el mismo tratamiento jurídico. Cuando la prórroga está prevista contractualmente (caso de las SS. de 8 julio 1915 y 8 mayo 1984) el problema es el mismo y su solución debe discurrir según los criterios apuntados en el párrafo anterior. Ahora bien, según los efectos que pueda tener la prórroga hay que distinguir dos supuestos. El primero es cuando la prórroga supone una mera continuación en la relación obligatoria, generando nuevos derechos y obligaciones entre las partes —caso del arrendamiento o del suministro—. En estos casos, si de la interpretación del contrato se deduce que la fianza

(75) *Cfr.* GUILARTE, *ob. cit.*, pp. 400-401.

se contrae al término originario de la relación y no al prorrogado, como se ha dicho, no hay extinción, sino no extinción de la fianza. El segundo es cuando la relación contractual implica esencialmente una obligación restitutoria de la parte deudora —ejemplo típico es el préstamo—. De entender que no existe consentimiento para la prórroga el efecto es la extinción. En este caso lo que se garantiza es el pago en un tiempo determinado, por tanto caería bajo el ámbito genuino del art. 1.851.

En relación con el segundo caso, distinta debe ser la conclusión cuando además de la obligación de restitución se pueden dar un conjunto de obligaciones intermedias. Tal puede ser el caso de la apertura de crédito respecto a las comisiones de apertura y disponibilidad. La prórroga no consentida dejaría subsistente la fianza para las obligaciones vencidas al tiempo previsto originariamente en el contrato (no prorrogado).

119

c) *Consentimiento prestado por uno de los cofiadores.*

¿Qué ocurre si el consentimiento es prestado por uno de los cofiadores? Para dar una respuesta al problema hay que distinguir entre los dos posibles regímenes en los que puede haberse establecido la cofianza (Cfr. art. 1.837). Cuando la cofianza es mancomunada (beneficio de excusión y de división) cada uno de los fiadores garantiza una parte de la deuda y su responsabilidad no se extiende a la parte garantizada por los restantes. La prórroga consentida por uno de ellos libera a los restantes y restringe la garantía a la parte de deuda afianzada por el cofiador que la consintió.

Si la fianza es solidaria se pueden pensar al menos una de estas soluciones:

1.º Aplicar analógicamente el art. 1.147, de forma que todos permanecen responsables frente al acreedor, sin perjuicio de la acción que corresponda a los restantes cofiadores por el daño causado por quien prestó el consentimiento.

2.º Aplicar conjuntamente los arts. 1.148 y 1.851. Los fiadores que no consintieron reducirían su obligación en la parte correspondiente de la deuda del cofiador que aceptó la prórroga. En consecuencia, extinción parcial de la fianza para los restantes.

3.º Liberación de los fiadores que no prestaron su consentimiento a la prórroga, quedando obligado sólo quien lo prestó (art. 1.851).

En gran parte el problema se reconduce a la relación general entre fianza y solidaridad, que ya ha sido discutida y analizada. Esto mismo bastaría para excluir las dos primeras soluciones propuestas. El régimen básico aplicable a la cofianza solidaria es el de la fianza, no el de los deudores solidarios. Se ha de observar, además, que el art. 1.147 descansa sobre la idea de no perjudicar al acreedor, conservando la pluralidad de obligados frente a su posible reclamación; perjuicio que proviene del comportamiento negligente de uno de los deudores. Ahora bien, en el art. 1.851 el posible perjuicio del acreedor parte de iniciativa propia, concediendo la prórroga, a la que se suma uno de los cofiadores. De otro lado, el art. 1.148 establece un régimen de excepciones propias de un obligado principal frente al acreedor, pero esto está previsto en la fianza en el art. 1.853; el art. 1.148 sólo deberá aplicarse a aquellas excepciones propias de uno de los cofiadores y que no deriven de la obligación principal.

La solución debe ser la tercera de las previstas. No hay nada que autorice a extender los actos de uno de los fiadores a los restantes. La conservación de todos los fiadores exige también el consentimiento de todos ellos de la prórroga concedida por el acreedor (76).

(76) Cfr. GUILARTE, *ob. cit.*, pp. 402-403.

IV. EL art. 1.851 y las situaciones de quiebra o suspensión de pagos del deudor

En principio la declaración judicial de quiebra o el Auto aprobando la suspensión de pagos del deudor no suponen la entrada en juego del art. 1.851. Los problemas que en relación a éste se plantean vienen dados por el posible efecto dilatorio que pueda preverse en los respectivos convenios pactados entre el deudor y los acreedores. ¿Será de aplicación el art. 1.851 a la prórroga de pago de la obligación principal prevista en el convenio? El problema se resuelve en un planteamiento más amplio, cual es el de la eficacia del convenio para los fiadores.

4.1. Vencimiento anticipado del crédito.

No obstante y antes de abordar el problema descrito, conviene reparar en algo previo: consecuencias que se derivan en cuanto al tiempo de la obligación de garantía por la declaración de quiebra del obligado principal. Es decir, uno de los efectos de la quiebra es el vencimiento automático de todas las obligaciones que recaen sobre el patrimonio del quebrado (art. 883 C. de C.). Pues bien, ¿este vencimiento anticipado implica el vencimiento anticipado de la obligación del fiador?

121

Hay unanimidad en considerar que el vencimiento anticipado no afecta al fiador cuando la fianza tenga un término de vencimiento distinto del de la obligación principal (77). En los restantes supuestos, se ha mantenido la respuesta afirmativa (78). El razonamiento que siguen quienes apoyan tal

(77) MONTES PENADES, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirig. por M. Albaladejo, t. XV-2.º, Madrid, 1983, p. 145; CASANOVAS, *ob. cit.*, p. 197; CLEMENTE MEORO, *Los supuestos legales del vencimiento anticipado de las obligaciones*, Valencia, 1991, pp. 137-138; MORENO QUESADA, "El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías", *Anuario de Derecho Civil*, 1971, p. 458.

(78) Así, MORENO QUESADA, *ob. cit.*, pp. 460-461; CASANOVAS, *ob. cit.*, pp. 196-197; MONTES PENADES, *ob. cit.*, p. 147.

opinión creo que puede resumirse básicamente en dos argumentos. En primer lugar, se deduce de una interpretación lógica y conjunta de los núms. 1.º, 2.º y 4.º del art. 1.843. El núm. 4.º (“Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haberse cumplido el plazo en que debe satisfacerse”) supone que la exigibilidad de la obligación garantizada arrastra al mismo tiempo la de la obligación de garantía (evidentemente, excluido el caso en que la obligación de garantía tenga un término distinto y específico). Los supuestos de los núm. 1.º (“Cuando se ve demandado judicialmente para el pago” —el fiador—) y 2.º (“En caso de quiebra, concurso e insolvencia”) no son más que casos específicos que pueden ser englobados dentro del supuesto de hecho del núm. 4.º Así es: el fiador sólo puede ser demandado judicialmente para el pago cuando ya es exigible la obligación principal; la insolvencia, quiebra o concurso del deudor implica el vencimiento anticipado de la obligación, según lo previsto en los arts. 1.129,1.º y 1.915,1.º del C.c. y 883,1.º del C. de C. Además, se añade para este último supuesto, que el plazo se cumple tanto cuando se llega al término convenido como cuando se pierde el beneficio del plazo por causas legales (79). Luego la conclusión que se saca es que comprendidos los núms. 1.º y 2.º en el 4.º se han de aplicar las consecuencias previstas para éste: la exigibilidad de la obligación del deudor implica la del fiador. En concreto, el vencimiento anticipado de la obligación del quebrado lleva consigo el de la fianza (80).

Ahora bien, me parece que este tipo de argumentación no es muy acertada. Es cierto que del art. 1.843,4.º se puede concluir que la exigibilidad de la obligación garantizada lleva consigo la de la fianza. Pero, esta afirmación es correcta en cuanto que la fianza se ha pactado en los mismos términos y condiciones que la obligación del deudor. No porque ambas

(79) Cfr. CLEMENTE MEORO, *ob. cit.*, p. 140.

(80) Esta es la argumentación seguida por CASANOVAS, *ob. cit.*, pp. 196-198 y en principio, por CLEMENTE MEORO, *ob. cit.*, p. 140.

se identifiquen totalmente, sino porque el plazo de la obligación principal y el de la subsidiaria coinciden, es el mismo. Sin embargo, es claro que son relaciones obligatorias distintas, aun unidas por vínculos de accesoriedad y subsidiariedad. Y es claro también que la fianza “debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella” (art. 1.827,1). Cuando la exigibilidad del deudor procede del vencimiento anticipado de la obligación por efecto de la quiebra, el fiador permanecerá vinculado según los términos pactados para la fianza, que efectivamente se han hecho en relación a la obligación principal; pero esto no impide desconocer la existencia del plazo originariamente convenido en el contrato. ¿Por qué no se duda de que el vencimiento anticipado no afecta a la fianza cuando en ésta se pacta un plazo distinto al de la obligación garantizada? El que el plazo de la obligación de garantía figure por referencia al de la obligación afianzada no quiere decir que aquél deje de ser expreso, que sea meramente presunto. Otra cosa distinta es que en la fianza se hubiera establecido que la exigibilidad de la obligación del fiador viniera determinada por la exigibilidad de la obligación principal.

123

Distinto sería fundar la comunicación del vencimiento anticipado de la obligación principal a la fianza en la accesoriedad subsistente entre una y otra. Se afirma, entonces, que el fiador se obliga a “pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste” (art. 1.822,1) y que si el deudor no paga en fecha anterior a la pactada con base en el vencimiento anticipado, el fiador no puede oponer al acreedor la excepción de falta de vencimiento de la obligación (81). Ahora bien, si acreedor y deudor hubieran transigido sobre el plazo y conviniendo uno más breve, el deudor no pagara, ¿sería exigible el pago al fiador? Evidentemente no, dado que hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 1.835,2. Se puede oponer al ejemplo propuesto el distinto origen del

(81) Cfr. CLEMENTE MEORO, *ob. cit.*, pp. 138-139.

vencimiento anticipado en uno y otro caso —legal, convencional—. Pero, el problema no es éste. El problema es observar que la accesoriedad no implica la pérdida de autonomía de la fianza respecto a la obligación principal. En otro caso, cómo explicar el supuesto del art. 1.824,2 o que la fianza se extinga dejando subsistente la obligación principal o, en fin, que el fiador pueda oponer excepciones propias, al margen de las previstas en el art. 1.853.

En segundo lugar, se ha afirmado que si en los núms. 2.º y 4.º del art. 1.843 se faculta al fiador para dirigirse contra el deudor es porque en estos casos la obligación del fiador es exigible (82). Basta observar, sin embargo, que si la obligación del garante tuviera un término distinto del de la garantizada procedería también la acción del fiador, aunque la fianza todavía no fuera exigible. Por tanto, el fundamento de la facultad del fiador no es la exigibilidad de su obligación, sino proteger preventivamente su derecho de reintegro ante el riesgo de tener que pagar en lugar del deudor.

En conclusión, el asunto se esclarece si tenemos en cuenta los siguientes aspectos: 1.º que el art. 1.843 no autoriza a entender que el vencimiento anticipado producto de la quiebra lleve consigo el de la obligación del fiador, 2.º que el fiador se obliga en determinadas condiciones, coincidentes o no con las de la obligación principal, que, como regla general, no pueden ser modificadas al margen de su voluntad, 3.º que la fianza goza de un ámbito de autonomía propia en relación con la obligación principal, y 4.º que el fin del vencimiento de las obligaciones por declaración de quiebra es funcional y está preordenado a la determinación del pasivo en vistas a la liquidación patrimonial, como solución normal de la quiebra. En consecuencia, el acreedor del quebrado tendrá que esperar al vencimiento de la obligación para dirigirse contra el fiador (83).

(82) Cfr. MONTES PENADES, *ob. cit.*, p. 147 y MORENO QUESADA, *ob. cit.*, pp. 460-461.

(83) En el mismo sentido, GUILARTE, *ob. cit.*, p. 307; CLEMENTE MEORO, *ob. cit.*, pp. 153-155. Este autor excepciona expresamente el supuesto de concurso y quiebra de

4.2. La espera concedida en el convenio y la fianza.

Ya advertíamos al inicio que este problema se inscribe en otro más amplio: el de la eficacia del convenio de la quiebra o de la suspensión de pagos para el quebrado o el suspenso. Sobre el particular no hay norma expresa que regule tal situación. Para la quiebra, en general, se dispone que los créditos quedarán extinguidos por la parte que se hubiera hecho remisión en el convenio, con la dificultad de salvar la contradicción existente entre lo establecido en los arts. 905 y 907 del C. de C.. En la suspensión de pagos el art. 17 de la Ley ciñe los efectos del convenio a los interesados, acreedores y deudor.

Se ha intentado responder al problema examinando la naturaleza jurídica del convenio. Sin embargo, desde aquí difícilmente se pueden dar respuestas ciertas y todo queda en una cuestión de principios abstractos y confusos. De un lado, la misma división de opiniones en la doctrina lo impide (84); de otro, no todos los convenios para salir de la crisis patrimonial son iguales, ni contienen los mismos efectos. Habrá de estarse, más bien, al fin perseguido por el convenio, a lo dispuesto concretamente en él, a la participación de los acreedores en el mismo y a la concreta relación de garantía.

Me parece que no se puede distinguir, y tampoco tiene relevancia práctica, por los efectos del convenio, entre los que ponen fin a una quiebra o a una suspensión de pagos. Ambos pueden tener eficacia remisoria, dilatoria o mixta. Los

125

la norma general que establece (pp. 137-140), según la cual el vencimiento anticipado de la obligación afianzada se comunica a la obligación del fiador, salvo cuando éste haya pactado un término distinto. El argumento básico para excluir la quiebra y el concurso del régimen general es el fundamento y alcance del vencimiento anticipado en estos supuestos.

(84) Sobre las distintas posiciones doctrinales en relación a la naturaleza jurídica del convenio en la quiebra y en la suspensión de pagos, puede verse, en general, GUILARTE, *ob. cit.*, pp. 208-210, PÉREZ DE LA CRUZ, "Cuestiones en torno a la quiebra", *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uria*, Madrid, 1978, pp. 529-534; BENEDITO FRANCÉS Y CÁMARA MINGO, *ob. cit.*, pp. 228-232.

dos parten de una situación de insolvencia y se definen por ser una solución a la misma. A efectos prácticos, además, no podemos olvidar que muchas suspensiones de pagos son quiebras encubiertas y dar distintos efectos para los coobligados o fiadores sería crear una apariencia jurídica sin base real. Por lo demás y en cuanto a la eficacia respecto a los fiadores, la doctrina y la jurisprudencia no dan pie para tal distinción.

La posición en que se puede encontrar el fiador puede ser una de las siguientes: 1.º que con anterioridad a la suspensión de pagos o la quiebra haya pagado al acreedor, 2.º que haya pagado antes de la aprobación del convenio y después de la declaración de insolvencia y 3.º que haya sido aprobado el convenio y no se haya dirigido contra él el acreedor. En los dos primeros casos no hay problema: el fiador se subroga en la posición del acreedor y podrá concurrir a la quiebra o suspensión de pagos del deudor. Por tanto, el problema está en el tercero de los supuestos planteados.

126

Hay práctica unanimidad en la doctrina a la hora de dar una solución: el convenio sólo es vinculante para los acreedores y el deudor, no afecta al fiador, por lo que el acreedor podrá dirigirse contra éste por la totalidad del crédito, sin que pueda oponérsele la espera y/o quita concedida al quebrado o suspenso. Y la respuesta se impone independientemente de cuál haya sido la actuación del acreedor en el convenio (no participación, voto favorable, voto negativo) (85). Esta solución viene ratificada por lo previsto para el caso en

(85) Cfr. GUILARTE, *ob. cit.*, p. 208; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid, 1983, pp. 501-503 y 535-536; SAGRERA TIZÓN, "Alcance de la fianza prestada al acreedor incluido en la definitiva de la suspensión de pagos", *Revista General de Derecho*, 1987, octubre-noviembre, pp. 5675 y ss. y "Comentarios a una sentencia de la Audiencia de Valencia respecto de las obligaciones del avalista del suspenso", *Revista General de Derecho*, 1988, marzo, pp. 1283 y ss.; RAMÍREZ, *La quiebra*, III, Barcelona, 1959, pp. 220 y ss.; TORRES DE CRUELLES, *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1957, pp. 265 y ss. Opinión contraria es la de MANRESA, que entiende que el convenio del concurso o la quiebra constituye novación, por tanto la fianza queda extinguida según los términos del art. 1.207; igualmente considera aplicable a la espera concedida en el convenio el art. 1.851, *ob. cit.*, pp. 482-483.

los arts. 135,2 y 184,1 de la *Legge fallimentare* (86), 64,2 de la Ley francesa de 24 de enero de 1985 (87), 193 de la Ley de quiebras alemana (88) y 234 del Anteproyecto concursal español de 1983 (89).

La solución apuntada ha sido precedida y avalada por una constante jurisprudencia en la misma dirección. Se consagra la doctrina jurisprudencial especialmente en las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1952, 15 de junio de 1962, 8 de junio de 1966 y 15 de noviembre de 1967, que después ha sido seguida por otras posteriores (90). Las razones en que basan tal solución pueden resumirse en:

1.º Que la declaración de insolvencia del deudor es precisamente lo que hace entrar en funcionamiento y con total

(86) Art. 135,2: "Los acreedores conservan sus acciones por la totalidad del crédito contra los coobligados, los fiadores del quebrado y los obligados en vía de regreso"; art. 184,1: "El convenio es obligatorio para todos los acreedores anteriores al decreto de apertura del procedimiento. Sin embargo, éstos conservan íntegros sus derechos contra los coobligados, los fiadores del deudor y los obligados en vía de regreso". Los arts. 135 y 184 hacen referencia respectivamente al convenio aprobado en la quiebra y en el concordato preventivo.

(87) Art. 64: "Las disposiciones contenidas en el plan son oponibles frente a todos.

Sin embargo, los fiadores solidarios y los coobligados no pueden prevalerse de ellas".

(88) Art. 193: "El convenio aprobado es oponible a todos los acreedores ordinarios de la quiebra, incluso si no han participado en el procedimiento de quiebra o en la deliberación del convenio o han votado en contra. Sin embargo, no afecta a los derechos de los acreedores contra los codeudores o los fiadores del quebrado..."

(89) Art. 234: "Los acreedores conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de sus créditos contra los coobligados solidarios y los fiadores del concursado".

(90) Sentencias 23 marzo 1973, 24 noviembre 1978, 7 junio 1983, 6 octubre 1986, 14 septiembre 1987, 24 enero 1989, 20 junio 1989, 16 noviembre 1991. También existe abundante jurisprudencia menor, así: AT. Barcelona 26 julio 1984, AT. Valencia 12 julio 1985, AT. Oviedo 25 noviembre 1986, AT. Albacete 27 septiembre 1987, AT. Granada 4 diciembre 1987, AT. La Coruña 18 enero 1988, AT. Santa Cruz de Tenerife 11 mayo 1988, AP. Valencia 25 marzo 1991. Ha habido, no obstante, sentencias discrepantes de esta línea mayoritaria de la jurisprudencia. Así, la de 27 de abril de 1927 declara extinguida la acción del tenedor de la letra contra el librador por haber concurrido y aprobado aquél el convenio del quebrado-aceptante de la letra, que efectivamente se cumplió y donde se preveía una rebaja del 75% de los créditos. A similar conclusión llega la sentencia de 30 de diciembre de 1932, fundándose en el carácter de transacción que tiene el convenio en la suspensión de pagos.

eficacia a la garantía; de entenderlo de otra forma, extinción de la garantía por el convenio aprobado, se privaría de su función propia a la garantía. Para que se extinga total o parcialmente el crédito en relación con los garantes es necesario que los acreedores en el convenio se hayan conformado con no cobrar más que lo que les correspondiese en la liquidación y repartimientos del activo,

2.º que los efectos del convenio se limitan a los intervinientes en el mismo, “bien por haber comparecido en el mismo a actuar como parte o, aun sin ello, por tratarse de acreedores que al estar comprendidos en la lista definitiva de los que tenga el suspenso, ha de afectarles lo decidido en el convenio”. Lo acordado en el convenio no puede beneficiar ni perjudicar a deudor distinto del suspenso, ni coartar o interferir la acción que contra un tercero tenga el acreedor por un crédito que figure en la masa pasiva,

128 3.º que la doctrina sobre la subsistencia de la responsabilidad de los terceros con posterioridad al convenio, “no admite más lógica excepción que la del pago efectivo y completo del crédito garantizado, ya que los pactos sobre tiempo y forma de hacerlo, sólo afectan a los intervinientes en el convenio y modelan, exclusivamente, la responsabilidad del suspenso”.

Según se desprende parece claro, entonces, que la espera concedida en un convenio de quiebra o suspensión de pagos no aprovecha ni perjudica al fiador (91). A éste le será exigible el crédito por la totalidad, si bien en el término previsto en la fianza. El art. 1.851 no entra en juego en estos casos. Difícilmente se podrá hablar de una voluntad libre y espontánea del acreedor en la concesión de la prórroga, cuando éste puede no haber participado en el convenio o ha votado negativamente y de todas formas, quedar vinculado

(91) En relación con la exclusión del art. 1.851 a las esperas en los convenios: Ss. T.S. 7 abril 1975, 24 enero 1989, 20 junio 1989; AT. Burgos 15 octubre 1985, AT. Barcelona 30 diciembre 1985, AT. Zaragoza 20 marzo 1987, AT. Albacete 27 septiembre 1987, AP. Valencia 25 marzo 1991.

por la prórroga. Tampoco hay la voluntad exigida por el art. 1.851 cuando la espera es fruto de la actuación conjunta de los acreedores y resultado de la aprobación mayoritaria del convenio (92). Sin embargo, creo que la razón decisiva para que no se aplique el art. 1.851 es otra, independientemente de la participación del acreedor en el acuerdo. Decíamos que el fundamento del art. 1.851 es no alterar la responsabilidad del fiador más allá de lo expresamente previsto en la fianza; que no se pueda ampliar el riesgo que asume al contratar fuera de los términos convenidos, de forma que pueda resultar perjudicado por una insolvencia sobrevenida del obligado principal. La suspensión de pagos y la quiebra responden al supuesto académico de función de la garantía. La aplicación del art. 1.851 a la espera concedida en el convenio no tiene ningún sentido, puesto que lo que pretende evitar ya estaba dado de antemano (93). Difícilmente se va a empeorar la situación del deudor por el aplazamiento otorgado (94).

129

Tampoco puede prevalecerse el fiador de la espera concedida en el convenio y oponerla como excepción frente a la reclamación del acreedor. Esta consecuencia deriva de la estricta limitación de los efectos del convenio a los interesados (deudor y acreedores) o como se ha afirmado, porque “no es admisible que el fiador, estando llamado a sufrir las consecuencias desfavorables de la insolvencia del deudor, se aproveche, sin embargo, en perjuicio del acreedor, de las ventajas concedidas al deudor en el convenio” (95).

(92) Cfr. BENEDITO FRANCÉS Y CÁMARA MINGO, “El convenio en la suspensión de pagos”, pp. 1032-1034 y “La posición del fiador”, pp. 907 y ss.

(93) Planteado así se podría dudar sobre la eficacia extintiva del art. 1.851 cuando la prórroga ha sido concedida siendo insolvente el deudor, aunque la insolvencia no estuviera declarada judicialmente. Cualquiera que sea la posición que se adopte, ha de tenerse en cuenta que el art. 1.851 no sólo descansa en lo dicho, sino también en que el fiador no quede sometido indefinidamente a la garantía.

(94) Cfr. BENEDITO FRANCÉS Y CÁMARA MINGO, “El convenio en la suspensión de pagos”, p. 1035 y “La posición del fiador”, pp. 901 y ss.

(95) GARRIGUES, *ob. cit.*, p. 536.

Ahora bien, esta concepción de los efectos del convenio sobre el fiador parece que últimamente viene siendo matizada por la propia jurisprudencia. La sentencia de 26 de mayo de 1988 declara extinguida la fianza en virtud del art. 1.849, ya que el acreedor da su aceptación a un convenio de suspensión de pagos en el que en sus puntos 10, 11, 12 y 13 se acordaba una "*datio in solutum*" de los bienes del suspenso, con renuncia del resto no cubierto por los bienes adjudicados "*in valore*" o "*in genere*". La sentencia del T.S. de 1 de julio de 1988 establece la liberación del fiador por aplicación del art. 1.852 del C.c. Se trata de una fianza solidaria prestada por un banco a un préstamo concedido por una entidad de ahorros a una sociedad, préstamo documentado en póliza intervenida por corredor de comercio. La sociedad prestataria se declara en suspensión de pagos y la entidad de ahorros, renunciando al derecho de abstención, participa en el convenio y lo vota favorablemente. El punto 9.º del convenio establecía que el mismo no modificaba ni limitaba los derechos y acciones de los acreedores contra terceros y que los pagos que eventualmente obtuvieran reducirían el importe del crédito concurrente. El T.S. declara la extinción de la fianza con base en el perjuicio del derecho de subrogación que implica el punto 9.º del convenio para el fiador y la pérdida del carácter privilegiado del crédito, al concurrir el acreedor al convenio. La de 24 de enero de 1989 valora la participación del acreedor en el convenio para excluir la aplicación del art. 1.851: "la prórroga en cuestión no fue otorgada 'voluntariamente' ... fue otorgada con la manifiesta oposición y voto en contra del banco demandado, a todo lo que es de añadir que ... sin el voto favorable de los actores señores Ll. (fiadores solidarios del quebrado) el convenio no hubiera podido ser aprobado" (96).

(96) Un comentario a esta sentencia y en general sobre los problemas de la eficacia del convenio en la fianza puede verse en ALONSO SÁNCHEZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero/marzo 89, n.º 19, pp. 107 y ss.

Incluso en aquellas sentencias del T.S. que hemos dicho que configuran el bloque doctrinal de efectos del convenio sobre los terceros garantes, no pasan desapercibidas algunas circunstancias. Se tienen en cuenta los puntos concretos estipulados en el convenio (SS. de 18 febrero 1952, 15 junio 1962, 15 noviembre 1967) (97) o bien se valora, a mayor abundamiento, la participación que en el mismo ha tenido el acreedor (S. de 8 junio 1966) (98).

Me parece que por esta línea se avanza a lo que considero el punto esencial del problema. Y la cuestión no es que el fiador deba responder de la insolvencia del deudor —asunto indiscutido—, sino que el fiador deba quedar sometido a la solución que propicia el acreedor para la salida de la insolvencia. Es decir, que el fiador pueda quedar al margen del convenio cuando va a ser él quien sufra las consecuencias de la iliquidez o insuficiencia patrimonial. Pensemos que en el supuesto normal el acreedor va a cobrar del fiador y éste se va a someter al convenio que ha sido estipulado por otros. Puede pensarse que poco le importa al acreedor el resultado o la viabilidad del convenio cuando tiene garantizada la integridad de su crédito, supuesta la solvencia del fiador (99).

No se pone en duda que la espera establecida en un convenio no pueda jugar a efectos del art. 1.851. La razón, como hemos advertido antes, es la incompatibilidad de los fines perseguidos entre el precepto y el convenio como instrumento regulador de una situación de insolvencia presta-

(97) En estos casos existe una cláusula en el convenio por la cual “La aceptación del presente convenio no modifica ni limita en lo más mínimo los derechos y acciones que los acreedores tengan o puedan tener contra otras personas como responsables o fiadores de la Sociedad suspensa...”.

(98) A la vista de las últimas sentencias del T.S., GUILARTE dice que los efectos de los convenios en quiebras y suspensiones de pagos para los fiadores no pueden encerrarse en una solución general, sino que habrá de estarse caso por caso, valorándose el contenido del convenio y su significación para los derechos de reembolso y subrogación y la actuación del acreedor en cada supuesto, *ob. cit.*, p. 212.

(99) *Cfr. PÉREZ DE LA CRUZ, ob. cit.*, p. 545.

blecida. Ahora bien, en todos estos casos “por qué ha de suponerse que las excepciones correspondientes por esta causa al deudor son ‘puramente personales’ a los efectos del art. 1.853” (100). De esta forma, se ha propuesto por PÉREZ DE LA CRUZ “que la solución más lógica del problema sería que los titulares de créditos contra el quebrado, afianzados por tercero, hagan saber al fiador con la antelación suficiente su propósito de concurrir a la Junta para la deliberación del convenio, advirtiéndole que de no ser pagados en el ínterin, se considera en libertad de votar en el convenio en la forma que estime oportuna, sin que la rebaja o prórroga que la Junta conceda al quebrado vaya a aprovechar al fiador que se ha desentendido del requerimiento de que ha sido objeto” (101).

132

Sin tratar de dar soluciones concretas como la propuesta, creo que sí pueden ser discriminadas algunas situaciones en que, por las circunstancias del convenio o la actuación del acreedor, debiera facultarse al fiador para valerse de la espera concedida en el mismo frente a la reclamación del acreedor. Tal excepción opino que debe tener el fiador en los casos en que el acreedor gozaba de derecho de abstención y ha votado favorablemente la espera del convenio o cuando su voto haya sido determinante para la aprobación de la misma (102).

(100) DELGADO ECHEVARRÍA, “Comentario a la sentencia de 8 de mayo de 1984”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, abril/agosto 84, n.º 5, p. 1629.

(101) *Ob. cit.*, p. 545.

(102) La opinión de SAGRERA TIZÓN parece dirigirse también por aquí, aunque con dudas, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, IV, Barcelona, 1989, pp. 152 y 204.

V. La pretendida aplicación analógica del art. 1.851

5.1. Coobligados solidarios.

Podría plantearse, de hecho así ha sido, la extensión del art. 1.851 a los supuestos de solidaridad pasiva. Es decir, entender que la prórroga concedida a uno de los deudores solidarios extinguiría la deuda de los restantes obligados, por la parte correspondiente de la obligación del deudor que ha pactado el nuevo plazo. Quienes mantienen esta postura se basan en una pretendida aplicación analógica del art. 1.851 a los supuestos de solidaridad de deudores, para evitar el posible perjuicio de los restantes codeudores solidarios (103). Sin embargo, creo que entre ambos casos, fianza y deudores solidarios, no existe identidad de razón que autorice la aplicación del art. 1.851. El perjuicio que al fiador (solidario o con beneficio de excusión) produce la prórroga no es predicable para el deudor solidario. Este es un obligado principal que no ve modificada su situación por el acuerdo particular entre acreedor y otro deudor. Llegado el momento del vencimiento el deudor solidario no afectado por la prórroga deberá pagar y reclamar en vía de regreso, sin que se le pueda oponer el particular pacto celebrado con el acreedor (104). Si se admite comúnmente por la doctrina la eficacia del *pactum de non petendo* entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, sin que los demás lo puedan alegar por vía de excepción frente al acreedor, difícilmente se podrá encontrar justificación a la eficacia liberatoria de la mera modificación del plazo.

La prórroga concedida a uno de los deudores solidarios tiene cabida perfectamente en el inciso 2.º del art. 1.148. Pero la eficacia que se le otorga es sólo por vía de excepción: “sólo podrá servirse (el deudor solidario) en la parte de

(103) Así parece entenderlo CAFFARENA, *ob. cit.*, p. 161, nota 60.

(104) Cfr. GUILARTE, *Comentarios*, t. XV-2.º, p. 310; ALVENTOSA DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 188.

la deuda de que éstos fueran responsables". Al estar contemplado expresamente el supuesto creo que no tiene base una pretendida aplicación analógica (105). Además, hemos de recordar que el art. 1.140 autoriza la existencia de solidariad aunque los "deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones". Por tanto, nada obsta a que los términos de exigibilidad en la obligación sean diferentes entre los deudores solidarios, sin que de esto pueda deducirse otra consecuencia que la prevista en el art. 1.148.

5.2. Aval cambiario.

134

En varias ocasiones ha tenido el T.S. la oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación del art. 1.851 a las letras de cambio y ha resuelto el problema afirmativamente. Si bien en algunos casos no ha concluido con la liberación del avalista cambiario, pero no porque no considerara aplicable el precepto referido, sino por estimar que no se cumplían los requisitos para la aplicación. Así, en la sentencia de 10 de abril de 1987 estima que no se ha extinguido el aval cambiario porque "El hecho de que el tenedor no ejercitase la acción ejecutiva y tardase cerca de tres años en plantear la cambiaria ordinaria, no significa más que una tolerancia ante el impago, que no supone innovación en las obligaciones de los deudores con trascendencia novatoria, ni la concesión de un nuevo plazo para el aceptante ... sino una dilación de tolerancia ...".

Creo que en ningún caso debe encontrar aplicación el art. 1.851 a los supuestos de "estricta prórroga" de la obligación cambiaria (106). Hacerlo así, me parece que es desconocer el carácter abstracto de la obligación cambiaria e ir en contra del régimen propio de transmisión y circulación de la

(105) En el sentido descrito, CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, p. 63.

(106) Comparte la solución CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, p. 64.

letra de cambio. Curiosamente, las críticas al Tribunal Supremo ante tal posicionamiento han venido más de la doctrina mercantilista que de la civilista (107).

Para una mayor claridad conviene que distingamos dos situaciones. En la primera se ha aplicado el art. 1.851 a los supuestos en que se libra una letra de cambio en pago de la obligación. No es éste el caso problemático y, aquí no hay ninguna dificultad para que juegue el art. 1.851. Tal es el caso contemplado en la sentencia de 18 de junio de 1914: dos sociedades acuerdan la apertura de una cuenta de crédito y la obligación es afianzada por una tercera; al vencimiento de la obligación la sociedad deudora entregó en pago a la acreedora varias letras de cambio que fueron sucesivamente renovadas a sus vencimientos y al fin protestadas por falta de pago. El Tribunal Supremo estima la aplicación del art. 1.851 liberando a la fiadora, con base en que el otorgamiento de letras, señalando un nuevo plazo de vencimiento, aun antes de que la deuda sea exigible, supone prórroga. Pero, en estas situaciones, basta con atender al art. 1.170,2 para observar lo correcto de la solución: “La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirán los efectos del pago cuando hubieren sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubieren perjudicado”. El acreedor (tomador de la letra) se ve impedido para dirigirse contra el deudor, y en su caso contra la fiadora, hasta el vencimiento establecido en la letra de cambio. El fiador no ha firmado como avalista la letra que se da en pago de la obligación, por tanto no hay consentimiento en la prórroga para el pago, instrumentada a través de la documentación del crédito en la letra.

Cuando se entrega un talón o una letra de cambio en pago de una obligación hay prórroga. No se plantean problemas para la aplicación del art. 1.851, siempre que no haya

(107) Así, DE LA CUESTA RUTE, *ob. cit.*, pp. 271 y ss.; AÑOVEROS TRÍAS DE BES, *El aval cambiario*, Madrid, 1990, pp. 114-117.

consentimiento del fiador. En consecuencia, a estos casos no nos referimos cuando criticamos la doctrina del Tribunal Supremo.

El problema viene cuando una letra de cambio reemplaza a una anterior. Ante las dificultades del deudor de pagar la letra al vencimiento o una vez producido su impago, se libra otra señalando nueva fecha de vencimiento. Se cuestiona si el avalista, firmante de la primera letra pero que no suscribió la segunda, debe quedar liberado por efecto del art. 1.851. A estos casos ha aplicado el precepto el T.S., determinando la extinción del aval cambiario. De esta forma, en la sentencia de 23 de febrero de 1962: "... el avalista garantiza siempre con las limitaciones que se contienen en el artículo 1.851 del Código Civil y la prórroga concedida por el acreedor en la segunda letra, sin su consentimiento, extingue la fianza prestada con eficacia jurídica en el primer efecto, cuyo pago parcial fue prorrogado sin la conformidad del avalista, lo que justifica la novación modificativa, liberando a los demandados que firmaron como avalistas en la letra cuyo pago parcial se reclama ...". A igual conclusión, aplicación del art. 1.851, aunque por diferente camino, se llega en las sentencias de 6 (dos sentencias) y 8 de noviembre de 1981 (los hechos son los mismos para las tres), que ya han sido criticadas por la doctrina (108).

No vamos a deternos en la explicación de las diferencias entre el aval cambiario y la fianza (109), ni entrar en consideración sobre si puede producirse en los casos novación extintiva de la letra o no (110). Obsérvese, de todas formas,

(108) Amplio comentario sobre las mismas puede encontrarse en el artículo citado de DE LA CUESTA RUTE.

(109) Sobre sus diferencias pueden consultarse: BLANCO COMPAÑA, "Aval cambiario y aval como contrato de garantía", *Revista de derecho bancario y bursátil*, 1982, pp. 677 y ss.; AÑOVEROS TRÍAS DE BES, *ob. cit.*, pp. 63-66; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, "El aval de la letra de cambio", *Derecho cambiario. Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, dirig. por A. Menéndez, Madrid, 1986, pp. 549 y ss.

(110) Sobre el particular, admitiendo en supuestos la novación, véase DE LA CUESTA RUTE, *ob. cit.*, pp. 283 y ss.; GALÁN CORONA, "Comentario a la sentencia de 12

que en este último supuesto la liberación del avalista vendría producida por el efecto extintivo de la novación en la letra renovada y no por el art. 1.851. Bastará contemplar el régimen posible de renovación de la letra para excluir, en todo caso, la aplicación del art. 1.851.

Cuando se extiende una letra renovando a otra anterior pueden ocurrir dos cosas: que el acreedor retenga la letra renovada (normalmente lo hará cuando no consiga reunir todas las firmas para la letra de renovación) o que se la entregue al deudor, quedándose con la letra de renovación. En el primer caso, el acreedor tiene las dos letras y conserva las acciones cambiarias de cada una de ellas. Los firmantes de la letra de renovación únicamente tendrán una excepción frente a la acción del acreedor reclamando el pago de la primera letra a su vencimiento, por el nuevo vencimiento establecido en la segunda. Es una excepción personal que sólo juega entre el acreedor y los firmantes de la letra de renovación. Si el avalista no firma ésta, contra él se podrá dirigir el acreedor en la fecha de vencimiento señalada en la primera letra y a su vez, el avalista en regreso contra el avalado, sin que éste pueda oponerle el vencimiento de la segunda letra. Aquí no existe prórroga que influya sobre el avalista, ya que aunque existen dos letras que tienen el mismo "origen causal", debido al carácter abstracto del negocio, el acreedor conserva las acciones cambiarias de cada una de ellas. En el segundo caso, si el acreedor devuelve la letra al deudor, ésta desaparece del tráfico jurídico. El aval cambiario se extingue, pero no en razón de la supuesta prórroga, sino por la destrucción de la letra de donde derivaba la obligación del avalista (suponiendo que no haya firmado la letra de renovación).

La solución jurisprudencial puede justificarse en atención a la obligación causal que subyace en última instancia a la

letra de cambio. Sin embargo, esto no puede hacer desconocer el carácter abstracto que adquiere en cuanto el crédito se incorpora a un título. Circunstancia que impide la traslación de los efectos propios de la obligación causal a la cambiaria.

La modificación del tiempo en la obligación cambiaria puede efectuarse de varias formas, sin que a ninguna sea aplicable el art. 1.851. Fuera del supuesto de letras de renovación, se pueden señalar:

1. Alteración y prórroga del vencimiento: la alteración del vencimiento en la misma letra exige reunir el consentimiento y todas las firmas que figuran en la misma. La prórroga es un pacto extracambiario que en principio sólo vincula a las partes que lo han convenido, pero se acepta que, dado su carácter objetivo, pueda oponerse también por todos los obligados posteriores al deudor frente al tomador que lo convino.

138 2. Prórroga de pago: juega como pura excepción personal entre el deudor y el acreedor que lo pactaron. De ella no puede prevalecerse el avalista del deudor (111).

(111) Cfr. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *Estudios sobre la ley cambiaria*, pp. 601-606; PAZ-ARES, *Estudios sobre la ley cambiaria*, pp. 362-366.

DE LA MULTIPROPIEDAD AL "TIME SHARE": PROPOSICIONES COMUNITARIAS Y PROYECTOS DE DERECHO INTERNO ESPAÑOL

ALICIA DE LEÓN ARCE

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Oviedo*

139

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** LA REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA. **III.** ANTECEDENTES COMUNITARIOS: LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 24 DE JULIO DE 1992. **IV.** LOS BORRADORES DE ANTEPROYECTOS ESPAÑOLES. **V.** AFINIDADES Y DIFERENCIAS EN CUANTO A LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR O USUARIO ENTRE EL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE CONJUNTOS INMOBILIARIOS DE 1991 Y LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 1992. **VI.** CONCLUSIONES. **VII.** BIBLIOGRAFÍA. **VIII.** ABREVIATURAS.

I. Introducción

La multipropiedad o abreviatura de la propiedad por períodos, incluida dentro del término inglés “timeshare” o “timesharing” es una fórmula relativamente reciente (1) que ha permitido en sus orígenes, facilitar la adquisición de una residencia de vacaciones (2). Su nacimiento se basa en factores de orden económico, sociológico y por encima de todo, turísticos (3).

(1) La mayor parte de las fuentes indican que se originó en Europa, hacia 1965, en una estación de esquí de los Alpes franceses llamada *Superdévoluy*, al utilizar el eslogan “no alquile la habitación, compre el hotel: es menos caro”. Casi a la vez, se crea en Suiza la firma “Hapimag” que ofertaba a la venta el “timesharing” en forma societaria, ofreciendo un derecho temporal de uso de una de sus propiedades de vacaciones. Sin embargo, la crisis del petróleo de comienzos de la década de los setenta frena el crecimiento de esta fórmula, hasta que en Estados Unidos comienzan a aplicarse las llamadas bolsas de intercambio, destacando las empresas “Interval International” que nace en Miami en 1976 y la “Resorts Condominiums International”, que lo hace en Indianápolis en 1979 añadiendo un nuevo impulso y sobre todo, una nueva dimensión al fenómeno. (Vid. “Exposición de motivos” de la Propuesta de Directiva del Consejo, presentada por la Comisión, de 24 de julio de 1992, relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido (COM (92) 220 final-SYN 419), págs. 3, 8 y ss., en especial los cuadros estadísticos de la evolución en la última década, sobre todo en Europa).

(2) Tiene como presupuesto “diffondersi fra sempre più larghi della tendenza alla vacanza e all’aggregazione per una più diffusa utilizzazione della comodità della vita” (SANTORO-PASSARELLI, “Multiproprietà e comproprietà”, *RTCP*, 1984, pág. 19).

(3) La sociedad de consumo comienza, a partir de la década de los setenta, a poner de manifiesto la necesidad de sus componentes de tener una segunda residencia de vacaciones, bien en el mar o en la montaña, en el propio país de residencia habitual o en el extranjero. Comienza el llamado mercado del “chalet al sol”, de vacaciones estivales o invernales, que en muchos casos hace necesaria una inversión demasiado onerosa y supone unas importantes inmobilizaciones de capital para un disfrute reducido a un corto período de tiempo anual, unido en determinados supuestos, a la carga que supone para su propietario el hecho de tener que acudir obligatoriamente al mismo lugar de vacaciones. La fórmula del derecho de disfrute de una vivienda a tiempo compartido proporciona un nuevo “producto turístico” que permite a su titular disponer de una residencia para un tiempo determinado a precio mucho más reducido, unido en ciertos casos a fórmulas de intercambio que le permiten variar sus vacaciones en tiempo y espacio mediante el pago de una cotización anual y los gastos del intercambio, todo ello propiciado por agresivas técnicas de venta, que proporcionaba los márgenes de ganancia de los promotores, al constituirse en unidades de venta el número aproximado de semanas anuales.

Bajo diferentes fórmulas se ha ido introduciendo con éxito en países comunitarios eminentemente turísticos como Francia, Italia, España, y también en Bélgica y Gran Bretaña.

En palabras de BARO BALLBE, “la multipropiedad es una nueva configuración que se encuentra, en la práctica, en un lugar intermedio entre la propiedad y el arrendamiento, entre la comunidad y la propiedad dividida; entre los grandes intereses empresariales y las necesidades del consumidor (4).

Con una lírica envidiable justifica AZAUSTRE TORRECILLAS la existencia del fenómeno: “Dado el incremento del germen viajero del hombre actual, deseoso de evadirse del medio ambiente en el que se mueve habitualmente, en su espíritu inagotable de buscar la felicidad, y la evidente necesidad de conjugar el menor gasto con el mejor resultado posible, es lo que motiva el nacimiento de la propiedad por turnos, tandas o temporadas, que en adelante denominaremos siguiendo la opinión dominante en los factores de producción “Multipropiedad” (5).

El objeto de esta nueva configuración del uso y disfrute de un bien suele tener carácter inmobiliario (apartamento, casa individual en una urbanización, conjunto de viviendas y utilización de servicios complementarios comunes) que se entrega completamente amueblado y equipado y se destina a varias personas para que puedan disfrutar en él un período anual determinado de estancia (6). Su titular pues, tiene el derecho

(4) En “La multipropiedad”, *Cuadernos Jurídicos*, n.º 1, octubre 1992, págs. 26 y ss., en concreto, pág. 26.

(6) “Multipropiedad: Propiedad por turnos. Pequeña glosa al hecho nuevo de la llamada Multipropiedad”, *Bol. Ilustre Col. Not. de Granada*, 1981, págs. 597 y ss., en concreto, pág. 597.

(6) El objeto puede diferir en gran manera de un contrato a otro. Puede ser un inmueble colectivo, bien en apartamento o villas individuales en una urbanización, que puede componerse de varias propiedades distintas, pertenecientes o gestionadas incluso por sociedades diferentes (edificio, piscina, club social, campos de deporte, etc.), fijo o variable (en una misma vivienda o en cualquiera de los inmuebles que la sociedad propietaria tenga por el mundo) o tratarse de una habitación hotelera, o incluso de otros bienes, como caravanas, embarcaciones de recreo, o de cualquier bien que permita un uso compartido en intervalos sucesivos que se renuevan anualmente.

En cuanto al período de tiempo en que se materializa dicho disfrute respecto al objeto en que recae puede ser fijo (mismo objeto y período de tiempo), flotante (tanto objeto como período de tiempo pueden quedar indeterminados o referidos a una categoría precisa o no) o mixto (tanto el objeto como el período de disfrute pueden combinar características fijas y flotantes a la vez).

a disfrutar de un objeto equipado, inmobiliario en la mayoría de las ocasiones, pero no exclusivamente (7), durante un período de tiempo estipulado en cuanto a duración y concreción, careciendo de las preocupaciones complementarias y de los altos costes de mantenimiento de una segunda vivienda de temporada que debe soportar cualquier propietario.

Las ventajas materiales que ofrece al consumidor pueden parecerle atractivas (coste de adquisición reducido, ningún problema de gestión, posibilidad de alquiler en caso de no ocupación personal) sin embargo, los inconvenientes inherentes a esta fórmula son numerosos y las organizaciones de consumidores reciben sobre el tema cuantiosas quejas y denuncias.

Las razones de tal situación son de diversa índole. Por una parte, se trata de un fenómeno sumamente complejo en sí mismo considerado y enormemente diversificado en la práctica. Por otra, la mayor parte de los países europeos no tienen normativa específica sobre la materia. Salvo Portugal (Decreto-Ley n.º 355 de 31 de diciembre de 1981 y Decreto-Ley n.º 386 de 4 de octubre de 1983, modificados y complementados por Decreto-Ley n.º 130, de 14 de abril de 1989), Francia (Ley de 6 de enero de 1986 "sobre las sociedades de atribución de inmuebles utilizados a tiempo compartido") y Grecia (Ley n.º 1652/86 sobre los contratos de multipropiedad y Decisiones ministeriales n.º A 9935/1789/11-15-12-87), ningún país tiene reglas específicas que la regulen, de lo que resulta una diver-

Suele ser también característico de este sistema, el hecho de que el objeto se encuentre en el extranjero o país distinto al de la residencia habitual del adquirente y la participación en el contrato de un número considerable de personas (vendedor del país del adquirente, el representante de la compañía en el lugar donde esté situado el objeto, la compañía de gestión, el club constituido en forma de sociedad, el club de intercambio, el notario, el registrador de la propiedad..., teniendo en la mayoría de los casos el hándicap de ser una transacción transfronteriza, cuyo tratamiento jurídico, tratándose de bienes inmuebles, depende principalmente de la ley del lugar de donde el objeto está situado, amén de otras implicaciones que del orden público de cada país se puedan derivar (*vid.* Informe elaborado por la Comisión de Peticiones del Parlamento europeo (PE DOC A 3-14/89, de 1.9.1989) sobre transacciones inmobiliarias transfronterizas).

(7) Pueden someterse a este régimen el uso compartido de caravanas, barcos de recreo, aviones, etc...

sidad de fórmulas de creación, de existencia y de extinción de la llamada multipropiedad demasiado considerable que van a hacer variar la naturaleza del derecho, así como su gestión (8), y en tercer lugar, el hecho de ser en múltiples supuestos un contrato de carácter eminentemente transfronterizo.

La situación se presenta complicada en la práctica para el ciudadano medio. La ausencia de normas específicas hace que las empresas promotoras, basándose en el principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad de empresa configuren sus ofertas en la materia, de la forma más favorable a sus intereses económicos, utilizando con demasiada frecuencia la idea de propiedad, hablando de multipropiedad sin serlo, como idea más atrayente para los posibles adquirentes que la mención de derechos personales atípicos o poco enraizados socialmente y utilizando condiciones generales abusivas.

Posiblemente, la denominación que pueda ser conceptualmente omnicomprendensiva de los distintos supuestos que en ella suelen englobarse, sea la de “derecho de disfrute a tiempo compartido”, que dada su longitud, por razones de orden práctico se viene introduciendo la locución inglesa de “timeshare” como equivalente de una nueva forma de acceso a bienes inmuebles, generalmente viviendas, que concede a su titular el derecho a ocupar y disfrutar una de ellas, determinado número de días al año, bien de forma perpetua o temporal, configurándose jurídicamente como un derecho real o bien, tener características estrictamente obligacionales, a los que pueden unirse acuerdos de intercambios nacionales o internacionales de estancias.

Es particularmente interesante subrayar que todos los países, con excepción de Francia, han abandonado en su regula-

(8) Se puede hablar de diversas nociones; así, como términos más usuales se introducen los de: “propiedad periódica”, “propiedad estacional”, “copropiedad múltiple”, “propiedad en el tiempo”, “propiedad a tiempo parcial o a tiempo compartido”, “propiedad espacio-temporal”, “propiedad intermitente”, “divi-copropiedad”, “derecho de disfrute cíclico”, “multidisfrute”, “multiocupación”, “interval ownership”, “part-time ownership”, “time-spare ownership”, etc... Exposición de Motivos de propuesta de Directiva, *cit.*, II.2, pág. 4.

ción el marco obligacional de la sociedad por el de carácter real de la copropiedad o de la comunidad, con el fin de asegurar a los llamados “multipropietarios” un derecho real inscribible en los Registros inmobiliarios, y por ello oponible a terceros.

Tres técnicas son las mayormente utilizadas en el mercado europeo:

1.º *El arrendamiento de habitación, perpetuo o periódico y temporal*: Considerado como un derecho real de uso, permite a los propietarios de un inmueble dividirlo en lotes o parcelas y cada lote o parcela por períodos de disfrute, que permitan un arrendamiento al multipropietario, ejerciéndose solamente cada año durante uno o varios períodos.

144 Este procedimiento tiene sus propias modalidades. Se practica en Inglaterra y países del Common Law, mediante la atribución de un proyecto a una sociedad independiente denominada “trustee” que conserva la propiedad y unida a la tradición de los Clubs, la pone a nombre de uno de ellos, de los que los compradores individuales se convierten en miembros de forma automática. El derecho de “membership”, se materializa en un certificado y su contenido no es el de un derecho de propiedad, sino un derecho de disfrute del objeto completamente equipado y dotado de estructuras complementarias, dividido en intervalos temporales, a uno de los cuales se circunscribe su derecho. En el contrato de compra se prevé generalmente la constitución de una asociación de los miembros del club, que pueda adoptar si lo desea la forma de una sociedad separada y será la responsable del funcionamiento del proyecto y de las cargas anuales.

También en Alemania donde el propietario acuerda bien una servidumbre personal limitada o un derecho de habitación permanente que puede ser constituido como carga real de un apartamento, por el período convencional determinado.

Otra versión, utilizada en Grecia (ley n.º 1652/86), es la del contrato de multiarrendamiento, cuya peculiaridad se centra en

no ser un arrendamiento continuo sino que recae sobre un número concreto de días cada año que el propietario, llamado en esta relación arrendador se compromete a ceder a un tercero, arrendatario, el uso de un alojamiento turístico con servicios de diversa índole asociados.

El arrendamiento de habitación periódico como derecho real específico, es igualmente la solución legislativa adoptada en Portugal (Ley n.º 130/89 que modifica las anteriores).

2.º *La copropiedad y la indivisión:* En Alemania, Dinamarca, Bélgica, Italia y España, la copropiedad es la base de la denominada multipropiedad: el inmueble está dividido en lotes o partes, el apartamento o la parte dividida que constituye el lote es la propiedad de varios multipropietarios. Se trata de un derecho real de copropiedad inmobiliario con durabilidad permanente de un derecho de disfrute compartido en el tiempo.

145

A una copropiedad se superpone una indivisión (Alemania, Bélgica, Francia y España) o, una comunidad de bienes o, una comunidad indivisa. La mayoría de las legislaciones permiten fijar convencionalmente la duración de la indivisión, contemplando incluso el hacerla perpetua.

3.º *Las sociedades o modelo societario:* En ellas la propiedad del inmueble y de las unidades que lo componen pertenecen a una persona jurídica de tipo societario, donde los asociados tienen derecho a utilizarlo en virtud de ser titulares de una acción o participación en la sociedad propietaria, por lo que se traduce en un derecho de carácter personal vinculado al accionariado de una sociedad civil o mercantil, cuyas características suelen ser, en líneas generales: ausencia casi total de beneficios sociales y atribución del disfrute de una parte del activo patrimonial a los asociados.

La estructura societaria se utiliza en Francia y se regula por Ley n.º 86-18. La sociedad es propietaria del inmueble y sus asociados tienen un derecho de uso y de estancia. Este

régimen se adopta igualmente, pero en menor medida, en Alemania e Italia.

Nuevas fórmulas van apareciendo recientemente, tales como la “prepropiedad” y la “nueva propiedad” en Francia o el llamado “multialquiler” en Suiza que tienden a mitigar los inconvenientes inherentes a la figura conocida como multipropiedad hasta el momento. Presentan, como ella, seductoras apariencias pero si se quiere seguir la lección dada por estos sistemas y sus peligros, sería urgente encauzar este conjunto de nuevas fórmulas en un cuadro jurídico más adecuado y protector del adquirente (9), en un aspecto contractual que tiene características bastante peligrosas para la defensa y protección de sus intereses, que pueden sintetizarse en las siguientes: carácter transfronterizo de la mayor parte de las transacciones; técnicas de marketing agresivas y publicidad en muchos casos engañosa; pluralidad de situaciones de naturaleza jurídica diversa que se encuentran comprendidas en el término genérico de multipropiedad; la ausencia de legislación específica sobre la materia en la mayor parte de los supuestos.

146

II. La regulación del Derecho comparado de los países miembros de la CE

Esa mencionada falta de regulación legislativa y la ausencia de uniformidad en la existente es la que hace resaltar la necesidad de una mínima base jurídica común en los países miembros de la Comunidad. No existen leyes específicas en Alemania (10),

(9) MANIET, F.: “1990: les rêveries d'un touriste solitaire”, *REDC*, 1990/2, págs. 73 y ss., en particular, págs. 87 a 89.

(10) En 1990 había 18.000 multipropietarios alemanes, de los que el 30,9% poseían su “timeshare” en España y 6.820 lo tenían ubicado en Alemania. No existe régimen jurídico específico y sí una multiplicidad de fórmulas: sociedad por acciones (el más extendido), derecho real de propiedad inmobiliaria sobre un apartamento específico (“Bruchteilsgemeinschaft”), un derecho de disfrute temporal sobre inmuebles o la sociedad civil cercana al sistema anglosajón de “clubs” (“Vereinsmitgliedschaft”) que plantean múltiples problemas. Desde 1987 existe un organismo, el “Timeshare Verband” que ha establecido un conjunto de normas de voluntario cumplimiento, donde se incluye

Bélgica (11), Luxemburgo, España (12), Italia (13), Países Bajos (14), Dinamarca (15), Reino Unido (16) e Irlanda,

la necesidad de una información publicitaria que sea veraz y completa; la prohibición de toda técnica agresiva de venta; garantías financieras para los "timeshares" en vías de construcción y un plazo de reflexión para el adquirente de siete días a contar desde la firma del contrato.

(11) País cuyo mercado en la materia está en plena expansión, tanto en los proyectos que se realizan en su territorio, como cuanto a ciudadanos belgas que adquieren mediante esta fórmula su residencia de vacaciones, la mayoría en el extranjero (el 82, 6% en España). Aún no disponiendo de regulación jurídica específica, su sistema jurídico es el que mejor se adapta a las nuevas figuras proporcionando un estatuto real a la propiedad espacio-temporal, al haber reformado el conjunto de normas relativas a la copropiedad en el Código civil por Ley de 8 de junio de 1924 (art. 577 bis). El "timeshare" se concibe como un derecho real inmobiliario que necesita publicidad registral para que sea oponible a terceros, lo que supone el paso previo de que la forma del contrato de adquisición sea la de documento público notarial.

(12) Estado europeo con mayor número de propietarios con un "timesharing" en su territorio, alcanzando la cifra del 7, 8% del total mundial en 1990 y ocupando el segundo lugar tras Estados Unidos. Desde 1988 se suceden los Borradores de Anteproyectos legales ya conocidos: Borrador de Anteproyecto de Ley sobre Multipropiedad, de 1988; Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos inmobiliarios, de 1989; Borrador de Anteproyecto de Ley de tiempo compartido, elaborado por la Secretaría General de Turismo, 1990 y Borrador de Anteproyecto de Ley de conjuntos inmobiliarios de 1991.

(13) Ante el abultado y diverso número de opiniones doctrinales y la existencia de modelos tan diversos, existen cualificadas peticiones de regulación normativa al respecto. Como consecuencia de las mismas, hay dos Proyectos de Ley: el primero en el tiempo que se denomina "Disciplina de la multipropiedad" o Proyecto del Gobierno, que tiene como base el trabajo presentado por una Comisión nombrada al efecto, encabezada por el eminente jurista N. Irti, de 27 de junio de 1987, y el conocido como Proyecto Fontana, elaborado por un grupo de parlamentarios, de 2 de julio de 1987, denominado "Disciplina de la multipropiedad de los inmuebles de destino residencial o turístico-hoteler". Los recogen y los comentan, entre otros: FA: "Verso un assetto normativo della multiproprietà", *Riv. della Società*, 1987, págs. 1044-1045; Quadrimestre, 1987/2, págs. 556-557; ALPA: "Multiproprietà. Problemi attuali e prospettive di normazione", *Riv. del Notariato*, 1987/6, Parte I, págs. 1087 y ss. y Parte III.

(14) No existe mercado en Holanda, sólo se encuentra en sus comienzos. Los 3.000 ciudadanos que lo poseen, lo tienen la mayor parte en España. No existe ni ley ni jurisprudencia sobre la materia, pero singularmente, la doctrina siempre ha defendido una combinación entre un derecho real muy cercano a la enfiteusis y un derecho personal vinculado a una sociedad cooperativa.

(15) A finales de 1990, se contabilizaban 4.000 ciudadanos propietarios de "timeshare", la mayor parte sobre inmuebles situados en España. Los proyectos realizados en suelo danés son recientes y no han tenido demasiado éxito. Se combinan diversas figuras y se carece de legislación específica, pero existen restricciones para extranjeros en cuanto a la adquisición de un derecho real inmobiliario, lo cual plantea una contradicción con el principio de no discriminación general exigido por el Tratado de Roma.

(16) Es, con diferencia considerable sobre los demás Estados miembros, el líder del mercado del timeshare en Europa. En 1990, contaba con 180.000 propietarios

aunque la situación y protección jurídica al adquirente varía ostensiblemente de un país a otro (17).

La regulación específica (18) hemos ya afirmado sólo se encuentra, cronológicamente hablando, en Portugal, Francia y Grecia, de forma totalmente diversa.

Corresponde a *Portugal* el honor de haber sido el primer país europeo que ha legislado sobre la materia, lo cual se corresponde con la situación económica y sociológica, ya que el "timeshare" se encuentra totalmente implantado en nuestro país vecino (19).

La legislación especial portuguesa lo califica como "derecho de habitación periódico", entrando en la disyuntiva histórica del "numeros clausus o apertus" de los derechos reales tan conocida en estas latitudes. El legislador portugués creó el nuevo derecho real "de habitação periodica" concebido como derecho "in rem" perteneciente a varios titulares, mediante el Decreto Ley n.º 355/1981 de 31 de diciembre, modificado

(10% del total mundial), de los que el 64,2% lo poseen en España, así como con 70 proyectos en su territorio y en 1991, con 74, la mayoría de intercambio y según el sistema de "club-trustee". Se da el dato único en la Comunidad de que existen empresas que se dedican a la venta de timeshare de segunda mano.

Carece de legislación específica, pero a partir del informe publicado por el *Office of Fair Trading* en 1990, el Gobierno tiene intención de ocuparse de la misma. Sin embargo, la laguna jurídica se suple con la considerable legislación existente en materia de protección al consumidor (por ejemplo, *The Estate Agents Act* (1979), *The Financial Services Act* (1986) o *The Consumer Protection Act* (1987) y la legislación relativa a los "trust".

Por su parte, desde 1987, la "Timeshare Developers Association" primero y la "Timeshare Council" desde 1990 han establecido un sistema de normas voluntarias y un código de buena conducta para sus miembros.

(17) *Vid.* "Exposición de Motivos" de la Propuesta de Directiva del Consejo de 24 de julio de 1992, *cit.*, págs. 20 a 38.

(18) Para un conocimiento más pormenorizado y extenso de estas regulaciones y de otras muchas, fuera del ámbito comunitario, *vid.*, entre otros, MARTÍNEZ-PINEIRO CARAMÉS: "Soluciones notariales al fenómeno de la multipropiedad o propiedad a tiempo compartido", *RDN*, n.º 135, Ene-Mar, 1987, págs. 7 y ss.; MUNAR BERNAT: *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho Comparado*. Prólogo de C. Lasarte, Madrid, 1991.

(19) En 1990, 33.000 propietarios en timeshare en suelo portugués, de los que menos de la cuarta parte eran propietarios nacionales, siendo un mercado en total expansión en la zona sur costera.

posteriormente por el Decreto Ley n.º 368/83 de 4 de octubre (20), complementando sus carencias y modificando determinados aspectos de las mismas el vigente y reciente Decreto Ley n.º 130/89 de 14 de abril.

La normativa específica se aplica a “conjuntos inmobiliarios turísticos” incluidos en la clasificación que a estos efectos establece el Decreto Ley n.º 328/86, de 30 de septiembre, ya sean independientes o pertenezcan a otro inmueble como parte autónoma.

La duración del derecho de habitación periódica es, salvo pacto en contrario (duración mínima, veinte años), indeterminada y el período anual no puede ser superior a treinta días consecutivos, quedando excluido el sistema de semanas flotantes.

Toda información, promoción y publicidad sólo puede hacerse tras la definitiva aprobación del proyecto por la Dirección General de Turismo y deberá tener un contenido completo y preciso, en cuanto a identificación del vendedor, descripción del proyecto, duración y época de disfrute anualmente comprada, agrupamientos complementarios e indicación de los derechos y obligaciones de las partes o contenido contractual, sin que en ningún momento ni en ningún lugar pueda aparecer la palabra propietario y causar equívocos a los posibles adquirentes, así como el aseguramiento de la construcción del proyecto, si se contrata en plano, y la existencia de su afianzamiento o seguro (21).

149

El contrato debe incluir una cantidad considerable de con-

(20) Vid. MUNAR BERNAT: *Regímenes jurídicos de multipropiedad en el Derecho Comparado*, Prólogo de C. Lasarte, Madrid, 1990; PAU PEDRON: “La multipropiedad en el Derecho comparado”, *Rev. D.º Registral*, n.º 10, 1984, sin incluir la reforma introducida por el Dt.º Ley n.º 130/89, de 14 de abril.

(21) Como garantía del cumplimiento de sus obligaciones el propietario o promotor del proyecto debe constituir fianza en favor de todos los titulares, bien mediante seguro, garantía o depósito bancario, siendo su montante, como mínimo, la mitad del valor anual de la totalidad de las participaciones periódicas exigibles a los titulares. Dicho título de fianza debe depositarse en la Dirección General de Turismo con la solicitud del proyecto y la prueba anual de su vigencia hasta que el proyecto se termine y se ponga a uso y disfrute de los titulares, según las condiciones pactadas.

diciones mínimas que garanticen los intereses del adquirente, entre las que se incluyen las mencionadas para la oferta y promoción del proyecto, así como **un plazo de reflexión** de siete días a contar desde la firma del contrato, en los que puede rescindir el mismo mediante carta certificada con acuse de recibo, aunque *no se impone la mención de dicha cláusula en el contrato*.

El derecho de habitación periódica se constituye mediante escritura pública e inscripción de la misma en el Registro inmobiliario correspondiente.

Su objetivo principal es por tanto la protección del adquirente del derecho de utilización periódica de una vivienda, de destino turístico o vacacional, por lo que pueda acceder a la categoría de consumidor cuando contrate y lo use como destinatario final.

150

Francia es el segundo ejemplo de regulación sustantiva específica sobre la materia, lo cual no ha evitado la proliferación de nuevas fórmulas y denominaciones que no aumenta la transparencia del mercado, sobre todo para los posibles adquirentes extranjeros (22). El mercado francés se encuentra en estos momentos en plena expansión, siguiendo la mayoría de los proyectos la fórmula jurídica de **sociedad civil de atribución**, regulado por la Ley n.º 86-18 de 6 de enero (23), relativa a las sociedades de atribución de inmuebles en situación de disfrute a tiempo compartido, que considera el derecho del adquirente de naturaleza personal y no real.

Tales sociedades se definen en el art. 1.º, párr. 1, como aquéllas “constituidas con el objeto de la atribución, en su integridad o en forma fraccionada, de inmuebles destinados con carácter principal a vivienda en régimen de disfrute periódico a sus socios sin concesión de derecho real alguno de propiedad ni de ningún otro derecho real en contraprestación

(22) *Vid.* “Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva...”, *cit.*, pág. 25.

(23) Aparece recogida como anexo por HERRERO GARCÍA: *La multipropiedad*, Madrid, 1988; MERINO GUTIÉRREZ: “La multipropiedad y su precaria configuración jurídico civil: aspectos fundamentales” (Inédita), Oviedo, 1988.

a sus aportaciones" (24). La fórmula acogida hace que los compradores del "timeshare" se conviertan en asociados especiales que, a cambio de sus aportaciones, reciben en un período de tiempo anualmente predeterminado una serie de servicios y la carencia de ánimo de lucro, por lo que la sociedad civil es la forma mayoritaria a la que se acoge debido a su mayor flexibilidad operativa.

La Ley tiene como finalidad principal proteger al accionista usuario de "timeshare" de bienes inmobiliarios, ya sean turísticos o no, cuyo destino sea por tanto residencial en régimen periódico, con extensión voluntaria al suministro de servicios, equipamientos colectivos necesarios para la vivienda o el inmueble y al de aquellos que estén directamente vinculados por destino al mismo.

Tanto en la oferta como en el contrato no debe aparecer la palabra propietario, sino que debe dejar muy claro que el adquirente asume la cualidad de asociado (art. 33), calificándose toda infracción a esta disposición como publicidad engañosa y genera una acción de suspensión del proyecto y/o una sanción penal (25).

151

Se considera esencial la confección de un reglamento que indique la existencia y condiciones particulares de aspectos tales como: la posibilidad de un servicio de intercambio de los períodos de disfrute, de la venta de las acciones, de las partes sociales, del destino del inmueble y de sus diversas partes y organizar las modalidades de utilización de los equipamientos colectivos, la parte proporcional de las cargas o las bases según las que se realiza su reparto (arts. 8 y 9) (26).

Como aspecto fundamental la Ley exige la elaboración de

(24) *Vid.* ZENATI: "Sociétés d'attribution. Loi n.º 86-18 du 6 janvier 1986 relative aux sociétés d'attribution d'immeubles à temps partagé", *RTDC*, 1986, n.º 2, pág. 442 y ss., y MUNAR BERNAT, *ob. cit.*, págs. 95 a 102.

(25) Art. 44 de la Ley de 27 de diciembre de 1973.

(26) La Ley distingue dos categorías de cargas: 1. comunes: vinculadas a los servicios colectivos, el funcionamiento y los elementos de equipamiento del inmueble y 2. específicas: relacionadas con la ocupación, tales como gastos de agua, gas, electricidad, etc.

una descripción de la división que delimite las diversas partes del inmueble social, distinguiendo las que son comunes de las que son de uso privado (art. 8), a la que debe añadirse una relación en la que se recojan los períodos y la adscripción de las partes o de las acciones a los lotes.

La constitución, modificación, transmisión o extinción del contrato debe constar por escrito, bien en documento privado o público notarial que precise la naturaleza de los derechos del accionista, su extensión espacial y temporal. Si se trata de una cesión de las partes o de las acciones, en el documento de venta debe precisarse la situación contable del cedente, certificada por la sociedad, y el precio de la cesión, salvo que se haga a título gratuito (art. 20). A este documento de suscripción o de cesión deben adjuntarse los demás mencionados (el reglamento, la descripción y el cuadro de asignación del disfrute del derecho por las partes, además de los estatutos de la sociedad con nota informativa de las características materiales del inmueble y un inventario del equipamiento y mobiliario (art. 20).

En cuanto a las garantías financieras están pensadas para proteger a los usuarios o consumidores en sentido jurídico de “timeshare”, entre las que cabe destacar:

— Las sociedades de atribución de inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido, no pueden ser fiadoras del promotor (art. 2) y sus asociados sólo van a responder de las deudas sociales contraídas frente a terceros hasta la cuantía de sus aportaciones (art. 4).

— Los inmuebles en vías de construcción presentan riesgos añadidos, por lo que la ley prohíbe cualquier contrato de cesión de partes o acciones con terceros ajenos a la sociedad, hasta la terminación del proyecto, salvo que se haya proporcionado una garantía financiera (27) y un contrato de venta del

(27) Garantía que debe proporcionar, según dispone el art. 22 de la Ley, un establecimiento de crédito habilitado al respecto, una empresa de seguros acreditada o una sociedad de fianza mutua.

inmueble que vaya a construirse como garantía de terminación.

— Cualquier desvío de fondos que traiga causa de la formación o de la ejecución de un contrato de sociedad de atribución de inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido está penado con multas (art. 31 y 408 C. Penal).

— Las sociedades están legalmente obligadas a constituir un consejo de vigilancia, elegido por la asamblea general de asociados, cuyas competencias son sustancialmente consultivas y cuya gestión se encuentra sometida al control de un auditor que es elegido por la asamblea y debe ser un técnico no asociado anualmente elegido (art. 18).

— Todo asociado cuyo derecho recaiga en un inmueble ya construido, tiene derecho a arrendar o prestar el mismo (art. 23).

Se protege pues al accionista que se constituye en usuario de un derecho de residencia o habitación periódica.

El tercer y último país que ha regulado en Europa el “timeshare” es *Grecia* (28), donde va abriéndose camino e

153

(28) Debe tenerse en cuenta el problema que plantea la legislación griega que prohíbe a los extranjeros la adquisición de derechos reales —incluido el “timeshare”— en las regiones cercanas a zonas fronterizas, dentro de los límites de la soberanía del Estado griego bajo pena de declarar inválida la transacción realizada y lleva aparejada la imposición de multas, además de suponer la comisión de un delito, tanto para los contratantes, como para el Notario que autoriza la operación, excepción hecha de la hipoteca. (Ley 3250/1924; Dt.º Legislativo de 4 de septiembre de 1924; Dt.º Legislativo de 5 de mayo de 1926; Ley de 18 de febrero de 1927; Dt.º de la Presidencia de 24 de junio de 1927) que son un intento de las autoridades griegas para preservar la integridad de su territorio y garantizar la seguridad nacional.

Como es evidente en el concepto de zonas fronterizas se incluyen todas las zonas costeras de las Islas griegas, ampliando la Jurisprudencia el alcance de la normativa a todos aquellos supuestos en que una de estas zonas turísticas aparece en manos de una sociedad inscrita y domiciliada en Grecia, pero controlada y dirigida por extranjeros, lo cual dificulta enormemente la expansión de multinacionales en el sector o de compañías nacionales de intercambio (MUNAR BERNAT: “Regímenes jurídicos...”, *ob. cit.*, págs. 103 y 104).

Sin embargo, en 1990 el Tribunal de Apelación del distrito de Dodecanesos interpretó que dicha legislación era contraria a los arts. 7, 48, 52 y 57 del Tratado de Roma (tal y como estaban redactados antes del Tratado de Maastricht) considerándola inaplicable. Esta decisión es consecuencia de una condena a Grecia por parte del Tribunal Europeo de Justicia (Decisión n.º 505/87 de 30.5.1989); sin embargo, todavía se considera terreno fronterizo la mitad del territorio griego, aunque alguna de las restricciones se

implantándose esta nueva formulación de uso y disfrute de bienes, generalmente inmobiliarios.

La regulación específica griega se encuentra en la Ley n.º 1652 de 20 de octubre de 1986 sobre “el contrato de arrendamiento a tiempo repartido y regulación de las cuestiones relativas al mismo” y la Orden ministerial de 15 de diciembre de 1987 sobre la “atribución de las viviendas turísticas en régimen de arrendamiento a tiempo compartido”. Se trata de una normativa breve, que contempla de forma escueta los derechos y obligaciones de los arrendatarios y toda la gestión y el mantenimiento de las unidades (29).

154

Se concibe como un arrendamiento a tiempo compartido o “multiarrendamiento” de un alojamiento turístico así como lo relativo a los servicios asociados, que necesitan autorización previa a su constitución del Organismo Helénico del Turismo, cuya duración puede estar comprendida entre cinco y sesenta años. Se precisa además intervención notarial e inscripción registral por ser concebido como un derecho real de uso periódico.

El objeto principal de su protección es la adquisición de ese derecho de uso periódico sobre una vivienda turística.

III. Antecedentes comunitarios: la Propuesta de Directiva del Consejo, de 24 de julio de 1992

Hasta ese momento el proceso ha ido evolucionando a lo largo de los años. Desde el Documento de Trabajo del Consejo

hayán suavizado parcialmente mediante la Ley n.º 1892/1990 de 31 de julio (Vid. “Exposición de motivos: la situación de los Estados miembros” de la *Propuesta de Directiva del Consejo* relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido, de 24 de julio de 1992, *cit.* pág. 32).

(29) Vid. GARCÍA AMIGO: “Propuesta de Resolución por la que se solicita a la Comisión y al Consejo de las Comunidades Europeas una Directiva que regule el régimen de multipropiedad en los Estados miembros”, AC, n.º 39, octubre, 1988, págs. 2405 y ss.

CEE de 26 de mayo de 1986 (30) en relación con la problemática que surge con el “timesharing”, meramente informativo sobre la necesidad de proteger al adquirente y de una armonización mínima legislativa en todos los Estados miembros, pasando por las distintas propuestas de Resolución del Parlamento europeo que vamos a examinar a continuación, se pone de manifiesto la urgente necesidad de una regulación comunitaria del sector para evitar los excesos y abusos que se están cometiendo con los adquirentes de un derecho de utilización periódica sobre un inmueble.

La actividad en el seno del Parlamento Europeo se inicia con la “Propuesta de Resolución sobre la necesidad de colmar las lagunas jurídicas de la multipropiedad”, de 16 de noviembre de 1986, del diputado Sr. Hoon (31).

Continúa con la “Propuesta de Resolución sobre los fraudes existentes en el sector inmobiliario en los Estados miembros”, de 6 de abril de 1987, de los diputados, Sr. Mc Millan Scott y otros (32).

155

El 8 de abril de 1987, la “Propuesta de resolución en relación con las irregularidades en promociones inmobiliarias, primordialmente en las zonas turísticas de las cuencas mediterráneas”, del diputado Sr. Romera i Alcazar (33).

Y se centra sobre todo en la “Propuesta de resolución sobre la elaboración de un Reglamento de conciliación y arbitraje que regule las relaciones contractuales en materia de adquisición de bienes inmuebles en país extranjero”, en la sesión de 26 de octubre de 1987, del diputado Sr. Lafuente López (34), que considera el carácter transfronteriza de la mayor parte de estos contratos y el hecho de que se les aplique el Derecho del lugar donde se encuentre situado el inmueble hace que los adquirentes se encuentren en situación desventajosa y

(30) Doc. X1/382/86 EN.

(31) PE Doc. B2-1026/86.

(32) PE Doc. B2-1679/86.

(33) PE Doc. B2-79/87.

(34) PE Doc. B2-934/87.

se propicien los fraudes, siendo enviada por el Parlamento Europeo, de conformidad con el art. 63 del Reglamento, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos para examinar el fondo de la propuesta y a la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Protección del Consumidor, así como a la Comisión de Juventud, Cultura, Educación, Información y Deporte, para expresar su opinión al respecto.

En la sesión de 18 de diciembre de 1987, la mencionada Comisión nombra Ponente al diputado y jurista español Sr. García Amigo para elaborar un Informe (35) sobre la

(35) *Vid.* el conocido normalmente como "Informa García Amigo", en Documentos de Sesión del Parlamento Europeo 1988-1989, 3 de octubre de 1988 (Doc. A2-199/88), Exposición de motivos, págs. 7 y ss., en el que se plantean diversas cuestiones en torno a la necesidad de una regulación comunitaria "para proteger los intereses de los turistas multipropietarios, como objetivo fundamental para la consecución del mercado interior europeo" (pág. 14 *in fine*), considerando la Directiva como medio idóneo para tales fines cuyo contenido mínimo debería centrarse en:

A.— Derechos del multipropietario, comprendiendo: la facultad de diaposición de su derecho de uso durante el período de tiempo establecido en el contrato, la facultad de no verse privado del ejercicio de su uso y disfrute, el derecho de contribuir únicamente a las cargas y gastos de carácter ordinario sin que se vea comprometido por cláusulas contractuales que le obliguen a desembolsos extraordinarios y el derecho a un período de reflexión uniforme o razonable que le proteja de una publicidad excesivamente agresiva o incluso engañosa. A los que podrían añadirse: facultad de enajenar su derecho de uso con las debidas garantías, o de inscribirlo en el Registro de la Propiedad cuando tenga carácter real.

B.— Obligaciones del multipropietario, incluyendo tres como mínimo: 1.ª) Contribuir a las cargas y gastos de la *multipropiedad en proporción a su derecho y en los límites y condiciones inicialmente pactados*; 2.ª) Utilizar el inmueble con la debida diligencia, respondiendo de los daños que le cause por abuso o mala utilización; 3.ª) Disfrutar de su derecho únicamente en el período que le corresponda.

C.— Organización de la multipropiedad, tanto en torno a su administración por una entidad específica, cualquiera que sea la forma jurídica que haya adoptado, existencia de estatutos sociales precisos que reconozcan el voto del multipropietario y la soberanía de la asamblea general para la toma de acuerdos, establecimiento de un órgano de gerencia del inmueble y un comité de control de la sociedad, con los mecanismos legales de fiscalización de las sociedades promotoras de multipropiedad, asegurando al multipropietario el uso normal y pacífico del inmueble y una gestión transparente de las operaciones comerciales.

D.— Protección contractual del consumidor en el momento de la adquisición inmobiliaria en este régimen, contra las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión, la publicidad engañosa o fraudulenta, el régimen de garantía efectiva por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso, la responsabilidad por el mal funcionamiento de los servicios ofrecidos, etc. (pág. 16).

laguna existente en la multipropiedad. Una vez elaborado, es examinado por la Comisión en reunión de 22 a 24 de junio de 1988 y en las sesiones del Parlamento de 28 y 29 de junio de 1988 se aprueba por unanimidad el conjunto de la Propuesta de resolución de 30 de septiembre de 1988 basándose en el art. 100A del Acta Unica Europea y dirigida a la protección de los consumidores.

Tal Resolución “sobre la necesidad de llenar la laguna jurídica existente en el sector de la multipropiedad” (36) de 13 de octubre de 1988, en la que el Parlamento Europeo, teniendo en cuenta todos los precedentes mencionados, así como las Resoluciones del Consejo (37) sobre una política comunitaria del turismo y la Decisión de 12 de diciembre de 1986 (38) por la que se establece un procedimiento de consulta y coordinación en el sector del turismo así como la Comunicación de la Comisión en la que se definen las primeras orientaciones de una política comunitaria para el turismo (39), pide a la Comisión que presente una propuesta de directiva para armonizar las legislaciones nacionales en el ámbito de la multipropiedad, sugiriendo que en ella se regulen al menos los siguientes aspectos:

- los derechos y obligaciones de los propietarios en régimen de multipropiedad.

- las cláusulas generales de los contratos, precisando al menos las cláusulas abusivas.

- la organización de la multipropiedad.

- la regulación de las sociedades promotoras y administradoras de la multipropiedad.

- la publicidad engañosa o fraudulenta.

- un período de reflexión para rescindir el contrato de adquisición a favor del adquirente de multipropiedad.

(36) Doc. A2-199/88, DOCE N.º C 290/148 de 24.11.88. Vid. GARCÍA AMIGO: “Propuesta de Resolución...”, *loc. cit.*, págs. 2405 y ss.

(37) De 16 de diciembre de 1983 (DOCE n.º C 10, de 16.1.84) y de 10 de abril de 1984 (DOCE n.º C 115, de 30.4.1984).

(38) DOCE n.º C 7, de 12.1.87.

(39) DOCE n.º C 115, de 30.4.1984.

— la aceptación de incentivos, como obsequios, servicios gratuitos, dinero o descuentos importantes que no debe considerarse como prueba de aceptación de una oferta de venta.

Pero el tema continúa en el seno del Parlamento Europeo. El paso siguiente se da con el “Informe elaborado por la Comisión de Peticiones sobre transacciones inmobiliarias transfronterizas”, de 1 de septiembre de 1989, del que es Ponente el Sr. McMillan-Scott (40), donde se pone de manifiesto otra vez, la necesidad urgente de una regulación comunitaria sobre la materia para evitar el cuantioso número de fraudes y de prácticas ilegales detectadas en el mercado inmobiliario transfronterizo europeo.

158

El Informe de la Comisión de Peticiones es importante por varias razones. En primer lugar, se da una definición de transacción inmobiliaria transfronteriza entendiendo por tal “las negociaciones llevadas a cabo con vistas a la venta o a la compra de inmuebles que implique a nacionales o a sistemas jurídicos de dos o más Estados miembros” (41). Pero además, pone especialmente de relieve la prioritaria necesidad de una regulación inmediata en España en materia de “multipropiedad”, puesto que la mayoría de los centenares de quejas recibidos por el ponente (un 90%) se refieren a propiedades situadas en nuestro país (42).

Pero el tema continúa sin resolverse a nivel comunitario. En pregunta escrita ante la Comisión de Comunidades Europeas del Sr. Lyndon Harrison (43) en enero de 1991, requiriendo información sobre la posible previsión de algún tipo de legislación europea que permita reglamentar y/o armonizar las leyes relativas a las propiedades en régimen de copropiedad a tiempo parcial, en atención a la naturaleza transfronteriza del contrato y los abusos que se vienen practicando, haciendo

(40) Dictámenes. *PE* Doc A 3-14/89.

(41) *Vid.* Exposición de motivos de la propuesta de Directiva sobre..., *cit.*, II.5, pág. 11.

(42) *Ibidem.* II.6, pág. 11.

(43) N.º 2873/90 (3 de enero de 1991), *DOCE* N.º C 136/21, de 27.5.91.

hincapié en una clara y completa información previa a la firma del contrato y a la posibilidad de su rescisión dentro de un período de reflexión; la respuesta del Sr. Van Miert en nombre de la Comisión (44) no puede ser más desalentadora, limitándose a una referencia a la Propuesta de Directiva enviada al Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos públicos (45), en la que se incluye una disposición relativa a los “contratos sobre intereses en propiedad compartida, en el sentido de que se considera abusivo todo contrato que no conceda al comprador un período de reflexión de siete días” y poco más.

La reciente Propuesta de Directiva del Consejo relativa a “la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido”, presentada por la Comisión, de 24 de julio de 1992 (46), tiene como fundamento los trabajos realizados en el seno del Parlamento Europeo (Resolución de 13 de octubre de 1988), así como el Plan de acciones comunitarias en favor del turismo destinadas a mejorar la protección del turista en cuanto consumidor (47), y el carácter ampliamente transfronterizo de este tipo de contrato “por el hecho de la localización geográfica de la oferta y de la demanda en la mayor parte de los casos” (48), además de la ausencia de legislación específica en la mayor parte de los Estados miembros y las disparidades legislativas existentes, que determinan la necesidad de alcanzar **un nivel de protección elevado de los consumidores (49) en este tipo**

159

(44) De 13 de febrero de 1991, *DOCE* N.º C 136/21, 27.5.1991.

(45) *DOCE* N.º C 243, 28.9.1990.

(46) *COM* (92) 220 final-SYN 419.

(47) *COM* (91) 97 final, pág. 20.

(48) Considerando 4 de la Propuesta de Directiva relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido, de 24 de julio de 1992.

(49) El Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, considera específicamente como acción de la Comunidad Europea “una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores” (futuro art. 3.5. TCE), que se desarrolla en el art. 129 A del mismo Tratado. En esta disposición se señala que “la Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante medidas que adopte en virtud del art. 100A en el marco de la

de transacciones, propone la adopción de una Directiva, basada en el art. 100 A del TCE, en la que se contemplen las *normas mínimas para proteger a los consumidores cuando celebren contratos relativos a la utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido*.

Se sigue basando en la protección del consumidor como turista adquirente de un derecho inmobiliario que tiene la peculiaridad de disfrutarse en períodos concretos, pero se desmarca del término designado para denominar la figura hasta ese momento, abandonando —con indudable acierto a mi entender— la referencia a la multipropiedad por equívoca en muchos supuestos, y se acoge una denominación más omnicomprendensiva de las distintas figuras que en la práctica pueden darse y que van a tener siempre un denominador común: la utilización de un bien inmueble en régimen de tiempo compartido.

160 La Propuesta de Directiva se centra en dos cuestiones fundamentales para la protección del adquirente: la contemplación de los aspectos precontractuales (obligaciones del vendedor, posición del adquirente, información y publicidad que en última instancia debe concretarse en un documento que recoja los elementos mínimos de información antes de la firma del contrato y que deben ser parte del mismo) y los aspectos propiamente contractuales (contenido del contrato, el llamado “plazo de reflexión” cuya existencia debe conocer el adquirente en el momento de firmar el contrato que le va a permitir revocar o “rescindir” el contrato dentro del mismo sin ser objeto de penalizaciones), atendiendo al principio de subsidia-

realización del mercado interior y acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores y garantizarles una información adecuada”, reafirmando el principio de subsidiariedad. Estas acciones deberán ser adoptadas por el Consejo en cooperación con el Parlamento Europeo, constituyendo la acción comunitaria un mínimo común denominador de protección en todos los Estados miembros, lo que no impedirá que cada uno de ellos mantenga y adopte medidas de mayor protección, compatibles en todo caso con las disposiciones comunitarias. En esta línea se mueve esta Propuesta de Directiva del Consejo, de 24 de julio de 1992 relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido (art. 11).

riedad, por lo que los Estados miembros son competentes para establecer las garantías jurídicas y financieras para el adquirente de un derecho de este tipo, las disposiciones relativas a la gestión y el mantenimiento de los inmuebles así como la naturaleza jurídica del “timeshare”, que será competencia de cada uno de ellos. La protección concedida al consumidor es de carácter imperativo, de manera que cualquier cláusula contractual de renuncia a los derechos establecidos o de exoneración de responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso deberá ser considerada como nula en la legislación interna de los Estados miembros (art. 8).

Para cumplir sus objetivos, la Propuesta de Directiva se compone de 13 arts. y un fundamental Anexo, encuadrándose en el ámbito de la Resolución del Consejo de 13 de julio de 1992 sobre “futuras prioridades del desarrollo de la política de protección de los consumidores” (50).

El Título I, compuesto por los arts. 1, que señala su objeto: “aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros referentes a la protección de los adquirentes en los contratos relativos a la utilización de un bien inmueble en régimen de disfrute a tiempo compartido”. La utilización del término “adquirente” puede hacer pensar que se trata de cualquier persona y para cualquier fin de uso, incluso profesional, pero, en el art. 2 se definen los conceptos utilizados en el objeto. Así, a los efectos de la posible Directiva, se entenderá por:

161

“Contrato de utilización de un bien inmueble en régimen

(50) DOCE N.º C 186/1, 23.7.92. Así, la Propuesta de Directiva de 24 de julio de 1992 añade la “Ficha de evaluación del impacto” indicada por la mencionada Resolución, dirigida a empresas, en particular, pequeñas y medianas, así como a importantes organizaciones profesionales (European Timeshare Federation: a favor de la Propuesta de la que esperan se consiga desterrar determinadas prácticas comerciales abusivas), organizaciones de consumidores (Comité Consultivo de los Consumidores: totalmente a favor de la Propuesta) y colectivos de juristas de relieve (Conferencia Permanente del Notariado de la CE: a favor de la Propuesta pues considera que tendrá como más importante consecuencia un aumento de la transparencia del mercado. (Vid. Comisión de las Comunidades Europeas COM (92) 220 final-SYN 419, Bruselas, 24 de julio de 1992, págs. 61 y 62).

de disfrute a tiempo compartido”, aquél en el que “un vendedor transfiera o se comprometa a transferir a un adquirente, para un mínimo de tres años y mediante el pago de un determinado precio, un derecho real inmobiliario o cualquier otro derecho relativo a la utilización de un bien inmueble en un determinado período del año que no puede ser inferior a una semana”. Se trata pues de un contrato oneroso, bilateral, sinalagmático, que tiene un objeto específico y peculiar: la transferencia del derecho a usar y disfrutar un bien inmueble, propio o ajeno, marcado profundamente por coordenadas temporales, tanto en orden a su existencia (más de tres años) como a su ejercicio (una semana anual como mínimo).

162 Por “bien inmueble” se entiende “todo inmueble o parte de un inmueble al que se refiera el contrato”, por lo que cabe una interpretación amplia del término, ya sea por naturaleza, por destino o cualquier otra la determinación de tal consideración, sin que sea necesaria ninguna afectación, como por ejemplo, turística.

Sin embargo, son las definiciones de las partes las que van a marcar en la Propuesta de Directiva, un determinado rumbo, ya que se considera “vendedor” “toda persona física o jurídica que en este tipo de transacciones y **en el marco de su actividad profesional**, transfiere o se compromete a transferir a un adquirente un derecho real inmobiliario o cualquier otro derecho sobre la utilización de un bien inmueble, **siendo él mismo propietario del bien inmueble al que dicho derecho se refiere o disponiendo de una autorización del propietario para ello**”. Se trata de quien, por cualquier vía, ya sea real u obligacional, puede transmitir el uso y disfrute periódico del inmueble según lo pactado, o bien, quien lo representa, pero siempre en el ejercicio de una actividad profesional o de empresa, excluyendo pues a los transmitentes a título privado y con carácter ocasional, de tales derechos.

Tal vez sea la definición clave la de “adquirente”, ya que se trata de “toda persona física que, en las transacciones que entran en el ámbito de la presente Directiva, **actúa a título de**

consumidor, es decir, con fines que no se pueden considerar que entren en el marco de su actividad profesional”. La referencia expresa del texto, excluye de la protección a cualquier persona jurídica que contratase como destinataria final del derecho de uso de un bien inmueble a tiempo compartido, así como a toda persona física que lo hiciese para dar un uso no personal o familiar al inmueble, pero además, y ésta es tal vez la clave a mi parecer, la Propuesta de Directiva se dirige a proteger no a todo adquirente como puede desprenderse de su título o de la definición del contrato, sino a todo adquirente que tenga además de ser persona física, la condición de ser consumidor en sentido jurídico, o mejor usuario personal o familiar de la utilización del bien inmueble en régimen de disfrute a tiempo compartido que onerosamente ha adquirido. Descartando, por ejemplo las adquisiciones de tales derechos cuyo objeto sea un local comercial, o de vivienda incluso para inversión, etc...

163

El Título II (arts. 3, 4 y 5) regula las obligaciones del vendedor, constituyendo un mandato a los Estados miembros para que en sus legislaciones nacionales introduzcan medidas que obliguen al vendedor a garantizar al adquirente, en unas ocasiones de forma concreta, precisa y con carácter imperativo, pero en otra, de manera un tanto ambigua, las informaciones suficientes para tener un conocimiento exacto del derecho que adquiere y del conjunto de derechos y obligaciones que en él se contienen.

Así en el art. 3 y concordantes, se da un tratamiento distinto, según se trate de las garantías del apartado 1, que son obligatorias, concretas y puntuales, debiendo aparecer en todo contrato, centradas en cómo, cuándo se va a disfrutar el inmueble sobre el que recae el derecho según la legislación nacional del lugar donde se encuentra situado, la determinación del tipo de derecho de utilización que el consumidor adquiere sobre el bien inmueble (de naturaleza real o personal, por ejemplo) y la expresión de las cargas a las que se encuentra sometido; así como, en su caso, el derecho del adquirente a

utilizar además de los servicios comunes básicos, otros especiales o particulares que se hubiesen ofertado, ya sean presentes o futuros; la participación del adquirente en el proceso de administración del régimen del disfrute a tiempo compartido y de la gestión del inmueble en el recae —derecho cuyo contenido es delegable en terceros y revocable la delegación realizada—; las medidas que establecen los derechos del adquirente en relación con la gestión que deberán adaptarse a la letra m) del anexo o las bases de distribución de las cargas comunes vinculadas a la ocupación que deberá hacerse de forma clara e inequívoca según dispone la letra j) del mismo (art. 4), todo ello documentalmente recogido y obligado a ser puesto a disposición de todos los “potenciales adquirentes” de manera que reciban una información “inequívoca, detallada y completa” de al menos los elementos indicados en el Anexo, distinguiendo la oferta de la promoción y publicidad al señalar el art. 5,2 “cualquier otra forma de publicidad deberá indicar la posibilidad de obtener el documento”, de manera que se ponga en ella de relieve no solo que existe, sino que está a disposición de cualquier persona interesada.

La oferta contractual debe ser pues clara, completa y documentada (al no existir referencia expresa, privada o pública) en todos los Estados miembros en cuanto a los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de tiempo compartido, debiendo incluir como mínimo todos los extremos indicados en el Anexo que veremos a continuación, pero, y esta es una de las claves de la Propuesta de Directiva, *redactado en una lengua que el adquirente, potencial o real, declare conocer*, que subraya y tiene presente el carácter eminentemente transfronterizo del contrato (art. 5.1), constituyendo un elemento esencial en la proyectada Directiva.

Sin embargo, la presión cede en el apartado 2 del art. 3, donde los Estados miembros sólo deberán prever medidas adecuadas para que el vendedor ofrezca “garantías suficientes”, en aspectos tan importantes para el adquirente como: la terminación de la construcción del bien inmueble o el derecho de

reembolso de cualquier anticipo que el adquirente hubiera realizado, en dos supuestos: 1. Cuando no se llegue a terminar el inmueble en el que se adquirió el derecho (bien en plano o en construcción); 2. Cuando ejercite la facultad de revocación de su consentimiento dentro del plazo que recoge el art. 7 de la misma, teniendo presente a la hora de su cómputo el evitar que se produzca “un enriquecimiento injustificado (51) para alguna de las partes”. Solución comunitaria imprecisa e incompleta, que puede hacer continuar la problemática de la inseguridad que produce que el mismo derecho sea garantizado de forma diversa y con distinta intensidad en los distintos Estados miembros, coexistiendo normas mínimas uniformizadas con normas nacionales diversas.

Si el Título II se dedica a la formación del contrato, el Título III se ocupa del régimen contractual propiamente dicho, exigiendo la forma escrita como imperativa para todos los contratos de esta naturaleza debiendo contener además de los aspectos mínimos exigidos —contemplados en el Anexo y la información previa a su firma, completa y detallada según lo indicado—, declarado expresamente por el adquirente, así como el *derecho de “retrocompra” que podrá ejercitar el adquirente en el plazo de por lo menos 14 días naturales o de por lo menos 28 si el derecho de disfrute a tiempo compartido puede ejercerse en un Estado diferente de la residencia habitual del mismo*, que deberá constar en el contrato de forma “inequívoca, claramente legible y al menos con los mismos caracteres que el resto del contrato, inmediatamente antes de las firmas de las partes interesadas, plazos respectivos que comienzan a contarse *a partir de la firma del contrato* (art. 7.1 y 2) cuya fecha debe constar en letras (art. 6).

(51) La misma expresión se utiliza en el art. 7 de la Directiva del Consejo 87/102 CEE, (DOCE n.º L 42, de 12.2.1987) relativa a la aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, modificada por la Directiva del Consejo 90/88 CEE de 22 de febrero de 1990 (DOCE n.º L 61, de 10.3.1990), en clara referencia de las obligaciones que surgen de los llamados “cuasi contratos”.

Tal facultad legal de renovación del consentimiento emitido, denominado por la Propuesta de Directiva “derecho de retro-compra”, ya ha sido utilizada en diversas Directivas que tienen como fin la protección del consumidor en supuestos contractuales donde es habitual la práctica de técnicas de venta agresivas (52). El adquirente, consumidor en sentido jurídico, puede ejercitarla “mediante el envío de una notificación a la persona cuyo nombre y dirección figuren a tal fin en el contrato”, dentro del plazo establecido, para lo que a estos efectos, “basta con expedir la notificación por carta certificada”. Revocación de la aceptación formal —por escrito— y según un medio preciso son prueba suficiente que sigue la teoría de la expedición (fecha del matasellos, por ejemplo, aunque llegue más tarde) para que surta los efectos previstos (art. 7.3) (53).

El *Anexo* de la Propuesta de Directiva del Consejo, de 13 de julio de 1992, relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido, recae sobre los *elementos mínimos que debe contener el documento que el vendedor está obligado a poner a disposición de cualquier adquirente potencial que informe, de manera inequívoca, detallada y completa; redactado en una lengua que el adquirente declare conocer, según dispone el art. 5 de la misma y para su obtención, los Estados miembros deberán prever medidas, con objeto de que el mencionado documento se haga por tanto, por escrito y que como mínimo, contenga* (art. 6):

a) La descripción detallada e inequívoca del bien inmueble sobre el que se transfiere al adquirente un derecho de disfrute a tiempo compartido, debiendo ajustarse a lo establecido en la letra a) del Anexo: “La descripción del bien inmobiliario

(52) Por ejemplo, la Directiva 85/577 CEE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, donde la califica de “rescisión” en sus Considerandos iniciales y en el art. 5.2 y de “renuncia” en los arts. 5.1 y 7 con notable imprecisión y muy defectuosa técnica jurídica.

(53) La Dir. 85/577 mencionada, acoge idéntico criterio (art. 5).

sobre el que existen o existirán derechos de disfrute a tiempo compartido, precisando la situación geográfica, la indicación de si se trata de bienes inmobiliarios ya construidos, en construcción o que vayan a construirse y, en todo caso, de que se ha construido o será construido según todas las normas profesionales y con la condición de obtener de las autoridades del Estado en que está o estará, la autorización necesaria, según la legislación nacional, para poder ocupar efectivamente el bien inmobiliario en cuestión”.

b) El tipo preciso de disfrute a tiempo compartido que se transfiere al adquirente. Este tipo de derecho *deberá figurar necesariamente entre los incidados en la letra d) del anexo*: “La indicación de la naturaleza jurídica del derecho de disfrute a tiempo compartido ofrecido por el vendedor y la duración del mismo; el número de bienes inmobiliarios construidos, en construcción o que vayan a construirse; los muebles y utensilios adjuntos a cada bien inmobiliario”.

167

c) El período y al fecha, *en letras*, en que el adquirente podrá ejercer su derecho de disfrute a tiempo compartido, debiendo ajustarse a la información contenida en la letra f) del Anexo: “La descripción clara e inequívoca de los períodos de ocupación fijos y variables, especificándose los mecanismos de determinación de los períodos”.

d) Referencia expresa a los demás elementos indicados en el anexo:

— “La naturaleza del título del vendedor sobre la propiedad en que el bien inmobiliario esté o vaya a estar situado; las cargas de todo tipo a las que esté sometido el bien inmobiliario (hipotecas, servidumbres, etc...); si se han concedido al vendedor los permisos necesarios (de construcción, de conexión a las redes telefónicas, eléctricas, de agua, de gas, de televisión, etc.)” (letra b).

— “El número total de derechos de disfrute a tiempo compartido existentes en cada bien inmobiliario” (letra e).

— “La fecha prevista para que el ocupante pueda ocupar el bien inmobiliario” (letra g).

— “Las instalaciones comunes (tales como piscina, sauna, pistas de tenis, campos de golf, etc.) y los servicios actuales y futuros a los que tenga derecho el adquirente, así como la fecha prevista para que dichas instalaciones y servicios puedan ser utilizados por el adquirente” (letra h).

— “El coste total para el adquirente, especificándose en forma clara e inequívoca el coste de los diferentes derechos de disfrute a tiempo compartido durante los diferentes períodos del año; si se trata de un arrendamiento, deberá indicarse el importe del alquiler” (letra i).

— “El importe anual que el adquirente deberá pagar por la utilización de las instalaciones y los servicios comunes; el importe anual de las cargas vinculadas a la ocupación del bien inmobiliario por el adquirente; las cargas anuales legales obligatorias (tasas, cánones, etc.), así como los gastos administrativos complementarios anuales (gestión, mantenimiento, etc.) y su evolución prevista; los posibles gastos que deberá pagar el adquirente por servicios particulares por él solicitados”.

— “Las garantías a las que se refiere el art. 3:

1. Los Estados miembros preverán que, en el contrato, el vendedor garantice más concretamente:

a) que el bien inmueble, así como las instalaciones conexas, se han construido o van a ser construidos conforme a las normas técnicas vigentes y en condiciones de obtener de las autoridades del Estado en que el bien inmueble esté o vaya a estar situado la autorización necesaria, de acuerdo con la legislación nacional, para poder ocupar efectivamente el bien inmueble de que se trate.

b) la transferencia al adquirente, mediante el pago del precio estipulado en el contrato, el derecho real o de cualquier otro derecho de utilización sobre el bien inmueble, libre de cualquier carga o únicamente con las cargas estipuladas en el contrato.

c) en su caso, *el derecho del adquirente a utilizar, además de los servicios comunes*, tales como el alumbrado, la limpieza de los lugares, la recogida de basuras, etc., *las instalaciones*

particulares, como piscinas, pistas de tenis, campos de golf, saunas, etc., existentes en el momento de la firma del contrato o que existan en el futuro en las condiciones estipuladas en el contrato o en las previstas de cualquier otra forma por el vendedor.

d) el derecho del adquirente a participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a la administración del régimen de disfrute a tiempo compartido y en la gestión y el mantenimiento del bien inmueble sobre el que el adquirente dispone de un derecho de disfrute a tiempo compartido. El adquirente podrá delegar este derecho siempre que *lo haga en un acto separado y posterior a la firma del contrato*, dicha delegación *será revocable en cualquier momento*.

2. Los Estados miembros preverán medidas adecuadas para que el vendedor *ofrezca garantías suficientes*, llegado el caso, en lo relativo:

- a la terminación de la construcción del bien inmueble;
- al reembolso de *cualquier anticipo, en caso de no terminación del bien inmueble o en caso de ejercicio del derecho de retrocompra* a que se refiere el art. 7:

“Los Estados miembros preverán:

1. La obligación del vendedor de *informar por escrito* al adquirente, *cuando se proceda a la firma del contrato*, con los mismos caracteres que el resto del contrato y ubicado inmediatamente antes de las firmas de las partes, de que este surtirá efectos a menos que el adquirente ejerza su *derecho de “retrocompra”*, considerado como el sistema más eficaz de lucha contra los métodos especialmente agresivos de venta practicados hoy en día por numerosas sociedades de “timeshare”, por lo que aparece sumamente ampliado respecto del plazo que venía siendo habitual en los precedentes y en otras Directivas, como hemos señalado anteriormente, catorce días naturales si el derecho a tiempo compartido puede ejercitarse en el mismo Estado donde el adquirente-consumidor tiene su residencia habitual, y veintiocho días, naturales también, si el mencionado derecho adquirido puede ejercitarse en un Estado diferente de

su residencia habitual. En ambos casos, el plazo comienza a computarse a partir del momento de la firma del contrato.

2. Que el “derecho de retrocompra” sea ejercido por el adquirente mediante el envío de una notificación a la persona cuyo nombre y dirección figuren a tal fin en el contrato. Por lo que se refiere al respeto del plazo, basta con expedir la notificación, por carta certificada, antes de la expiración del plazo correspondiente.

Todo ello, sin perjuicio de las medidas destinadas a:

a) determinar las condiciones en que, en caso de que el adquirente ejerza el derecho de retrocompra previsto en el apartado 1, debe realizarse el cómputo de las cantidades sujetas a reembolso, con objeto de evitar que dicho reembolso entrañe un enriquecimiento injustificado para alguna de las partes.

b) fijar el plazo de reembolso (letra k), ya que los indicados son mínimos.

170 — “Las condiciones claras e inequívocas, los límites y el coste de los servicios de intercambio y de reventa del derecho de disfrute a tiempo compartido, en caso de que dichos servicios existan; sino existieran, deberá indicarse dicha eventualidad. En todo caso, deberá indicarse que no podrá asegurarse la venta del derecho de disfrute a tiempo compartido a un precio determinado o dentro de un período determinado” (letra l).

— “Las medidas adoptadas o que vayan a adoptarse para la gestión y el mantenimiento del bien inmobiliario, así como las adoptadas o que vayan a adoptarse para que el adquirente participe en la administración y la gestión” (letra m).

IV. La situación jurídica en España: la sucesión de Borradores de Anteproyectos legislativos

Ocupa en este momento nuestro país un lugar preferente en relación con el número de ciudadanos extranjeros que adquieren un derecho de utilización de bienes inmuebles en

régimen de disfrute a tiempo compartido, alcanzando la segunda posición mundial en sentido cuantitativo (54) y la primera en Europa como lugar de destino. De 500 proyectos existentes a comienzos de 1991 en la Comunidad Europea, 196 estaban situados en España, distribuidos entre las Islas Canarias, la Costa del Sol y Baleares.

A pesar de la importancia del mercado, no existe todavía una legislación específica sobre el tema y los abusos y fraudes por parte de vendedores desaprensivos se producen con frecuencia, así como la utilización de publicidad que puede ser calificada como engañosa (55), y los equívocos, incluso bien

(54) Después de Estados Unidos, con el 60,2%, España ocupa la segunda posición mundial con el 7,8% (datos de 1990), lo que equivale a 140.000 adquirentes, de los que muy pocos (sólo el 0,2 de cada 10.000 habitantes) son españoles. *Vid.* cuadros estadísticos de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva..., págs. 15, 17 y 18.

(55) Tengo en mi poder folletos repartidos en el mes de agosto de 1992 por las playas de la Costa del Sol de dos empresas de "timeshare". En uno de ellos, la empresa vendedora aparece como "Barratt Timeshare", perteneciente a la principal compañía constructora de Gran Bretaña, quien en folleto publicitario editado en cuatro idiomas, ofrece un cheque regalo de cinco mil pesetas para utilizar en unos grandes almacenes españoles o veinticinco libras para hacer lo propio en almacenes ingleses, por el mero hecho de visitar los complejos que se promocionan en ese momento en la Costa del Sol a tiempo compartido, indicando sólo el lujo de las instalaciones y la oferta consiste exclusivamente en "alojamiento en apartamentos lujosamente equipados y amueblados, con una capacidad de dos a ocho personas" en uno de los complejos, y en el otro "alojamiento en elegantes apartamentos con suelo de mármol". El potencial visitante requiere unas cualidades especiales que se reseñan al final en letra muy pequeña: "Debe tener un empleo a pleno tiempo a menos que esté jubilado, y estar de visita en la Costa del Sol (**los propietarios actuales de tiempo compartido Barratt no son elegibles**). Usted y su pareja deberán acompañarnos en un tour de cortesía por el complejo". Nada más identifica al vendedor, ni al contenido del contrato, ni a la naturaleza jurídica del derecho que se adquiere.

La otra empresa, duplica el folleto publicitario. Uno en francés, inglés y alemán y otro en español. En el primero, alude a las maravillas del complejo "Four Seasons Country Club" para vacaciones y de forma tangencial incluye un cuadrito con la palabra "Apartments". Como promoción especial, se ofrecen 5.000 pesetas a cambio de visitar el complejo y en mayúsculas "Sin obligación de compra;" (...), y continúa: "Todo el mundo es bienvenido... Esta oferta es válida para todas las parejas de vacaciones, de edades comprendidas entre 25 a 65 años. Los niños que acompañen a sus padres son también bienvenidos. Si usted no responde al perfil exigido y sin embargo, desea visitar Four Seasons, solicite un «mini-tour» y estaremos encantados de ofrecerle un estuche-regalo de 3 botellas de vino de Rioja". El folleto en sí ya se presenta como un regalo por contener un mapa de la zona, así como un sentir ecológico de la empresa que promete dedicar 500 pesetas por visitante a la "Whale and dolphin conservation society".

intencionados aparecen por todas partes (56). Ante el silencio legal los juristas han ido adaptando a nuestro ordenamiento jurídico soluciones diversas, desde la concepción del fenómeno como un derecho personal (57), a la más amplia acogida de su consideración como derecho real (58).

Comparto plenamente las palabras de LASARTE “resulta relativamente pacífico afirmar que la regulación jurídica y, por tanto, el Derecho en su conjunto es generalmente un “*pōstērius*” de la conflictividad social y del choque de intereses (59), aunque ese “*posterius*” no debiera retrasarse tanto que deje sin tutela aspectos tan importantes de la realidad social como sucede con la figura que contemplamos (60). Desde 1988 los posibles proyectos legislativos se suceden sin demasiado éxito

El folleto en castellano, presenta alguna diferencia estética y de contenido. Además del regalo del mapa, la visita al complejo concede la opción de 5.000 ptas. o coche gratis durante un día, poniendo en letras mayúsculas y en color diferente “No hay obligación de compra y le garantizamos que no encontrará ninguna técnica de venta comprometedora” y en un aparte, “Condiciones de la oferta: Deberá tener empleo y con edad comprendida entre 30 y 60 años (si es casado/a deberá ir acompañado de su cónyuge). Los niños son bien recibidos como parte de la visita familiar. Puesto que hay mucho que ver, deberá disponer de una hora de tiempo”. Además de la encendida vocación ecologista hacia el medio ambiente costero marbellí, hace mención de los elogios de prensa en cuanto a las lujosas instalaciones sin referencia alguna a vivienda, datos y obligaciones del vendedor, tipo contractual, naturaleza del derecho que se puede adquirir. Eso sí, los peculiares oferentes de una visita turística a un idílico complejo “hablarán su lengua”.

(56) En la sección inmobiliaria del diario “El Mundo” de 20 de octubre de 1991, en el apartado destinado a la Multipropiedad, se contiene un artículo de J. de Cárdenas y Chavarri bajo el título “Compartir calidad de vida” donde puede leerse “Los términos con que suele denominarse el producto inmobiliario que estoy comentando —MULTIPROPIEDAD O PROPIEDAD POR TURNOS O «TIMESHARING»— definen un concepto único: LA ADQUISICIÓN A PERPETUIDAD O A LARGO PLAZO DE UNA O MÁS SEMANAS DE VACACIONES EN UN INMUEBLE A PRECIO DE HOY. Los compradores se convierten en copropietarios del apartamento, bungalow o chalet, dotado de instalaciones deportivas y de ocio (tenis, piscinas, paddle tenis, squash, golf, etc.), zonas verdes, restaurantes, club social, etc., todo ello dotado de excelente calidad”.

(57) Vid. MARTÍNEZ-PINEIRO CARAMÉS: “Soluciones notariales...”, *loc. cit.*, págs. 54 y ss. y autores allí citados.

(58) MARTÍNEZ-PINEIRO CARAMÉS, *ibidem*, págs. 61 y ss.

(59) Prólogo a la obra de MUNAR BERNAT: “Regímenes jurídicos...”, *ob. cit.*, pág. 11.

(60) Vid. el artículo de MONTEIRA: “España, paraíso de los estafadores inmobiliarios, según un informe europeo”, publicado en el diario *El País* de 24 de octubre de 1988.

hasta la actualidad, siguiendo una línea evolutiva, en cierta manera, semejante a la comunitaria, ya que en sus inicios se trataba de buscar una regulación a la llamada “multipropiedad” y se han ido modificando los planteamientos hacia un conjunto de figuras específicas y diferentes que sólo tienen en común el uso de un bien inmueble a tiempo compartido, sin referencia alguna a la consideración especial del adquirente como consumidor.

Son ya conocidos:

— *Borrador para un Anteproyecto de Ley sobre multipropiedad de febrero de 1988* (61): A tenor del art. 1.2. “la multipropiedad consiste en la atribución del dominio de una vivienda a varios partícipes proindiviso, de tal manera que a cada uno corresponde, en exclusiva y frente a todos, un tiempo de uso que le confiere el disfrute de la vivienda durante un número de días continuos y determinados, que se reiteran en cada ciclo temporal de los que se señalan. La referencia del uso a tiempos determinados no excluye la continuidad de la posesión del derecho” y según el art. 3.1 “la propiedad separada de un tiempo de uso de una vivienda en multipropiedad lleva inherente un derecho inseparable de copropiedad con los demás partícipes, expresado en una cuota que recae sobre el mismo piso y sus anejos, sobre los días de cada ciclo temporal no configurados como tiempos de uso de la misma vivienda, y sobre los muebles, ropas y enseres colocados en el piso con carácter de permanencia y al servicio de la misma vivienda”.

La multipropiedad que se define en la Exposición de Motivos, “es una ‘propiedad’, o en términos de superior categoría jurídica, ‘un derecho real de dominio’. Esa propiedad, ese dominio de una misma cosa, pertenece simultáneamente a varios partícipes; hay pues en la multipropiedad unidad de objeto y pluralidad de sujetos; existe condominio. Y como el disfrute de los varios partícipes es cualitativamente idéntico,

(61) Publicado en AC, 1988/39, págs. 2434 y ss. Lo recoge MUNAR BERNAT: “Presente y futuro de la multipropiedad”, Madrid, 1992, págs. 301 y ss.

hay condominio indiviso”, concepción única de multipropiedad la establecida en la Ley y según la Exposición de motivos “Este concepto de multipropiedad, se impone imperativamente por el borrador; el modelo elegido se considera el único admisible; no cabe bordearle acudiendo a otras formas, obligacionales, jurídico-reales o asociativas puesto que al calor de las mismas se han producido los abusos y los fraudes que se tratan de cortar. Por ello la Ley se aplica a toda atribución de posesión y disfrute, periódicos o reiterados de una *vivienda*, cualquiera que sea la naturaleza con la que se haya configurado o la denominación que se le haya dado” y se refleja en el art. 1.3: “se aplicará esta Ley a toda atribución de posesión o disfrute, periódicos y reiterados de una *vivienda*, cualquiera que sea la naturaleza o denominación que se dé al derecho”.

Es un derecho real de condominio indiviso que recae exclusivamente sobre viviendas, turísticas o no, con carácter imperativo y se disfruta a turno fijo anualmente.

— *Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 20 de octubre de 1989* (62): Los arts. 1 y 3 someten a sus prescripciones, como modalidad del régimen de los conjuntos inmobiliarios, a la propiedad por períodos (art. 1, párr. 2.º) y declaran que “los actos y relaciones jurídicas sobre conjuntos inmobiliarios situados en España quedarán imperativamente sometidos a esta Ley y a los Tribunales españoles” (art. 3,1) y que “son nulos los pactos que vinculen la titularidad de una propiedad separada o un derecho de goce a la cualidad de miembro de una sociedad o asociación” (art. 3,2).

“El régimen comunitario de propiedad por períodos se constituye sobre un mismo conjunto edificado, de modo que cada propiedad separada tiene por contenido el disfrute exclusivo durante cierto período de cada año de un concreto *local* susceptible de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública, y del mobiliario

(62) Lo recoge MUNAR BERNAT: “Presente y futuro...”, *ob. cit.*, págs. 301 y ss.

y enseres destinados como pertenencias de ese local”, añadiendo que “el derecho de comunidad especial de cada propietario recae, en primer lugar, sobre el respectivo local y sus pertenencias, y demás, y como en los demás conjuntos, sobre los elementos comunes de todos los locales” (art. 49).

El objeto sobre el que recae este derecho real ya no es necesariamente una vivienda, sino el término más amplio de “local”, donde pueden quedar incluido el destino de habitabilidad y el de negocio siempre que reúnan las características de independencia descritas y se encuentren en el inmueble así constituido.

En ambos borradores de proyectos legislativos del Ministerio de Justicia, la multipropiedad se define en base a dos elementos:

a) Una propiedad separada que recae en un tiempo de uso en una vivienda o cierto período de cada año de un concreto local susceptible de aprovechamiento independiente, así como del mobiliario y enseres destinados como pertenencias.

175

Tal derecho de propiedad separada significa la aceptación de que la multipropiedad *es un nuevo tipo de propiedad cualificado por su objeto que se individualiza no sólo en base a criterios espaciales tradicionales, sino temporales*. Es la tesis de la “propiedad cuadridimensional” desarrollada en la doctrina italiana y defendida en España por numerosos tratadistas (63).

b) Esa propiedad separada lleva aparejado un derecho inseparable de copropiedad con los demás partícipes, expresado en una cuota que recae sobre el mismo inmueble y sus anejos y elementos comunes, lo que la configuran como comunidad especial inherente e inseparable de la propiedad separada.

(63) LEYVA DE LEYVA: “La propiedad cuadridimensional. Un estudio sobre la multipropiedad”, *RCDI*, 1985, págs. 29 y ss.; PRADA ALVAREZ-BUYLLA: “La multipropiedad inmobiliaria y sus aporías”, en *Ponencias y Comunicaciones del VII Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 1988, págs. 19 y ss.; HERRERO GARCÍA: “La multipropiedad”, Madrid, 1988.

— *Borrador de Anteproyecto de Ley de tiempo compartido de 1990: Elaborado por la Secretaría General de Turismo del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo* (64), encuadra la figura en el sector turístico, considerándola como un producto de esta naturaleza, en el que pueden darse variedad de formas y conceptos, destacando su carácter transfronterizo y la necesidad de establecer una regulación plural en cuanto a las modalidades más frecuentes y la implantación de un esquema básico de garantías y contenidos mínimos “que aseguren la adecuada protección de los consumidores, sea cual fuere la fórmula elegida por cada promotor, junto con una serie de requisitos obligatorios para las diferentes modalidades jurídicas conocidas y aplicadas en la práctica” (65), complementándose con las normas de publicidad, defensa de los consumidores, competencia desleal y normativa específica de las respectivas Comunidades Autónomas.

176

Con independencia de algunas imprecisiones jurídicas o afirmaciones poco afortunadas, me parece que responde mejor que ninguno de los anteriores a las necesidades prácticas que la figura plantea, sobre todo respecto de la protección del adquirente y se adaptaría de forma más fácil a las directrices comunitarias. Se compone de 70 arts. y de una Disposición Transitoria.

En el Título Preliminar, se define el contrato de tiempo compartido con excesiva amplitud, como aquél por el que “una de las partes se obliga a facilitar a la otra la ocupación y disfrute exclusivos, durante una semana o más semanas al año de un alojamiento determinado de carácter turístico, equipado y amueblado, que se integra en un conjunto inmobiliario, así como la utilización de todas las instalaciones y servicios comunes con que éste cuente o vaya a contar, durante un número de años superior a tres, a cambio de un precio cierto,

(64) Publicado en “Multipropiedad...”, AC, n.º 27, 1992, *cit.*, n.º 396, págs. 1599 y ss.

(65) Exposición de Motivos, párrafo séptimo.

pagadero por adelantado en uno o más plazos, así como a organizar la administración y el mantenimiento del conjunto inmobiliario. Cada adquirente habrá de contribuir al pago de los gastos originados por la administración y el mantenimiento del conjunto inmobiliario en régimen de tiempo compartido mediante una cuota anual, que deberá satisfacer en fecha fija y cuya determinación se hará por procedimientos objetivos en los que el titular ha de poder participar con su voto” (art. 2.1).

El tiempo compartido puede ser de carácter fijo si el disfrute recae cada año sobre la misma vivienda y en la misma semana o semanas del año; de carácter flotante si el período anual de disfrute es variable dentro de ciertas temporadas o estaciones del año y su determinación se hace de forma periódica conforme a procedimientos objetivos que respeten el principio de igualdad de oportunidades y en él, el derecho del usuario recae en una vivienda indeterminada del conjunto inmobiliario, dentro de una categoría determinada; o, de carácter mixto, en el que se combinan las modalidades anteriores, de manera que el derecho del titular será ejercitable en un período indeterminado dentro de una cierta temporada y en una de las viviendas de un tipo determinado dentro del mismo conjunto inmobiliario (66) (art. 4.1).

177

Por la naturaleza del derecho que adquiere el titular, el proyecto de tiempo compartido será: De carácter real, cuando los titulares adquieren un derecho real sobre el inmueble, lo que sucede con la multipropiedad (67) o propiedad por perío-

(66) Por ejemplo, estudio, apartamento de una habitación, chalet individual con piscina privada, etc., en atención al objeto que se hubiese especificado recae el derecho y por el que habría pagado el adquirente un precio u otro.

(67) Comparte el condominio sobre una cuota indivisa de la misma y el derecho exclusivo a la ocupación y disfrute durante un período de tiempo de cada año de la misma y no tendrá lugar la acción divisoria ni el retracto de comuncos, dada la especial finalidad de la misma y la naturaleza del objeto sobre que recae, siendo un derecho hipotecable (art. 22).

dos y el usufructo por períodos (68), que se regulan en el Título I. En ambas figuras, la propiedad de la vivienda se distribuye en cincuenta y dos cuotas indivisas iguales, transmitiendo el promotor la propiedad o el usufructo de una de ellas por cada período de tiempo compartido contratado, junto con una cuota indivisa igual a una cincuenta y unava parte de la cuota correspondiente a la semana destinada a arreglos anuales de la vivienda, que de esta forma pertenecerá por igual a todos los titulares. Las relaciones entre los (multi) propietarios o los (multi) usufructuarios se regirán por sus específicos estatutos (art. 43) que deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad (art. 21.1).

— De carácter personal, cuando los titulares adquieren un derecho de utilización y disfrute basado en relaciones jurídicas obligacionales (art. 4.2), regulándose la fórmula societaria (Tít. I, cap. II, arts. 24 a 32).

178 Como medida previa, antes de la comercialización y de la celebración del primer contrato de tiempo compartido con los particulares, el promotor deberá elevar un documento a escritura pública, en el que se contenga como mínimo la información exigida en el art. 5, referente a: — identificación registral del conjunto inmobiliario, de cada una de las viviendas y de sus instalaciones comunes con referencia a expresa a las cargas y gravámenes existentes; — estado del proyecto a construir o en construcción, así como las garantías que aseguren al adquirente su finalización; — la identificación de los períodos a tiempo compartido según su modalidad; — servicios mínimos que cubre la cuota anual de gastos, que deberá necesariamente incluir la administración y el mantenimiento del inmueble, así como el procedimiento para el cálculo anual de dichos gastos, con indicación de tiempo, lugar y forma de pago de los mismos;

(68) El usufructuario por períodos tiene derecho a usar y disfrutar del inmueble objeto del mismo durante un período fijo del año a lo largo de un número determinado de años, que no podrá exceder de cincuenta, correspondiendo la nuda propiedad al promotor, no aplicándose la limitación de treinta años que establece el art. 515 CC (art. 23).

— identificación de los períodos de mantenimiento; — copia del contrato de administración con una sociedad especial de servicios regulada por la Ley (arts. 35 a 41); — si se trata de un proyecto de tiempo compartido de duración limitada, la situación en que quedan los adquirentes a su extinción; — los estatutos por los que se han de regir las relaciones del conjunto de titulares a tiempo compartido.

Una copia simple de esta escritura deberá estar a disposición de cualquier potencial adquirente (no se dice dónde ni quién tiene la obligación de exhibirla, se supone que el vendedor) y todo adquirente que lo desee podrá solicitar a su costa una copia de la misma (art. 5.4).

El notario autorizante deberá remitir copia de la mencionada escritura a la autoridad competente en materia turística de la Comunidad Autónoma en que radique el conjunto inmobiliario y a la Secretaría General de Turismo como requisito previo de validez de los contratos celebrados con particulares (art. 6).

Entre las garantías contempladas en favor de los adquirentes (arts. 9 a 18), cabe mencionar como contenido mínimo exigido en el contrato de tiempo compartido en cualquiera de sus modalidades: forma escrita —no necesariamente escritura pública para los derechos de carácter personal, pero sí para los de carácter real— (arts. 10, j) y 21.2), en el que debe de constar, entre otras informaciones, “g) La indicación, con tipo de imprenta bien visible y en el espacio inmediatamente anterior a la firma del adquirente de la siguiente frase:

EL ADQUIRENTE DE UNO O MAS PERÍODOS DE TIEMPO COMPARTIDO EN VIRTUD DEL PRESENTE CONTRATO TIENE DERECHO A RESOLVERLO SIN SUFRIR NINGUNA PENALIDAD DENTRO DEL PLAZO DE SIETE DIAS A CONTAR DESDE LA FIRMA DEL MISMO.

EN CASO DE OPTAR POR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, EL ADQUIRENTE DEBERÁ NOTIFICARLO AL PROMOTOR POR CUALQUIER MEDIO QUE DEJE CONSTANCIA DEL CONTENIDO DE LA

COMUNICACIÓN Y DE SU RECEPCIÓN, ASÍ COMO LA FECHA DE SU ENVÍO.

LA RESOLUCIÓN TENDRÁ EFECTO IMEDIATO EN LA FECHA DE ENVÍO DEL ESCRITO AL PROMOTOR”.

Sólo en el caso de que el contrato dé lugar a la adquisición de algún derecho real, la expresión de la fecha prevista para el otorgamiento de escritura pública, *así como de la indicación de la necesaria inscripción en el Registro de la Propiedad por parte del adquirente para obtener la plena protección de su derecho (sic.)* (69).

Consciente del carácter transfronterizo de una gran parte de estos contratos, el art. 18 introduce una serie de garantías complementarias en favor de los adquirentes extranjeros, entre las que destaca por su novedad la traducción del documento que contiene el proyecto a tiempo compartido elevado a escritura pública a un idioma que entienda el adquirente extranjero, así como del contrato de compra.

En cuanto a la publicidad del contrato, se prohíbe cualquier información engañosa o errónea al público respecto de la modalidad del contrato, la naturaleza jurídica de los derechos surgidos del mismo y sus condiciones o sobre las características del conjunto inmobiliario o de la vivienda, entre otras (art. 16.2).

— *Borrador de Anteproyecto de Ley de conjuntos inmobiliarios, de 18 de diciembre de 1991* (70): Muy diferente de los

(69) Como con ironía indica DE PABLO CONTRERAS, «El aprovechamiento de inmuebles por turnos», versión provisional de la Ponencia defendida en el III Congreso Nacional de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, San Sebastián, 29 a 31 de octubre de 1992, pág. 65, nota 57, “desconocemos qué entiende el mencionado Borrador por ‘plena protección’, si de lo que se trata es de indicar al adquirente que debe hacer para alcanzarla, parece que la advertencia tendría que instruirle en todo el contenido y significado del art. 34 LH”, inclusive en idioma que declare entender...

(70) Publicado en: “Multipropiedad (Avances de su futura regulación legal)”, AC, n.º 17 (monografía), 1992, n.º 395, págs. 1577 y ss. En la versión inmediatamente anterior a este Borrador de 1991 sólo se contemplaba, además de la posible existencia de derechos de aprovechamiento por turnos sin carácter real, la “comunidad de aprovechamiento por turnos”, figura que es muy diferente a la de la multipropiedad que configuraban los Borradores anteriores. Sin embargo, con el voto particular contrario

anteriores, sustituye el criterio único de multipropiedad o propiedad por períodos, como única forma jurídica, por un criterio plural, admitiéndose dos figuras distintas, tipificadas ambas, de carácter real:

1. La multipropiedad, que se regula en el título IV y
2. La “Comunidad de aprovechamiento por turno” recogida en el Título, V.

Pero además, la posibilidad —no tipificada y por tanto, en sí misma pluriforme—, de constituir derechos de aprovechamiento por turno sin carácter real (Título VI) (71).

1. *La multipropiedad*, “Consiste en la atribución del dominio de una *vivienda* o *local* a varios partícipes en proindiviso, de tal manera que a cada uno de ellos corresponde, en exclusiva y frente a todos, un turno de aprovechamiento, que le confiere durante un período fijo de cada año, lo que no excluye la continuidad de la posesión de derecho, el disfrute de la vivienda o local y del mobiliario instalado en el mismo con carácter de permanencia y para su servicio (art. 51,1).

181

Se trata de una comunidad por cuotas de carácter funcional (72), cuyo objeto es una vivienda (turística o no) o un local (73)

del vocal y ponente M. Peña Bernaldo de Quirós, formulado en la sesión de 23 de octubre de 1991, la Comisión de Codificación aprobó una enmienda del notario de Madrid, A. Ballarín Marcial, por la que se introdujo un título dedicado a la multipropiedad, recuperando parte de la concepción que de esta figura tenían los Borradores anteriores (*Vid.* DE PABLO CONTRERAS: “El aprovechamiento de inmuebles por turnos (“multipropiedad” en el Anteproyecto de Ley de conjuntos inmobiliarios)”, *cit.*, págs. 9 y 10, nota 9.

(71) DE PABLO CONTRERAS: “El aprovechamiento de inmuebles por turnos...”, *ibidem*, págs. 9 y 10.

(72) Como “copropiedad de intento o de destino” la califica AZAUSTRE TORRECI-LLAS: “Multipropiedad: Propiedad por turnos. Pequeña glosa al hecho nuevo de la llamada Multipropiedad”, *Bol. de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, marzo 1981, págs. 597 y ss.

(73) No deja de ser sorpresiva la referencia al local de negocio como objeto de derecho de la multipropiedad. La novedad frente a todas las demás legislaciones y a los Borradores anteriores puede ser objeto de dificultades añadidas, aunque lógicamente no existe impedimento legal alguno para su inclusión. En cuanto a supuestos prácticos de su posible utilización en este régimen, piénsese en los llamados “stands” de ferias, exposiciones, etc...

determinado, debidamente amueblado (74), que perteneciente a un edificio sometido a un determinado régimen inmobiliario por voluntad de su propietario (75), concede a sus titulares de forma individualizada, un derecho exclusivo de uso y disfrute durante un período fijo de cada año o turno (76), que no puede ser nunca inferior a una semana.

En el edificio constituido en multipropiedad por su propietario en base a criterios económicos, coexisten pues dos comunidades:

a) La que podemos denominar *particular*, formada por los multipropietarios sobre cada uno de los determinados locales o viviendas sobre las que recae su derecho, en la que existe una vinculación institucional entre cuota o módulo determinante de las cargas y beneficios y turnos anual de uso, así como determinados bienes procumunales necesarios (al menos una vivienda debe reservarse sin utilizar para turnos fijos, sino para cubrir eventualidades). En cuanto a su gestión y administra-

(74) Los muebles que equipan el local o la vivienda se convierten en inmuebles por destino, al haber sido colocados por el propietario transmitente, lo que presupone expresa o tácitamente manifestada su voluntad y la dedicación o destino a una explotación de carácter económico (art. 334, 4.º y 5.º). Aquí se dan los tres requisitos que señala DIEZ PICAZO para calificar tal relación de pertenencia entre una cosa mueble a una inmueble: a) acto de destino; b) relación de servicio entre cosa accesoria y principal; c) voluntad o propósito de quien realiza el destino de que el mismo sea durable o permanente. ("Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", Vol. II, 2.ª ed., 1.ª reimp., Madrid, 1986, pág. 151).

(75) BADOSA COLL: "La multipropietat com a 'règim jurídic immobiliari", en *Materials IV Jornades de Dret Català a Tossa*, Barcelona, 1988, págs. 13 y ss., en particular, 29 y ss.

(76) Me parece correcta la opción por turno fijo, mejor que flotante para un derecho de esta naturaleza ya que puede obviar numerosos conflictos. El hecho de que cada multipropietario acceda de antemano con seguridad a un período concreto de cada año que ha elegido según sus necesidades y preferencias, puede tener además otras ventajas de carácter económico en torno a rentabilización y utilidad del inmueble. Puede pensarse que no tenga idéntico precio en una playa de moda de un país del sur, las quincenas estivales que las de invierno, que sin embargo pueden resultar atractivas por su bajo coste para determinadas personas jubiladas de países nórdicos, por ejemplo, teniendo siempre presente el carácter eminentemente transfronterizo y turístico que late en el fondo de la mayor parte de las operaciones que de esta naturaleza se realizan en nuestro territorio. El precio de adquisición variará según la cuota del complejo que se adquiere (uno, dos o tres dormitorios, etc.) y el período elegido.

ción, el Borrador de Anteproyecto de Conjuntos Inmobiliarios (desde ahora *BACI 91*) presenta importantes lagunas que sería muy conveniente subsanar.

b) La *general* de cualquier conjunto inmobiliario formada por todos los multipropietarios de todas las viviendas o locales sobre los elementos comunes.

Como excepción especial a la naturaleza de su derecho, los multipropietarios carecen de determinadas facultades típicas de cualquier comunero para lograr la consecución de su destino económico: no podrán pedir la división de la cosa común individualmente (art. 2.2) (77) ni tendrán los derechos de adquisición preferente (art. 1.522 CC) (78) en el

(77) Sobre las interpretaciones doctrinales respecto de la "actio communi dividum" o acción de división que corresponde a cada uno de los comuneros en atención a tales preceptos del CC, *vid.*, entre otros: PELAYO HORE: "La indivisión perpetua en el Código Civil", *RDP*, 1942; GARCÍA GRANERO: "Cotitularidad y comunidad", *RCDI*, 1946, págs. 152 y ss.; BELTRÁN DE HEREDIA: "La comunidad de bienes en el Derecho español", *Ed. Rev. D.º Privado*, Madrid, 1954; BRIOSO ESCOBAR: "Cuestiones sobre la Comunidad de Derecho Romano y la facultad de pedir la división", *RDN*, enero-marzo 1980, págs. 31 y ss.; MIGUEL GONZÁLEZ: "Multipropiedad" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. V, Vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1985, quien subraya con acierto "... cuando en la realidad social se ha desarrollado una comunidad que no es indeseable, sino todo lo contrario, los partícipes en ella obtendrán fácilmente la negociación de sus partes indivisas, incluso con mayor facilidad que de la cosa en su conjunto por todos" (pág. 50), eso es lo que sucede en la multipropiedad y por ello, para salir de la comunidad, el multipropietario no necesita extinguir la comunidad ejercitando la acción de división, sino que le será suficiente enajenar la cuota.

A pesar de la posición favorable a la división que sigue nuestro Tribunal Supremo (STS de 31 de noviembre de 1985 y de 9 de octubre de 1986, entre otras), la lectura integrada del art. 400 CC con el 3.1 del mismo cuerpo legal permiten mantener una posición contraria para el supuesto de la multipropiedad.

La libertad que establece el párr. 2 del art. 392 CC para regular la comunidad en ausencia de contratos o de disposiciones especiales, justifica que en el estatuto de la multipropiedad se incluya la cláusula de indivisión, ya que la Resolución de la DRGN de 18 de mayo de 1983, avala tal solución, así como la aplicación analógica del actual art. 4 de la Ley de Propiedad Horizontal.

La práctica notarial se ha mantenido favorable al pacto de indivisión, invocando la especial configuración de la figura o la voluntad de los contratantes de constituir una comunidad de carácter estable, así AZAUSTRE TORRECILLAS: "Multipropiedad...", *loc. cit.*, "6. Será necesario que el adquirente se incluya en un régimen en el que no pueda pedir la división, por lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal, al tratarse de una copropiedad de intento o de destino", pág. 597, *in fine*.

(78) No plantea dificultad, en base a lo establecido en el art. 396, párr. 3 CC *Vid.* Resolución de DGRN de 18 de mayo de 1983, relativa a una comunidad de garajes.

caso de que uno de ellos decida enajenar su cuota (art. 8.2).

Existe como imperativo legal la exigencia de reserva de un máximo de 5% del total de las viviendas y un mínimo de una que quedan sin utilizar para turnos fijos de aprovechamientos, para que con ella se puedan subsanar momentáneamente las estancias de multipropietarios o *usuarios* (79) que tengan problemas o averías en el que recae su turno (art. 51).

La constitución de este régimen inmobiliario por el dueño de la finca debe hacerse en escritura pública (art. 52), entendida como forma “ad solemnitatem”. Como comparecientes, el otorgante de la multipropiedad y si el número de turnos de aprovechamiento es superior a cincuenta (observese que serían como máximo cincuenta y uno o cincuenta y dos por ser este el número total de semanas del año), deberá hacerlo también una Sociedad especial de servicios de las previstas en la Ley (arts. 32 a 35) (80) que a precio alzado anual, asume la obligación de prestar todos los servicios y las obligaciones establecidas en la Ley.

En la escritura deberá constar, además de “cuanto sea preciso en Derecho” (81), la descripción de la finca y de los

(79) El Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios piensa no sólo en el uso y disfrute de la vivienda por el multipropietario sino en cualquier otra persona que por el título que sea va a utilizar el turno correspondiente (arrendamiento, etc...).

(80) Que son aplicables a la multipropiedad “en lo pertinente” (art. 53.3). Ya en 1973, DE LA CÁMARA, en relación con la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal a los llamados contratos de alojamiento turístico, constataba el desarrollo de la figura del administrador, proceso que encaja a la perfección en la multipropiedad, pues se ha pasado de un administrador carente de relevancia económica y jurídica, “a un tipo de administrador prepotente, que asume, unas veces por prescripción estatutaria, otras en virtud de acuerdos de la junta general y, en ocasiones, a consecuencia de contratos que se celebran paralelamente a los de venta de apartamentos, unas facultades de administración e incluso de representación que desbordan la gestación de los elementos comunes para invadir la de las partes privativas” (Vid. “Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal”, *Centro de Estudios Hipotecarios*, Madrid, 1973, págs. 192 y ss.).

(81) La ambigua referencia da pie a numerosas interpretaciones y remisiones. Por ejemplo, si se trata de una venta a consumidores, será necesario acudir a la normativa existente en materia de información, contenido de las cláusulas contractuales, condiciones de la oferta, etc., contenida en los preceptos que puedan serle aplicables de la Ley 20/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios

edificios que en ella existan con referencia a los elementos comunes de uso de los multipropietarios y la de cada una de las viviendas o locales en que recaiga los derechos de los multipropietarios, numerada correlativamente, expresando si entra en la carencia de turnos reservada o no, el número de turnos, duración, inicio y fin del mismo, cuota correspondiente al turno, y los días del año no turnarios dedicados a restauraciones o mantenimiento; servicios de la sociedad y precio alzado de su trabajo (art. 52.2.2.3).

No parece que la eficacia constitutiva de la inscripción registral sea la idea del Borrador de Anteproyecto de Conjuntos Inmobiliarios de 1991 (*BACI 91*) al indicar que cada turno de aprovechamiento “podrá” (facultativamente pues) ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad en folio independiente (82), con referencia a la inscripción del piso o local y de la finca entera. Inscripción en triple folio como venía ya indicando y realizando la práctica notarial y registral (83), respectivamente (art. 52.3 y 53.1).

185

(BOE n.º 176, de 24 de julio), del RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas (BOE n.º 117, de 17 de mayo), del RD 287/1991, de 8 de marzo, por el que se aprueba el catálogo de productos, bienes y servicios a determinados efectos de la Ley para la Defensa de consumidores y usuarios (BOE n.º 61, de 12 de marzo), así como una serie de normas de carácter autonómico, relativas al derecho de información y a la protección de intereses económicos de los consumidores. *Vid.* “*Legislación básica de consumo*”, ed. preparada por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAS Y PARRA LUCAN, Madrid, 1992, III, págs. 407 y ss.

(82) Como con gran acierto ha destacado PAU PEDRÓN, en la multipropiedad existe una vinculación institucional entre el turno y la comunidad, entre el período y la cuota, a diferencia de lo que sucede en las comunidades ordinarias con simple pacto de uso por turnos donde sólo existe una vinculación instrumental; deduciéndose de esta distinción, tres consecuencias fundamentales: 1.ª) En la multipropiedad no cabe alteración de los períodos de uso asignados a cada cuota más que por acuerdo unánime de todos los multipropietarios; 2.ª) En la multipropiedad no cabe extralimitación en el uso cuando no ejercite su derecho el que puede ocupar la vivienda en el turno siguiente; y 3.ª) En la inscripción registral de la multipropiedad debe incluirse la expresión del período de uso, por no ser un simple pacto personal sino un elemento estructural de la institución (“La multipropiedad en el Derecho comparado”, *Centro Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 1984, págs. 47 y ss.).

(83) El acceso al Registro de los pactos que establecen la multipropiedad ha tenido acceso al Registro hasta este momento, en base a los arts. 7 Rh, 9 Lh y 51, 6.º Rh y

La primera venta de cada turno de aprovechamiento en multipropiedad puede ser resuelta por el comprador (84) “a su arbitrio”, dentro de los siete días siguientes al otorgamiento de la escritura, aunque “si sobre ese turno de aprovechamiento se hubiese practicado con anterioridad en el Registro de la Propiedad algún asiento a solicitud del comprador, los siete días se contarán desde la fecha del asiento” (...) (art. 53.2). Volveremos más adelante sobre este punto.

2. *La Comunidad de aprovechamiento por turno*, respecto a la que indica el *BACI 91* que “podrá gravarse con una comunidad de aprovechamiento por turnos la propiedad de un edificio entero o de un conjunto de edificios con elementos e instalaciones comunes integrados, al menos, por diez *apartamentos o viviendas* susceptibles de utilización independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública y dotados de modo permanente con el mobiliario adecuado al efecto”. Dicho aprovechamiento por turno recaerá sobre un apartamento o vivienda determinado, durante un período fijo de cada año, cuya duración no será nunca inferior a siete días. Comunidad que estará limitada en cuanto a su duración: nunca menos de cinco años ni más de cincuenta tras las posibles prórrogas (art. 54) y a falta de regulación convencional específica le será aplicable a su régimen jurídico las reglas de los Tít. I, II y III.

Como puede observarse del conjunto de la regulación que le dedica el *BACI 91*, sin perjuicio de que exista alguna similitud con ciertas figuras típicas de derechos reales limitados de goce, la “comunidad de aprovechamiento por turnos” se

por analogía con el art. 5 LPH. El sistema de triple folio registral se ha justificado en diversas normas, así art. 3 a) LPH, art. 8, 4.º y 5.º LH, al indicar folios diferentes, art. 66 Rh relativo a la inscripción de comunidades de aguas privadas de uso por turnos y el art. 68 Rh relativo a la inscripción de la comunidad de garajes.

Por otra parte, la Res. de la DGRN de 19 de diciembre de 1987, en un supuesto de inscripción de residencias privadas, permite al Registrador abrir nuevos folios, si lo considera necesario para dar mayor claridad o las inscripciones cuando el folio principal esté excesivamente cargado.

(84) Facultad concedida a cualquier adquirente, ya sea de vivienda o de local.

configura como un nuevo tipo y distinto (85). No obstante, en cuanto a su constitución, con indudable acierto a mi juicio, se exige que “los derechos reales que confieren este tipo de aprovechamientos periódicos sólo podrán constituirse del modo que esta Ley establece” (art. 54.4): escritura pública e inscripción registral en doble folio (art. 8.2 LH que se propone para modificar el actual) con eficacia constitutiva. Curiosamente, como otorgantes, se incluye junto al propietario constituyente de la misma, a una Sociedad especial de servicios (86) que por un precio alzado anual, se obligue, a prestar todas las obligaciones referentes a su cometido en el tiempo que dure la comunidad (87). En la escritura, deberá comparecer una entidad de crédito (88) que garantice solidariamente (89) el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la liberación de cargas no asumidas o desconocidas por el adquirente; el buen fin de la obra y la inclusión del correspondiente mobiliario o la responsabilidad por incumplimiento grave y reiterado de los servicios contratados.

187

Tanto en la escritura de constitución como en la inscripción

(85) DE PABLO CONTRERAS: “El aprovechamiento...”, *cit.*, pág. 53 *in fine*. Como subraya MONTÉS PENADÉS: “Sucesión en el goce y multipropiedad”, *IV Jornades de Dret Català a Tossa*, Barcelona, 1988, págs. 283 y ss., en concreto, pág. 299, “según la que parece opinión más difundida, que se apoya en la dicción de preceptos como los arts. 2.º de la Ley Hipotecaria, 7.º del Reglamento Hipotecario, 1.255 del Código civil, etc., no parece difícil resolver que en el caso de la multipropiedad se habrá de referir a un derecho real atípico, formulado sobre el título constitutivo, que configurará una amplia red de deberes y derechos de los titulares concurrentes”.

(86) (Arts. 32 a 35 *BACI 91*).

(87) La Sociedad de servicios contrata y se obliga frente a la comunidad a prestar los servicios de administración y conservación del conjunto inmobiliario, pero no con el propietario, aunque éste responda solidariamente con aquélla frente a la comunidad, de las obligaciones de la misma.

(88) De gran semejanza con el “trust” anglosajón. En opinión de DE PABLO CONTRERAS: “El aprovechamiento...”, *cit.*, pág. 68, “en cuanto al acto jurídico en que interviene la entidad de crédito, parece se trata de la constitución de garantía mediante declaración unilateral de voluntad, de modo similar a lo que ocurre en los supuestos de “fianza debida”, legal o judicial (*cfr.* art. 1.823 CC), puesto que la ausencia de los acreedores —aquí no tiene sentido entenderlos representados por el propietario— impide calificar a aquél de contrato”.

(89) Junto con el propietario constituyente y la sociedad de servicios debe entenderse aunque el art. 56 no lo diga expresamente, en relación con el art. 32.3.1.

del conjunto deben contenerse una serie de circunstancias reseñadas en el art. 56.3: descripción del edificio, duración de la comunidad; objeto en el que recae el derecho de aprovechamiento del comunero, semana anual de limpieza y reparaciones, así como apartamentos reservados al uso ante posibles eventualidades, los datos y domicilio del propietario constituyente, la sociedad especial de servicios que asume las funciones y el precio alzado, la entidad que presta la garantía solidaria, la relación ordenada de partícipes respecto a las viviendas, señalando su cuota y número correlativo y especial que se le asigne por cada vivienda, con independencia del número correlativo que ha de asignarse a éstas.

En toda inscripción posterior del derecho de participación de cada adquirente, se expresarán, tanto la descripción (directa o por referencia) de la vivienda y del mobiliario que se le destina, y *en letra*, la cuota y número que corresponde a la participación y al apartamento; período del año en que se ha atribuido el disfrute exclusivo, *con precisión del día y hora iniciales y finales*; derechos a especiales prestaciones o a uso especial de elementos o instalaciones comunes pactadas y referencia a la inscripción del conjunto.

3. *Los derechos de aprovechamiento por turno de un apartamento o vivienda podrán constituirse sin carácter real*, pero “sujetándose los contratos, en todo caso, a la legislación y jurisdicción españolas” (art. 63.1). Regla general: libertad de pacto, salvo los contratos que estipulen un plazo de duración de los derechos superior a tres años que quedan sujetos (90) a ciertas reglas imperativas establecidas en el art. 63.2 —duración del contrato inferior a quince años—; cabe la modalidad de espacio flotante; el contrato puede ser resuelto por el usuario unilateralmente y sin penalizaciones, dentro de los siete días siguientes a su celebración.

(90) Salvo los acuerdos de los órganos sociales sobre utilización por los socios de los bienes de una sociedad, siempre que fueran válidos conforme a la respectiva legislación aplicable (art. 64).

El *BACI 91* se acerca pues de forma más eficaz a la realidad práctica (91) acogiendo dos formas de eficacia real y entrada a variados supuestos obligacionales de disfrute de inmuebles a tiempo compartido.

V. La adecuación del Borrador de Anteproyecto español sobre Conjuntos Inmobiliarios a las directrices que informan la reciente Propuesta de Directiva de la Comisión de 24 de julio de 1992 relativa a la protección del consumidor

El carácter transfronterizo de la adquisición del disfrute de inmuebles a tiempo compartido y la gran importancia del sector en España pone de manifiesto la necesidad de sintonización de la legislación española con las normas comunitarias, dado que el art. 10.1, párr. 1.º dispone que “la posesión, la propiedad y otros derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad se regirán por la ley del lugar donde estén situados”. Se admite con carácter general que la “*lex rei sitae*”

189

(91) Como se afirma en la Exposición de Motivos que acompaña al Borrador de Anteproyecto de Ley de tiempo compartido elaborado por la Secretaría General de Turismo en 1990, “uno de los rasgos distintivos del *time-sharing* es su variedad de formas y conceptos, entre los que únicamente es común la idea de disfrutar unas vacaciones durante una o más semanas al año en un complejo inmobiliario turístico a lo largo de varios años y con pago por adelantado de una cantidad, seguido por pagos anuales para cubrir gastos generales de administración y mantenimiento. La inexistencia de una orientación legislativa mayoritaria entre los países de nuestro entorno en esta materia es prueba adicional de que se trata de un fenómeno que puede calificarse de muy distintas maneras. Así, en Portugal se califica tanto como derecho real de habitación periódica como derecho personal; en Grecia se basa en la idea de arrendamiento periódico; en Francia, en esquemas societarios, entre otros; y en otros países, como el Reino Unido que son pioneros en este campo, no hay legislación específica ni se ha considerado necesaria hasta ahora debido a la existencia de mecanismos jurídicos de aplicación generalizada y que gozan de la total confianza de los consumidores, aunque recientemente se ha empezado a solicitar la promulgación de una legislación específica. Por lo que, no parece conveniente imponer una única modalidad jurídica, siendo preferible implantar un esquema básico de garantías y contenidos mínimos que aseguren la adecuada protección de los consumidores, sea cual fuere la fórmula elegida por cada promotor, junto con una serie de requisitos obligatorios para las diferentes modalidades jurídicas conocidas y aplicadas en la práctica”.

es aplicable no sólo a los derechos reales que recaen sobre inmuebles, sino también sobre todos aquellos que aún siendo personales atribuyen a su titular la posesión de la cosa (92).

Hasta este momento los conflictos de intereses son palpables y cuantiosos. Dada la ausencia de legislación, los promotores, basándose en el principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad de empresa, configuran jurídicamente la multipropiedad de la manera más favorable a sus intereses económicos, utilizando a menudo en sus agresivas campañas publicitarias la idea de propiedad, como más atractiva y segura para los consumidores, sin estar configurada como derecho real, utilizando con frecuencia condiciones generales que pueden ser calificadas de abusivas (93), en zonas eminentemente turísticas (94).

(92) Los problemas pueden encuadrarse en tres grandes apartados: sustantivos, fiscales y administrativos. Puede verse una excelente exposición de los mismos con gran acopio de posiciones doctrinales, en MARTÍNEZ-PINERO CARAMÉS: "Soluciones notariales...", *loc. cit.*, págs. 131 a 148.

(93) Con elocuencia y expresividad envidiables relata la situación MARTÍNEZ-PINERO CARAMÉS: "Lo que ha ocurrido es que el promotor —normalmente anglosajón— ha olvidado el 'fair play' y ha pensado que todo el monte es orégano, usando y abusando de una picaresca que para sí hubiesen querido el Lazarillo de Tormes y cualquier otro pícaro de nuestros clásicos". Como muestra baste un botón y este botón bien puede ser lo publicado en el periódico de Marbella (*El Diario de la Costa del Sol*) los días 12 y 13 de julio de 1985, bajo el título "Terrorismo inmobiliario de los ingleses" y en donde se reproduce el contenido de unos folletos de propaganda repartidos en los que se incluye —y copiamos del periódico de referencia del día 12— la increíble advertencia que reproducimos en esta misma página, escrita en letras rojas, con un recuadro: "Es imprudente firmar cualquier acuerdo o contrato en España". Y después, con signos de admiración: "¡Se le advierte firmemente de no dar tal paso!", en "Soluciones notariales...", *ibidem*, pág. 131, y otros autores que ponen de manifiesto tales problemas, así LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ: "La multipropiedad", en *Noticias CEE*, abril 1986, págs. 75 y ss., en particular, pág. 78.

(94) Tal vez sea conveniente que nuestro legislador se centre de forma diferente en el derecho de uso compartido de una vivienda turística con carácter especial, ya sea en régimen de multipropiedad o en cualquier otro, de naturaleza real o personal. Posiblemente le fuese de gran utilidad releer las sugerencias que se pueden deducir de la experiencia normativa del primer país del mundo en el tema: Estados Unidos, recogidas por CALO: "Multipropiedad y 'consumer protection' en los Estados Unidos de América", *RDP*, nov. 1986, págs. 915 y ss., en especial, págs. 933 y 934, pudiendo ser resumidas en las siguientes:

a) Limitaciones geográficas, con el fin de que los complejos en multipropiedad se den sólo en zonas turísticas.

Sin embargo, de la lectura del Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991, en lo referente a utilización de inmuebles a tiempo compartido, no se percibe ninguna referencia expresa a la protección del adquirente, ya sea español o ciudadano comunitario (95), como consumidor en sentido jurídico. Tal vez por ello sea conveniente realizar

b) Prohibición de inclusión de condiciones meramente potestativas en cada fase de la contratación y de delegaciones cuyo objeto exceda de la ordinaria administración.

c) Previsión de un amplio derecho de revocación del consentimiento dado por el adquirente.

d) Extinción de la multipropiedad ligada a su vida útil.

e) Obligada publicidad de los principales elementos de la operación ofrecida.

f) Activa participación de los multipropietarios en la administración y control de la gestión, con previsión del voto por correspondencia.

g) Procedimiento rápido para la remoción del administrador.

h) Claridad y análisis del balance y normas de revisión.

i) Prohibición de gestión separada de los servicios recreativos y de restauración, con el fin de que estén bajo el control de los adquirentes con la previsión de términos máximos para los contratos de alquiler.

j) Designación de un organismo público de vigilancia en el sector, encargado también de aprobar todo lo relativo a contratos y reglamentos.

k) Creación de un Registro de las empresas que operan en el sector.

l) Control de publicidad.

m) Depósito en instituciones de crédito de las sumas pagadas por los adquirentes antes de la transferencia de la propiedad.

n) Nulidad del contrato en caso de violación de la ley.

Como ejemplo de la opinión doctrinal unánime, MARTÍNEZ-PINEIRO CARAMÉS, destaca la necesidad de una legislación concreta y específica, omnicomprensiva de todos sus aspectos y manifestaciones, tanto sustantivas como administrativa, fiscales y procesales, precisando: naturaleza jurídica, elementos, contenido, causas de extinción, especialidades sobre inversiones extranjeras, en "Soluciones notariales...", *loc. cit.*, págs. 151 a 154.

(95) Cabe recordar el art. 27 CC: "Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados". *Cfr.*, entre otros, el art. 7.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (*BOE* de 29.12.1964) y 14.2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, según redacción dada por la Ley 5/1991 (*BOE* de 1.3.1991). En relación con los nacionales comunitarios, cabe recordar lo dispuesto en los arts. 7.º, párr. 1.º y 52 del Tratado de Roma constitutivo de la CEE, en cuanto a no discriminación de los nacionales comunitarios y la libertad de establecimiento. Por último, debe tenerse en cuenta que las limitaciones de acceso a la propiedad inmobiliaria que se imponen a los extranjeros por Ley 8/1975 de 12 de marzo sobre Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional (*BOE* de 14.3.1975) se excepcionan para los nacionales de la CEE por Ley 31/1990. *Vid. Legislación básica de Derecho internacional privado*, ed. preparada por BORRAS RODRÍGUEZ, BOUZA VIDAL, GONZÁLEZ CAMPOS y VIRGOS SORIANO, Madrid, 1991, págs. 651 y 652 en nota al art. 27 CC

un estudio comparativo de sus disposiciones en la materia con la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido, de 24 de julio de 1992 anteriormente comentada, que debiera ser un punto de referencia del legislador a la hora de redactar la ley definitiva reguladora de las diversas figuras que en la concepción del uso inmobiliario a tiempo compartido puedan englobarse.

Pensemos que la protección requerida se refiere exclusivamente a contratos celebrados por consumidores que tengan por objeto la utilización de bienes inmuebles a tiempo compartido, sea cual sea la naturaleza del derecho. En este sentido, la Propuesta de Directiva, define al contrato como “todo contrato por el que un vendedor transfiere o se compromete a transferir, para un mínimo de tres años y mediante el pago de un determinado precio, un derecho real inmobiliario o cualquier otro derecho relativo a la utilización de un bien inmueble (por naturaleza) en un determinado período del año que no puede ser inferior de una semana”, siempre y cuando se trate de un vendedor entendido como “toda persona física o jurídica que, en las transacciones que entran en el ámbito de la presente Directiva y en el marco de su actividad profesional, transfiera o se comprometa a transferir a un adquirente un derecho real inmobiliario o cualquier otro derecho sobre la utilización de un inmueble, siendo él mismo propietario del bien inmueble al que dicho derecho se refiere o disponiendo de una autorización del propietario para ello” frente a un adquirente que sea “persona física que, en las transacciones que entran en el ámbito de la presente Directiva, actúe a título de consumidor, es decir, con fines que no se pueden considerar que entren en el marco de su actividad profesional” (art. 2).

Integrando el *BACI 91* con las normas del ordenamiento jurídico privado para lograr colmar las posibles lagunas mencionadas puede observarse que, además de los preceptos aplicables del Código civil en materia de contratación que afectarían a

cualquier adquirente, deberíamos acudir a las disposiciones contenidas en las normas que desarrollan el principio rector de la política social y económica referente a la protección del consumidor (art. 51 CE) que son fundamentalmente, la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984 y las contenidas en el RD 515/1989 de 21 de abril (96), sobre protección de los consumidores y usuarios en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, así como determinadas normas autonómicas, sin olvidar que el RD 287/1991, de 8 de marzo, por el que se aprueba el catálogo de productos, bienes y servicios a determinados efectos de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios (97), en atención a la protección prioritaria que el art. 2.2 LCU concede a los derechos de los consumidores y usuarios cuando tengan relación directa con productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado y respecto a los bienes de naturaleza duradera, detallando en sendos Anexos la relación de bienes o servicios que tendrán tal o cual consideración a los efectos establecidos en la LCU.

Así en el Anexo I, del RD 287/1991 mencionado, dedicado a los bienes, productos de uso o consumo común, ordinario y generalizado a los efectos de los arts. 2.2 y 6 de la LCU, entre los productos no alimenticios, se incluye la vivienda destinada a residencia habitual, mientras que en el Anexo II, dedicado a establecer la relación de bienes de naturaleza duradera a los efectos del art. 11.2 y 5 de la LCU se incluye en último lugar la vivienda, sin ningún otro calificativo, por lo que puede incluirse la vivienda que se disfruta periódicamente a tiempo compartido.

La vivienda, como recuerda la Exposición de motivos del RD 515/1989 (98) es en la actualidad un producto de uso

(96) BOE 17 de mayo de 1989.

(97) BOE n.º 61, de 12 de marzo.

(98) Sobre el valor de las exposiciones de motivos en los procedimientos administrativos, *vid.* DIEZ PICAZO, L. M.: "Los preámbulos de las leyes. En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas", *ADC*, julio 1992, págs. 501 y ss., en especial, págs. 511 a 515.

ordinario y generalizado, cuya utilización mediante compra o arrendamiento, constituye una actividad no sólo cotidiana, sino de gran transcendencia para la vida del consumidor, por lo que debe ser objeto de una protección específica todos los contratos onerosos destinados a su adquisición, uso, disfrute, ya sea a tiempo completo o parcial.

Teniendo presente que la Propuesta de Directiva de 24 de julio de 1992 se basa en el principio de subsidiariedad y exclusivamente preverá, si se mantiene en sus mismos términos la Directiva, disposiciones uniformes en dos aspectos (99): la información del consumidor documentada antes de la contratación formando parte la misma del contrato si llega a celebrarse, y la concesión al consumidor, tras la firma del contrato, de un plazo de resolución unilateral en favor del consumidor. Vamos a examinar su posible adecuación en el Derecho interno español.

194 Antes de iniciar lo indicado, conviene puntualizar una cuestión que pueda hacer surgir ciertos interrogantes en torno a las *partes* y al *objeto* del contrato. No es necesario aclarar que la figura definida en la Propuesta del vendedor, encaja perfectamente con la que puede deducirse del art. 1.2 de la LCU, respecto a la persona que produce el bien o el servicio, entendida como empresario que contrata en orden a su condición profesional (100), en atención a la justificación de la protección al contratante más débil.

(99) En las "Justificaciones de la medida propuesta" que se incluyen en la Propuesta de Directiva de 24 de julio de 1992 (pág. 42), se señala que éstas han sido las indicaciones de las doce alegaciones de forma unánime sobre las que la Comisión centró su texto. En cambio, los Estados miembros "desean que el establecimiento de garantías jurídicas y financieras para el adquirente de un derecho de timeshare, las modalidades de dichas garantías, las disposiciones relativas a la gestión y el mantenimiento de los inmuebles, así como la naturaleza jurídica del timeshare, sean competencia de cada Estado miembro".

(100) La STC, de 30 de noviembre de 1982, puntualiza que "la particularidad del negocio inmobiliario aislado, extraño a las actividades de empresa inmobiliaria en las que se realiza una oferta y un contrato generalizado, excluye la extensión de la intervención en materia de protección del consumidor a las operaciones aisladas, no importables a la actividad de una empresa inmobiliaria" (Fund. Jco. 10.º).

Tal vez la matización sea necesaria en torno a la figura del *consumidor*, ya que la reiterada Propuesta de Directiva se refiere en exclusiva a persona física que actúa en un marco diferente del de su actividad profesional, mientras que el mismo precepto mencionado de la LCU extiende tal concepción a las personas jurídicas que actúen como destinatarios finales, cuestión que se resuelve en base al art. 11 de la Propuesta, que califica de carácter mínimo su alcance, por lo que “permitirá a los Estados miembros adoptar disposiciones más favorables para los intereses de los adquirentes”. Tendrá pues la consideración de consumidor, cualquier persona que adquiera un derecho de uso sobre un inmueble a tiempo compartido para uso y goce privado del mismo.

En cuanto al *objeto* sobre el que puede recaer el derecho de uso a tiempo compartido, es según la Propuesta, “todo inmueble o parte de un inmueble a los que se refiera el contrato, por ejemplo, casa, apartamento, bungalow, estudio, etc...”, es decir, inmueble, turístico o no, pero cuyo destino sea el de habitabilidad, el de vivienda aunque sea temporal y de escasa duración, pero no inmueble de destino negocial, como puede ser un local, en el que es difícil percibir la figura del adquirente como destinatario final, ni la adquisición con fines que se puedan considerar fuera del marco de “su” actividad profesional. Ese “su” perturbador puede tener consecuencias importantes, dado que, en primer lugar, el *BACI 91* incluye como objeto de derecho de los multipropietarios a los locales (art. 51.2) y que la LCU protege las adquisiciones de bienes muebles e inmuebles (sin precisiones) siempre que sean para uso personal o familiar. ¿Qué quiere decir la propuesta de Directiva? ¿Usted es un adquirente consumidor si adquiere un derecho de uso y disfrute a tiempo compartido sobre un local, por ejemplo, en multipropiedad, si lo destina a otra actividad diferente a la que se dedica normalmente? (101).

(101) Por ejemplo, usted es médico, pero si adquiere un local en multipropiedad para poner una mercería, o para invertir, o para alquilarlo, ya le consideramos consumidor a los efectos de esta posible Directiva.

No creo que este sea el sentido adecuado que impera en la política y en la filosofía de la protección al consumidor. Probablemente se trate de un error gramatical, y el posesivo es necesario sustituirlo por el indeterminado “una” actividad profesional, delimitando con ello el objeto de tales contratos a las viviendas.

Entiendo por tanto, que los aspectos del pretendido Derecho uniforme que vamos a contemplar, tienen que establecerse en los contratos celebrados por adquirentes destinatarios finales, onerosos y sinalgamáticos que tengan como objeto la utilización de viviendas en régimen de disfrute a tiempo compartido.

Por todo lo dicho, vamos a estructurar nuestras reflexiones en cuatro puntos:

a) Cómo lograr los mecanismos jurídicos adecuados para una correcta y veraz información al consumidor en estos contratos.

b) Qué significado puede darse a la facultad resolutoria que tanto en el *BACI 9I* como en la Propuesta de Directiva se le concede al consumidor.

c) La posibilidad de privar de eficacia a los contratos de “timeshare” ya celebrados cuando el consentimiento se ha basado en una información errónea o incompleta.

d) La encomiable labor del notario frente a los consumidores de derechos de utilización de inmuebles a tiempo compartido.

A) *La información precontractual.*

El objetivo de la atribución del derecho de información del consumidor, no es otro que facilitar una prestación del consentimiento contractual habiendo conocido exactamente el alcance de sus derechos y de sus obligaciones así como la naturaleza del derecho que adquiere (102). Desde la tutela del adquirente

(102) Vid. ORTI VALLEJO: “Art. 13” en *Comentarios a La Ley General para la protección de Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, pág. 404 y doctrina citada en nota 22.

de un derecho de utilización de un bien inmueble a tiempo compartido que tenga la consideración de consumidor por ser destinatario final del mismo, el control de la publicidad ha de ponerse en relación con el derecho a la información veraz y objetiva sobre el producto, normalmente de naturaleza turística que se le ofrece, dando el alcance justo al medio publicitario, evitando “que la publicidad ocasione precisamente desinformación o confusión, es decir, engaño, en su intento de persuadir u orientar interesadamente la libertad de decisión económica del consumidor” (103).

El *BACI 91* no dedica norma alguna a este respecto. Tan sólo menciona determinados requisitos que deben constar en el momento de la perfección o entrega mediante la tradición que se realiza con la escritura. Sin embargo, son de gran importancia al respecto las reglas que con carácter imperativo se establecen en los arts. 8.1 y 3 y 13.2 LCU (104), fundamentadas en el principio de la veracidad de la publicidad, que posteriormente recoge el art. 4 de la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988, en el que se define la publicidad engañosa como aquella, que de una manera o de otra, comprendida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, y así mismo, la publicidad que silencia características esenciales de los bienes, de las actividades o de los servicios, se considera igualmente engañosa cuando tal omisión induzca a los destinatarios a error, lo mismo que proclama art. 3 del RD 515/1989 relativo a la información del

(103) PASQUAU LIANO: “Art. 8.1.2”, en *Comentarios a la Ley...*, *ob. cit.*, págs. 139 y ss., en concreto, pág. 143.

(104) Art. 8: 1. “La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

3. La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, será perseguida y sancionada como fraude. Las asociaciones de consumidores y usuarios, constituidas de acuerdo con lo establecido en esta Ley, estarán legitimados para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacerla cesar”.

consumidor en venta y arrendamiento de viviendas. Toda oferta, promoción o publicidad falsa o engañosa, será considerada como fraude (105).

Según el art. 8.3 LCU, las asociaciones de consumidores y usuarios (106) están legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacerla cesar. Legitimación activa concedida pues a las mencionadas asociaciones, pero no a los particulares que la padecen, según se desprende del mencionado precepto sorpresivamente. La omisión puede subsanarse acudiendo al art. 25 de la posterior Ley General de Publicidad (desde ahora LGP) (107), que introduce una

(105) Del art. 528 del Código Penal que tipifica el delito de estafa, puede deducirse que se trata de toda conducta engañosa movida por un afán de lucro que induce a error a una o más personas, impulsándolas a realizar un acto dispositivo que tiene como consecuencia un perjuicio patrimonial para ellas o para un tercero. Dicha conducta engañosa se produce cuando se afirman hechos que son falsos o que simulan o desfiguran la realidad. El art. 34.4 LCU considera infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios “la alteración o fraude en bienes y servicios susceptibles de consumo por adición o sustracción de cualquier sustancia o elemento, alteración de su composición o calidad, incumplimiento de las condiciones que corresponden a su naturaleza o la garantía arreglo o reparación de bienes duraderos y en general *cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del producto o servicio*”. Por otra parte, el RD 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria (BOE n.º 168, de 15 de julio; corrección de errores, BOE n.º 197, de 18 de agosto, y n.ºs 250 y 259, de 29 de octubre), en su art. 3.1.3 considera fraude en bienes y servicios susceptibles de consumo “el fraude en cuanto al origen, calidad, composición, cantidad, peso o medida de cualquier clase de bienes o servicios, destinados al público o su presentación mediante determinados envases, etiquetas, rótulos, cierres, precintos o *cualquier otra información o publicidad que induzca a engaño o confusión o enmascare la verdadera naturaleza del producto o servicio*”.

(106) Sobre la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de las acciones contra los actos de oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa, *vid.* QUINTANA CARLOS: “La protección del consumidor en España (Aspecto comparativo con la CEE)”, AC, n.º 13, 1987, págs. 809 a 812; NAVARRO MUNUERA: “Art. 8.3”, en *Comentarios a la Ley General...*, *ob. cit.*, págs. 176 y ss., en particular, págs. 184 y 185.

(107) Como con acierto pone de relieve PASQUAU LIAÑO “el precepto es importante, ya que concreta las generalísimas —y yo diría que ‘programáticas’— normas de legitimación para las asociaciones que se prevén en el art. 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el 20 de la propia LCU. Además, la atribución de legitimación a las asociaciones no excluye la que pueda corresponder a los particulares, lo que evita los riesgos de monopolización y subsiguiente ‘domesticación’ de la defensa de los intereses sociales colectivos”, “Art. 8.1.2.” en *Comentarios a la Ley...*, *ob. cit.*, pág. 151.

legitimación activa mucho más amplia para hacer cesar o rectificar la publicidad ilícita, que incluye tanto a las personas por ella afectada, ya sean físicas o jurídicas, como las que tienen un derecho subjetivo o un interés legítimo en que cese o se rectifique (108).

Los problemas que con mayor frecuencia se plantean en la promoción de la adquisición de derechos de disfrute de inmuebles a tiempo compartido han sido variados. Quizás el más peligroso y reiterado haya sido el ofrecer como propiedad, utilizando la palabra “multipropiedad” o “mutipropietario” en situaciones muy distintas a la adquisición dominical o incluso, lejanas a la titularidad de un derecho real sobre cosa ajena, aspecto que contempla el art. 5.3 de la Ley General de Publicidad, exigiendo la veracidad respecto a la condición jurídica del derecho cuya transmisión se contempla en la oferta.

La veracidad de la información afecta pues al contenido de la oferta, de la promoción y de la publicidad de las cualidades materiales de los productos, a las prestaciones propias de cada producto o servicio y a las condiciones y garantías ofertadas, que deben incorporarse al contrato como parte de sus cláusulas, salvo que en él se contengan “cláusulas más ventajosas para el

(108) Los arts. 25 a 33 LGP regulan el procedimiento judicial ordinario de menor cuantía que puede llevarse a cabo si el anunciante no hace caso alguno de la reclamación de cese o de rectificación, como intento extrajudicial de arreglo previo, pudiendo exigir además la indemnización de daños y perjuicios. Resulta extraño comprobar que si ante una demanda de rectificación el anunciante debe responder en el plazo de tres días desde que recibe la demanda, y si no rectifica, se abre la vía judicial una vez transcurridos, en el caso de que lo solicitado sea el cese la Ley no fija plazo alguno al anunciante para responder, cuestión problemática que debe integrarse analógicamente con el plazo de rectificación, pues de lo contrario se permite al anunciante continuar con la publicidad ilícita y retrasar el procedimiento judicial a su arbitrio. Una vez iniciado el procedimiento ordinario correspondiente, el juez puede invertir la carga de la prueba y solicitar al anunciante que pruebe la exactitud de las condiciones contenidas en la publicidad del bien o servicio, y considerar que son erróneas si no se prueba suficientemente su veracidad (art. 29,b) y c) LGP).

Además, el juez puede establecer, a petición del demandante, una serie de medidas provisionales de carácter preventivo, hasta que se dicte la sentencia, tales como el cese provisional de la publicidad ilícita (art. 31.1 LGP) o prohibir temporalmente la publicidad supuestamente ilícita o adoptar las medidas adecuadas para impedir su difusión (art. 31.1.b) LGP).

consumidor" (art. 8.2 LCU). Vinculación contractual pues del oferente con los términos de la oferta, salvo en aquellos aspectos que puedan ser mejorados en el contrato como más favorable para los intereses del adquirente (109), cuya exigibilidad puede reclamar el consumidor, exigiendo al vendedor que cumpla el contrato según lo ofertado publicitariamente, o de lo contrario, ejercitar la acción de resolución por incumplimiento.

La publicidad heteroíntegra el contenido del contrato y es exigible, en palabras de LASARTE "como derivación de la propia fuerza de obligar del ordenamiento jurídico" (110) y no por de la presunta o tácita intención de las partes, ya que en base al art. 1.258 CC en relación con el art. 8 de la LCU que garantiza la protección al consumidor, no puede ser otra la respuesta (111), siempre que el contrato llegue a celebrarse y existan lagunas u omisiones no consensuadas al respecto (112), Como indica TORRES LANA, "el contenido publicitario no se yuxtapone, sino que se superpone al resto del contenido contractual" (113).

La cuestión plantea problemas de orden práctico ya que a veces deviene imposible para el oferente cumplir todo aquello que se ofertó publicitaria o promocionalmente y deban realizar-

(109) Precepto que sigue la línea marcada por la conocida e importante STS de 27 de enero de 1977 que en una venta de un inmueble, reconocen la eficacia jurídica de la propaganda como parte integrante del contrato, como ya había hecho la de 14 de junio de 1976 respecto de un bien mueble (maquinaria), línea que ha confirmado resoluciones posteriores, como por ejemplo, la STS de 7 de noviembre de 1988. *Vid.* los excelentes trabajos sobre la materia de LASARTE ALVAREZ: "Sobre la integración del contrato: la buena fé en la contratación" (en torno a la STS de 27 de enero de 1977), *RDP*, 1980, págs. 50 y ss., y de GARCÍA AMIGO: "Integración del negocio jurídico", *AAMN*, 23, 1983, págs. 76 y ss.

(110) "Sobre la integración del contrato...", *loc. cit.*, pág. 71.

(111) *Vid.* PASQUAU, LIANO, *ibidem*, pág. 161.

(112) *Vid.* GARCÍA AMIGO: "La defensa de los consumidores desde el Derecho Privado", *RDP*, 1985, págs. 395 y ss., en concreto, pág. 409.

(113) En "La integración de la publicidad en la oferta contractual turística", *Turismo y defensa del consumidor*. Jornadas turísticas, Palma de Mallorca, 1991, págs. 73 y ss., en concreto, págs. 81 y 82, citado por PASQUAU LIANO, *ibidem*, pág. 165, nota 46 *in fine*.

se cambios. En estos casos, la dificultad puede ser resuelta sin alterar la protección que legalmente se ofrece al consumidor mediante la puesta en su conocimiento de las modificaciones necesarias antes de la firma del contrato, pudiendo aceptarlas o no según respondan a su interés en el contrato.

El contenido del derecho de información del consumidor en los contratos de utilización de viviendas a tiempo compartido que exige al art. 5 de la Propuesta de Directiva se centra en un conjunto de conocimientos que el vendedor debe proporcionarle, previamente a la contratación, de forma escrita y debe contener como mínimo las indicaciones recogidas en el Anexo de la misma.

En nuestro ordenamiento, existen una serie de normas específicas que pueden ser tenidas en cuenta: la del art. 13.2 LCU, último inciso (114) y lo dispuesto en el RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, que pueden dar luz a la cuestión.

En principio, comparativamente hablando, frente al Anexo de la Propuesta de Directiva, el RD 515/89 (115) no presenta

201

(114) "En el caso de viviendas cuya primera transmisión se efectúe después de la entrada en vigor de esta Ley se facilitará además al comprador una documentación completa suscrita por el vendedor en la que se defina, en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción, en especial aquéllos a los que el usuario no tenga acceso directo", aunque no es de aplicación directa en las Comunidades autónomas que hayan asumido constitucionalmente la competencia plena sobre la defensa de los consumidores, en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía (STC 15/1989, de 26 de enero).

(115) Según REBOLLO PUIG, el derecho a la información de los consumidores a la hora de contratar la adquisición o el arrendamiento de una vivienda no está directamente protegido por el art. 34 LCU que tipifica las infracciones en materia de defensa de los consumidores, salvo en cuanto al etiquetado y publicidad o cuando la desinformación afecte a salud, seguridad, precios o suponga fraude. Las leyes autonómicas que han optado por establecer su tipificación propia de infracciones en la materia son las de Valencia (Ley 2/1987 de 9 de abril, de Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana, art. 33, desarrollado por el art. 2 del Decreto 132/1989, de 16 de agosto) y Cataluña (Ley de la Generalidad de Cataluña 1/1990, de 8 de enero, sobre la Disciplina de Mercado y de Defensa de los consumidores y usuarios, que dedica su capítulo III a la tipificación de las infracciones (arts. 3 a 6) mucho más completa y precisa que la estatal (*Vid.* "Art. 34", en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, págs. 907 y ss., en concreto, págs. 926 a 932).

demasiadas dificultades de adaptación, con las salvedades propias del disfrute inmobiliario a tiempo compartido, tanto si se trata de un derecho real como personal, como por ejemplo sucede con los apartados del Anexo: c) “la estructura jurídica precisa del régimen de disfrute a tiempo compartido y su duración”, d) “la indicación de la naturaleza jurídica del derecho de disfrute a tiempo compartido ofrecida por el vendedor y la duración del mismo; el número de bienes inmobiliarios construidos, en construcción o que vayan a construirse; los muebles y utensilios adjuntos a cada bien inmobiliario”, e) “el número total de derechos de disfrute a tiempo compartido existentes en cada bien inmobiliario” o f) “la descripción clara e inequívoca de los períodos de ocupación, fijos y variables, especificando los mecanismos de determinación de los períodos”, de los que de una forma u otra se ocupa el *BACI 91*, incluyendo el período y la fecha en **letras** en que el adquirente podrá utilizar su derecho a tiempo compartido (art. 6,c) de la Propuesta, que en principio pueden integrarse con las mencionadas normas protectoras del consumidor y con una cuidada redacción de las estipulaciones de la escritura pública en la que se contenga el contrato.

Toda la información debe constar por escrito y frente a la que el vendedor queda obligado a “poner a disposición de **cualquier adquirente potencial**”, de manera que reciba “inequívoca, detallada y completa”, por lo menos sobre todo lo indicado en el Anexo, redactado en una lengua que el adquirente declare conocer (116), prueba gráfica del carácter transfronterizo de estos contratos. Un detalle no puede pasar desapercibido, la Propuesta de Directiva es consciente de la importancia y de la diversidad de los medios de comunicación por los que se emite la publicidad, que evidentemente no son todos en lenguaje escrito, por lo que precisa “cualquier otra forma de publicidad deberá indicar la posibilidad de obtener el resultado”.

(116) Recogido en el fundamental art. 5 de la *Propuesta de Directiva*.

Las garantías referidas en el art. 3 también deben ser parte del anexo, en la forma prevista por los Estados miembros, concretamente en torno a:

— Viviendas en proyecto o en construcción en torno a la seguridad de su existencia en las condiciones pactadas.

— La transmisión al adquirente que ha pagado el precio estipulado en el contrato, del derecho pactado, ya sea de naturaleza real o personal, libre de cargas no conocidas y aceptadas.

— Si se hubiera estipulado en la oferta, los derechos de utilización de servicios comunes y particulares, existentes o futuros.

— El derecho del adquirente a participar en la toma de decisiones relativas a la administración del régimen de disfrute a tiempo compartido y en la gestión del inmueble sobre el que recae, derecho delegable siempre que se haga en acto separado y posterior a la firma del contrato, delegación revocable en cualquier momento. Compárese la facultad de delegación en cuanto a la gestión del inmueble a tercero, con la prestación de todos los servicios a precio alzado por una Sociedad especial de las reguladas en el *BACI 91* y se verán las diferencias. Se introduce en el título constitutivo junto al promotor vendedor y con él va a responder solidariamente, tanto de la ruina o defectos de lo construido como del incumplimiento de la terminación o del amueblamiento del inmueble en vías de construcción (art. 32), compareciendo en todas las escrituras en que se establezca el régimen de multipropiedad con más de cincuenta turnos anuales (art. 52) y siendo otorgante junto al propietario de la escritura en la que se constituya una comunidad de aprovechamientos por turno (art. 56) y para que tales comuneros pueden resolver la relación contractual con la mencionada sociedad especial de servicios, es necesario que exista un incumplimiento de sus obligaciones, ya que de lo contrario, su relación se extinguirá con la propia comunidad (art. 56.2).

— Garantías “suficientes” respecto a la terminación de construcción del bien inmueble y al reembolso de cualquier anticipo, en caso de no terminación del mismo.

B) *El plazo de resolución.*

La obligación más especial del vendedor que, con distintos plazos y matices, contemplan tanto al *BACI 91* para todas las figuras, y la Propuesta de Directiva comentada —puesto que va a producir sus efectos tras la firma del contrato— es la de informar por escrito al adquirente en el momento de la firma del contrato, de forma inequívoca, claramente legible y al menos con el mismo tamaño de letra inmediatamente situada antes del espacio destinado a las firmas del contrato por las partes (no antes) de que éste surtirá efectos a menos que el consumidor ejerza lo que la Propuesta de Directiva denomina “derecho de retrocompra”, que significa la concesión de una facultad de resolución unilateral del mismo, en los plazos siguientes:

204

— Como mínimo 14 días naturales contados a partir de la firma del contrato. El *BACI 91* incluye un plazo más reducido: 7 días, a contar desde el otorgamiento de la escritura, pero si se hubiese practicado con anterioridad en el Registro de la Propiedad algún asiento a solicitud del comprador, el plazo comenzará a contarse a partir de ese momento, tanto si se trata de adquirentes residentes en España como en el extranjero (arts. 53.2 y 58). Estimo que son preceptos que debieran modificarse no sólo en cuanto a su extensión, sino también respecto de la supresión de la excepción registral pues puede ser causa de problemas y oscuridades.

Como mínimo 28 días naturales a partir del momento de la firma del contrato, si el derecho de disfrute a tiempo compartido puede ejercitarse en un Estado diferente de la residencia habitual del adquirente.

El consumidor podrá ejercitar la facultad de resolución unilateral del contrato, siempre que lo haga dentro de plazo, mediante al envío de una notificación a la persona cuyo nombre y dirección figuren a tal fin en el contrato, siendo suficiente con expedirla por carta certificada dentro de plazo (fecha de matasellos como prueba). En este punto, el *BACI 91* no se pronuncia.

La facultad concedida al consumidor de ejercicio potestativo dentro del mencionado plazo, denominado de múltiples formas (de arrepentimiento, de retractación, de rescisión, de retrocompra o de resolución, por citar algunas), pone en tela de juicio el principio de la fuerza obligatoria del contrato.

Para intentar justificar esta posibilidad de arrepentimiento del consentimiento contractual ya emitido, cuya renuncia es nula, se habla en la doctrina, fundamentalmente en la francesa que es donde más se ha estudiado (117), de formación progresiva del contrato, de contrato a prueba o ensayo o bajo condición.

Tal vez para comprender su inclusión y justificarla en una buena técnica jurídica, haya que dejar de lado una concepción excesivamente voluntarista del contrato resultante del dogma de la autonomía de la voluntad, admitiendo el necesario intervencionismo del legislador con objeto de evitar abusos, restablecer el equilibrio contractual y proteger a la parte desigual y más débil de la relación contractual. En definitiva el plazo de ejercicio de la facultad de resolución sólo impide que la ejecución del contrato se realice hasta que el mencionado plazo haya transcurrido. Concretamente, precisa GHESTIN "se trata de evitar con ello que el consumidor se vea comprometido de hecho por la ejecución del contrato" (118).

Pero, por otra parte, desde un punto de vista teórico, se pone en evidencia la naturaleza concreta del contrato, que no es sólo un simple acuerdo de voluntades, sino un instrumento privilegiado para las operaciones de cambio, ya que además de las emisiones de consentimiento, el contrato se caracteriza por el desplazamiento de un bien de un patrimonio a otro, por lo que el elemento voluntarista puede ser considerado como

(117) Vid. GHESTIN: *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contrat: Formation*, París, 1988, págs. 146-147; FERRIER: *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, Dalloz, 1980; MALINVAUD: *La protection des consommateurs*, Dalloz, 1981, Chron., BAILLOD: "Le droit de repentir", RTDC, 1984.

(118) *Ob. cit.*, pág. 147, la traducción es mía.

accesorio. La categoría de los contratos reales, como el préstamo o el depósito, resaltan la importancia del desplazamiento del valor patrimonial, con ello resulta posible admitir que el contrato no sea verdaderamente obligatorio hasta el momento en que pueden ejecutarse sus efectos; el plazo de resolución no hace más que retrasar temporalmente y por el plazo legalmente fijado, el que tales efectos se produzcan (119).

C) *La ineficacia contractual cuya causa es la información errónea o ilícita.*

Ante la falta de normativa específica sobre la materia de carácter imperativo (120), los mecanismos de defensa del consumidor adquirente de un derecho de utilización de un bien inmueble a tiempo compartido una vez realizado el contrato se encuentran en la teoría general de la eficacia contractual.

Hemos partido de la idea de que el derecho a la información que tiene todo consumidor a la hora de contratar tiene como fundamento la formación de un verdadero consentimiento contractual que sea determinante de su voluntad consciente y libre. Cuestión distinta de las acciones que le corresponden para poner fin o rectificar una información publicitaria o promocional que sea ilícita, es la de impedir los efectos patrimoniales negativos que se han producido con aquélla, ya que la rectificación publicitaria no puede nunca ser causa de exoneración de responsabilidad del anunciante de la fuerza imperativa de las afirmaciones engañosas hechas con anterioridad.

(119) GHESTIN, *ibídem*, pág. 147, n.º 152-2 y ROUHETTE: "Droit de la Consommation et théorie générale du contrat", en *Etudes A Rodiere*, 1981, pág. 266, n.ºs 20 y ss.

(120) Por ejemplo, no existe ninguna norma que mediante integración analógica permita afirmar la existencia de una norma prohibitiva expresa en torno al uso del término "multipropiedad" en contratos que no tengan por objeto la transmisión dominical a tiempo compartido bajo la figura de comunidad indivisa, ni en ningún precepto del BACI 91 se incluye esta prohibición, por lo que no podría hablarse de contrato nulo como contrario a norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3.º CC).

Con acierto subraya FUENTE NORIEGA (121), “presupuesto necesario para que el negocio jurídico cumpla plenamente su misión de realización de intereses o de ordenación de relaciones jurídicas, es que la voluntad de los sujetos, elemento básico sobre el que aquél reposa, se haya determinado o formado consciente y libremente y que esté fielmente reflejada en la declaración. En caso contrario nos encontramos ante una declaración errónea por falta de conocimiento que han vivido la voluntad negocial en la mayor parte de los casos, a su ineficacia”. Igual que cualquier otro contratante, el adquirente como destinatario final de un derecho de utilización de un inmueble a tiempo compartido, podrá ejercitar las acciones que conlleven la nulidad del contrato por existir un vicio en su consentimiento.

Como vicio de la voluntad, el dolo significa un engaño o fraude por el cual se induce a una persona a otorgar un negocio jurídico, en este caso un contrato, que de otro modo no hubiese realizado o lo habría hecho en otras condiciones (122). La publicidad engañosa podría ser considerada como una conducta dolosa que ha incitado al consumidor a realizar el contrato, ya que según el art. 1.269 CC, hay dolo cuando, “con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho” (123). La publicidad ilícita se califica como una actuación de mala fe por parte del vendedor que ha incitado al consumidor considerado como parte contractual más débil, a emitir una declaración de voluntad que no habría realizado de haber conocido con exactitud la naturaleza

(121) “Elementos del negocio jurídico: la declaración de voluntad”, en *Negocio Jurídico y Representación*, Madrid, 1989, págs. 67 y ss.

(122) FUENTE NORIEGA: “Elementos del negocio...”, *ob. cit.* pág. 77.

(123) Compárese con el art. 4 LGP: “Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor.”

Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”.

del derecho que adquiere o el conjunto de derechos y obligaciones que conforman el contenido del mismo.

Para que sea causa de la acción de anulabilidad del contrato, el dolo debe reunir pues los siguientes requisitos:

a) Conducta intencionada y dirigida por quien la realiza para obtener una concreta voluntad negocial de otra persona.

b) Voluntad del declarante se haya formado como consecuencia de la anterior.

c) La declaración de voluntad se haya determinado en base a tal conducta engañosa, de manera que si el engaño no se hubiese producido, el negocio no se hubiese realizado. Que se trate pues de un verdadero dolo causante (“*dolus causam dans*”).

d) Debe ser un engaño grave (art. 1.270 CC), de tal intensidad o influencia que sin él no hubiera existido el negocio, entendido como “*dolus malus*” frente al “*dolus bonus*” o relativo engaño en el que se incurre dentro del marco tolerado por los usos del tráfico jurídico.

e) Procedente de una de las partes, en este caso, de la parte económicamente más fuerte en la relación contractual.

La consecuencia práctica de la existencia del dolo mencionado como equivalente de engaño será una adquisición errónea de un derecho de utilización de un inmueble a tiempo compartido, y para que el error invalide el consentimiento “deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquéllas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo” (art. 1.266, párr. 1 CC).

Si se dan todas estas circunstancias, el consumidor de un derecho de utilización de bienes inmuebles a tiempo compartido, que por ejemplo haya adquirido basado en el señuelo del término “multipropiedad” como titular dominical a tiempo compartido, cuando en realidad ha contratado un derecho temporal de carácter personal de uso y disfrute de un determinado bien inmueble, ha contratado sin verdadero consentimiento, elemento indispensable para la validez de cualquier contrato

(art. 1.262.1.º en relación con el art. 1.261.1.º CC) por lo que podrá ejercitar la acción de anulabilidad del contrato en base a lo dispuesto en el art. 1.300 CC “los contratos en que concurren los requisitos que expresa el art. 1.261 CC pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalide con arreglo a la ley”.

Legitimado activamente estará el consumidor que sufrió el error o dolo (art. 1.302 CC) y pasivamente, la otra parte del negocio y sus acusahabientes. La acción de anulabilidad, declarativa y restitutoria, tiene un plazo de caducidad para su ejercicio de cuatro años, a contar “desde la consumación del contrato” (art. 1.301 CC).

Los efectos de la acción de anulabilidad, una vez firme la sentencia judicial que la declare, el contrato se entiende nulo desde su celebración, con la consiguiente destrucción de los efectos que hubiese podido producir, tanto respecto de los que haya sido parte del mismo, como frente a terceros, salvo que éstos se encuentren protegidos por la buena fe (124). Considérese el supuesto en el que el adquirente hubiese alquilado su derecho de disfrute a tiempo compartido sobre un apartamento en el período que le corresponde a una tercera persona cuando se declara la nulidad de la adquisición y el efecto restitutorio de la sentencia obliga a los contratantes a restituirse recíprocamente las cosas objeto del contrato con sus frutos y el precio con los intereses (art. 1.303 CC), aunque mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquéllo a que en virtud de la declaración de nulidad está obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumbe (art. 1.308 CC).

En segundo lugar, si en base a lo dispuesto en la norma imperativa contenida en el art. 8.1 LCU, el contenido de la oferta, de la promoción y de la publicidad, las prestaciones

(124) MORENO-LUQUE CASARIEGO: “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”, en *Negocio jurídico y representación*, Madrid, 1989, págs. 179 y ss., en particular, pág. 211.

propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores, *aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado*, salvo que en él se contuviesen condiciones más beneficiosas para el consumidor (art. 8.2 LCU) que las ofertadas publicitariamente, la falta de indentidad entre lo prometido y lo estipulado en el contrato puede ser considerado como un verdadero incumplimiento contractual, que otorgará al adquirente la facultad resolutoria contenida en el art. 1.124 CC siempre que hubiese cumplido debidamente su prestación en los términos pactados legalmente, que se centrará fundamentalmente en el pago del precio, el uso del inmueble y el mobiliario contenido en el período que le hubiese correspondido, por lo que podrá optar por:

a) Exigir el cumplimiento según lo prometido.

b) Resolver el contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses.

210

D) *La función del notario en los contratos de utilización de inmuebles a tiempo compartido.*

La posición del notario es y será en estos contratos privilegiada, aún en el caso de que llegase a promulgarse la esperada legislación específica. Si como ya hace un siglo afirmaba COSTA (125), el notario no es un simple amanuense que escucha pasivamente y escribe al dictado de los otorgantes lo que ha de testificar, sino que interviene directamente de un modo positivo en los instrumentos que autoriza, ilustrando a las partes acerca de sus derechos, traduciendo la expresión de sus voluntades y cuidando de que en los instrumentos no falte ninguno de los requisitos necesarios para su validez, palabras que comparto plenamente, deberá ser un garante del principio

(125) *Reforma de la fe pública*, Madrid, 1987. Vid. AZAUSTRE TORRECILLA: "La función notarial", discurso de ingreso en la Academia Asturiana de Jurisprudencia, el día 9 de mayo de 1991, separata del n.º 15 de la *Revista Jurídica de Asturias*, 1992, págs. 1 y ss., en concreto, págs. 13 y 14.

constitucional de seguridad jurídica mediante el control de la legalidad y el ejercicio de su deber de consejo (126). Descubrir soluciones para aquellos casos que parecen no tenerla o hallar otra mejor para la que ya tenían (127), para encontrar salida a uno de los principales motivos por los que surge la especial preocupación ante la figura del uso de inmuebles a tiempo compartido: la protección del adquirente, evitando que se convierta en víctima propiciatoria a todo tipo de fraudes.

Mientras esa nueva legislación no sea una realidad y entre en vigor, los notarios deben seguir asesorando y autorizando y como con indudable gracia taurina señala MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS “en el supuesto de que el toro que les haya tocado lidiar sea una ‘multipropietario berrendo’ o un ‘tiempo compartido bragado’, no deben arredrarse y con el capote de su ciencia, la muleta de su olfato jurídico y el estoque de su signo, cumplir la función fielmente con su deber” (128).

211

El art. 1 del Reglamento Notarial, de 2 de junio de 1944 establece el doble carácter de la función notarial como profesionales del Derecho y como funcionarios públicos cuando ejercen la fe pública. Como profesionales del Derecho, los notarios deben aconsejar a quienes soliciten sus servicios e indicarles los medios jurídicos que les permitan llegar mediante medios lícitos, al fin que quieren obtener y advertir por ello, en nuestro caso, a los posibles adquirentes de un derecho de utilización de inmuebles a tiempo compartido, sobre la naturaleza del derecho que van a adquirir, sus características, extensión, etc., cumpliendo una decisiva labor de información y formación de su auténtica voluntad contractual.

(126) CUENCA ANAYA: “El consumidor de bienes inmuebles”, *Academia Sevillana del Notariado*, T. VI, Madrid, 1992, págs. 9 y ss., en concreto, págs. 11 y 12.

(127) GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de Derecho Notarial*, T. I, Madrid, 1948, pág. 462, citado por MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, “Soluciones notariales...”, *loc. cit.*, pág. 150, nota n.º 450.

(128) En “Soluciones notariales...”, *ibídem*, pág. 153, *in fine*.

El RD 515/89 sobre “Protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas”, que por analogía he considerado aplicable a los contratos de adquisición de un derecho de utilización de un inmueble a tiempo compartido, destaca la labor del notario y el papel que puede representar para el consumidor, al establecer “el derecho de elección de Notario al consumidor”, siempre que tenga, en base a su competencia territorial una conexión razonable con los elementos personales o reales del negocio (art. 5.4.c.), frente a lo que viene siendo la práctica habitual de que lo haga la empresa vendedora, considerado pues como persona de confianza que le atenderá y protegerá correctamente como parte más débil de la relación contractual (129), y “sin mengua de su imparcialidad el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y presentará asistencia especial al otorgante necesitado de ésta” (art. 147.3.º Reg. Not., reformado por RD 1209/1964 de 8 de junio).

En cuanto al documento en que se contenga el contrato, puede ser necesario elevarlo a escritura pública (cuando el adquirente accede a un derecho real) o no (si lo que adquiere es un derecho personal), pero siempre por escrito (art. 10 RD 515/89), debiendo ir redactados con claridad y sencillez (siguiendo el tenor del art. 148 del Reg. Not.), sin referencias y remisiones a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la celebración del contrato. El notario podrá establecer su función informadora en atención a la protección del adquirente, tanto en las cuestiones formales apuntadas del documento, como en cuanto lo referente al contenido de sus cláusulas, sobre todo cuando se trate del supuesto más frecuente y peligroso, de condiciones prerredactadas por la empresa promotora o vendedora, aplicando tanto el art. 10 del propio

(129) En este sentido, CUENCA ANAYA: “El consumidor de...”, *loc. cit.*, pág. 29.

RD 515/89 (130), como las del art. 10 LCU en lo que le sea aplicable, incluyendo las sugerencias que puedan ser útiles del Anexo de la hasta ahora propuesta de Directiva de 24 de julio de 1992.

VI. Conclusiones

Los Borradores de Anteproyectos legislativos españoles que tratan de regular la figura del uso de un inmueble a tiempo compartido han ido evolucionando hacia posiciones más realistas en torno a las diversas situaciones que pueden englobarse dentro de ella, partiendo de una idea única y exclusiva, de carácter real, basada en la comunidad indivisa, conocida como multipropiedad, hasta llegar a la inclusión de variedades de diversas naturaleza, real y obligacional en cuanto a la naturaleza del derecho atribuido y considerando incluso posibles variantes dentro de las mismas.

213

Sin embargo, se ha descuidado la protección del adquirente de esos derechos, principalmente desde la fase precontractual conformadora del consentimiento, obviando la cruda realidad que en nuestro país con demasiada frecuencia se percibe, en torno a la utilización de métodos agresivos de venta, publicidad que puede llegar a ser calificada en muchos casos de fraudulenta o errónea, que llevan al consumidor a realizar operaciones contractuales de las que no siempre va a tener garantías de salir bien parado.

La adecuación de la futura normativa española en la materia a los postulados de la Propuesta de Directiva mencionada, sería aconsejable se realizase en estos momentos, evitando una nueva reforma de carácter futuro pero tal vez inmediata. Pudiera resultar más eficiente en el orden práctico, seguir los postulados del Proyecto de Ley a tiempo compartido de 1990, de la Secretaría de Turismo, en tanto en cuanto

(130) Vid. CUENCA ANAYA, *ibidem*, págs. 16 a 29.

que tiene presente las condiciones más frecuentes en las que se realizan estos contratos: naturaleza turística y carácter transfronterizo.

Ante las dificultades y reiterados retrasos de una legislación española en la materia, el papel del notario sigue siendo fundamental y relevante para ayudar al contratante más débil, el particular que contrata con una empresa profesional, para adquirir un derecho de esta naturaleza cuyo uso va a ser personal o familiar (131).

VII. Bibliografía

ADRIANI, P.

“Per una definizione della multiproprietà”, *Riv. del Notariato*, 1985, págs. 910 y ss.

ALPA, G.

“La multiproprietà nell’esperienza francese”, *Riv. Not.*, 1980/1, págs. 1202 y ss.

“La multiproprietà. Aspetti giuridici della proprietà turnaria e della proprietà turistico-alberghiera”, en *Contributi de P. Brida, N. Pasquini y F. Pagano*, Bolonia, 1983.

La multiproprietà, Bolonia, 1984.

“Aspetti della multiproprietà nell’esperienza nordamericana recente”, *Riv. Dir. Civ.*, 1985, págs. 69 y ss.

“Multiproprietà. Problemi attuali e prospettive di normazione”, *Riv. Not.*, 1987/6, págs. 1097 y ss.

ALPA, G. y BESSONE, M.

Potere dei privati e statuto della proprietà, I, Padua, 1980.

ALVAREZ ARZA, M. y ALLENDESALAZAR ORMAECHEA, L.

“El Time-Sharing. Su configuración jurídico-tributaria”, *Escuela de Hacienda Pública*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987.

AZAUSTRE TORRECILLA, T.

“Multipropiedad. Propiedad por turnos”, *BIICNG*, 1981/3, págs. 597 y ss.

BADOSA COLL, F.

“La multiproprietat com a règim jurídic immobiliari” en *Materials IV Jornades de Dret català a Tossa*, Barcelona, 1988, págs. 13 y ss.

(131) Quiero agradecer de todo corazón la ayuda, el apoyo y los consejos que he recibido de dos buenos amigos y mejores Notarios, como son D. Teodoro Azaustre Torrecillas y el además, Profesor universitario, D. Juan Francisco Delgado de Miguel, ya que sin ellos, probablemente este trabajo no hubiese visto la luz.

- BARASSI, L.
Proprietà e comproprietà, Milán, 1951.
- BARO BALLBÉ, M. J.
 “La multipropiedad”, *Cuadernos Jurídicos*, n.º 1, 1992, págs. 26 y ss.
- BENACCHIO, G.
 “Dal condominio alla multiproprietà”, *Riv. Not.*, 1982/2, págs. 1 y ss.
- BENNE, J.
 “La propriété spacio-temporelle”, *Pratique et évolution de la Copropriété. 73 Congrès des Notaires de France*, Estrasburgo, 1976.
- BONETTO DE CIMA, A.
 “La multipropiedad. Posibilidades de su encuadre en contratos societarios”, *RDN*, 1987, págs. 173 y ss.
- BOUVIER, P.
 “La multipropriété dans les législations et pratiques nationales”, *Rev. du notariat belge*, 1986, pág. 329.
- BOSGIRAUD, C.
 “Une société pour un habitat de loisirs. Etude de la loi 86-18 du 6 janvier 1986 relative aux sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé”, *Rev. Dr. Immobilier*, abril-junio, 1986, págs. 151 y ss.
- BRANCOS NÚÑEZ, F.
 “Aspectes materials i registrals de la multipropietat y de les urbanizacions privades” en *Materials IV Jornades de Dret català a Tossa*, Barcelona, 1988, págs. 115 y ss.
- CALLIANO, O.
 “La multiproprietà” en *Trattato di Diritto privato*, dirigido por Rescigno, Torino, 1982, T. 1, vol. 7.
 Voz “Multiproprietà”, *Noviss. Digesto Italiano, Appendice MINPROC*, Milán, 1984.
- CALO, E.
 “Multipropiedad y ‘consumer protection’ en los Estados Unidos de América”, *RDP*, 1986, págs. 915 y ss.
 “Nota sobre el Proyecto de Ley italiano de multipropiedad”, *RDP*, 1988, págs. 211 y ss.
- CALO, E. y CORDA, T. A.
La multipropiedad, Trad. e introducción de Derecho español: De La Cuesta Sáenz, Madrid, 1985.
- CAPARELLI, P. y SILVESTRO, P.
 “Multiproprietà”, en *Dizionario del Diritto Privato*, N. Irti. Diritto Civile, Milano, 1983, págs. 578 y ss.
- CASELLI, G.
La multiproprietà. Problemi giuridici, Milano, 1983.
 “Un nuovo diritto reale: la multiproprietà”, *Rass. dir. civ.*, 1985/3, págs. 613 y ss.
- CERRA, A.
 “Nuovi materiali sulla multiproprietà”, *Contratto e Impresa*, 1987, e, págs. 983 y ss.

- CONFORTINI, M.
La multiproprietà, Padova, 1983.
- DANUSSO, G. M.
 "Comunione e multiproprietà immobiliare", *Giour. Ital.*, 1982, I, 2 col. 514.
- DE CUPIS, A.
 "Multiproprietà e comproprietà", *Riv. trim. dir. pro. civ.*, 1984, págs. 1024 y ss.
- DE LA CUESTA SAENZ, J. M.
 "Introducción de Derecho español" en la Trad. española de la obra de Calo y Corda *La multipropiedad*, Madrid, 1985.
- DE PABLO CONTRERAS, P.
 "El aprovechamiento de inmuebles por turnos. Multipropiedad en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios", versión provisional de la *Ponencia defendida en el III Congreso Nacional de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, San Sebastián, 29 a 31 de octubre de 1992.
- DRUDI, A. M.
 "Multiproprietà", *Contratto e Impresa*, 1985, 1, págs. 238 y ss. y 291 y ss.
- FADDA, M. L.
 "Il problema della multiproprietà", *Vita Notarile*, 1984, págs. 750 y ss.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.
 "¿Existen propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho?", *ADC*, 1978, págs. 3 y ss.
- GARCÍA AMIGO, M.
 "Propuesta de Resolución por la que se solicita a la Comisión y al Consejo de Comunidades Europeas una Directiva que regule el régimen de multipropiedad en los Estados miembros", *AC*, 39, 1988, págs. 2045 y ss.
- GRANELLI, C.
 "Le cosiddette vendite in multiproprietà (analisi di una prassi commerciale)", *Riv. dir. civ.*, 1979, II, págs. 176 y ss.
- HERRERO GARCÍA, M. J.
La multipropiedad, Madrid, 1988.
- ISAAC i AGUILAR, A.
 "Aspectes registrals de la multiproprietat y les urbanitzacions" en *Materials IV Jornades de Dret català a Tossa*, Barcelona, 1988, pág. 139.
- LEYVA DE LEYVA, J. A.
 "La propiedad cuadrimensional. Un estudio sobre la multipropiedad", *RCDI*, 1985, págs. 29 y ss.
 "Nueva reseña sobre multipropiedad y multiarrendamiento", *RGLJ*, 1988, págs. 341 y ss.
- LOBENSTEIN RECIO, C.
La multipropiedad: concepto y desarrollo, Madrid, 1990.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.
 "La multipropiedad", *Noticias CEE*, 1986/15, págs. 75 y ss.
 "Escritura de constitución de un inmueble en régimen de multipropiedad", *BICNG*, 1987, n.º 77, págs. 797 y ss.
 "La multipropiedad", *RDN*, 1988/1, págs. 125 y ss.

MANIET, F.

"1990: les rêveries d'un touriste solitaire", *REDC* 1990/2, págs. 71 y ss.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.

"Soluciones notariales al fenómeno de la multipropiedad o propiedad a tiempo compartido", *RDN*, n.º 135, Ene.-Mar. 1987, págs. 7 y ss.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.

La multipropiedad inmobiliaria, Madrid, 1989.

"Multipropiedad y acción de división", *Rev. D.º Registral*, núms. 11 y 12, pág. 63.

MERINO GUTIÉRREZ, A.

La multipropiedad y su configuración jurídico-civil: aspectos fundamentales (inérita), Oviedo, 1988.

MEZQUITA DEL CACHO, J. L.

"La propiedad por periodos", *BIICNG*, 1987/73, págs. 141 y ss.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.

"Algunos problemas en torno a la consideración de la multipropiedad como copropiedad" en *Materials IV Jornades de Dret català a Tossa*, págs. 269 y ss., y *RDN*, n.º 115, 1987.

"La multipropiedad", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por M. Albaladejo, T. V, vol. 2.º, Madrid, 1985, págs. 49 y ss.

MONTÉS PENADÉS, V.

"Sucesión en el goce y multipropiedad", en *Materials IV Jornades de Dret Català a Tossa*, Barcelona, 1988, págs. 283 y ss.

MORELLO, U.

Multiproprietà e autonomia privata, Milano, 1984.

MUNAR BERNAT, P. A.

Regímenes jurídicos de multipropiedad en el Derecho comparado, Madrid, 1991.

Presente y futuro de la multipropiedad, Madrid, 1992.

MUÑOZ DE DIOS, G.

"La multipropiedad urbana en nuestro Derecho", *La Ley* 1987/4, págs. 868 y ss.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.

Promoción y adquisición de viviendas en régimen de multipropiedad (time-sharing). Regulación legal y Derecho comparado, Madrid, 1987.

"La multipropiedad", *AC*, 1987, págs. 1663 y ss.

"Naturaleza jurídica de la multipropiedad", *AAMN*, T. XXIX, 1988, págs. 75 y ss.

"Sobre los tres Proyectos y otras muchas soluciones sobre la multipropiedad", Comunicación presentada al *III Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, San Sebastián, 29 a 31 de octubre de 1992.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X y otros

Jornadas técnicas sobre propiedad de inmuebles en el tiempo (time-sharing), Madrid, 1988.

- ORTEGA MARTÍNEZ, E.
 “Un nuevo producto turístico: el Holiday Timeshare”, *Estudios Turísticos*, 104, 1989, págs. 23 y ss.
La multipropiedad vacacional. El impacto en el sector turístico inmobiliario español, Madrid, 1991.
- PAU PADRÓN, A.
 “La multipropiedad en Derecho comparado”, en *Centro Internacional de Derecho Registral*, VV.AA., Madrid, 1984, págs. 36 y ss.
 “Configuración jurídica de la multipropiedad en España”, *RCDI*, 1988, n.º 584, págs. 9 y ss.
 “La ley francesa de 6 de enero de 1986 sobre la multipropiedad”, *Rev. D.º Reg.*, 14, 1987, págs. 145 y ss.
- PETRONE, M.
Multiproprietà individuazione dell'oggetto e schemi reali tipici, Milano, 1985.
- PRADA ALVAREZ-BUYLLA, P.
 “La multipropiedad inmobiliaria y sus aporías” en Ponencias y comunicaciones del VII Congreso Internacional de Derecho registral, Madrid, 1988, págs. 19 y ss.
- QUADRI, E.
 “La multiproprietà tra logica speculativa e interessi sociali”, *Foro It.*, 1984, V, págs. 226 y ss.
- ROCA GUILLAMÓN, J.
 “Consideraciones sobre la llamada multipropiedad”, *RDN*, 117-118, 1982, págs. 291 y ss.
- ROMA RIERA, J. A.
 “Multipropiedad”, *RDN*, 135, 1987, págs. 313 y ss.
- RUIZ-NAVARRO PINAR, J. L.
 “La multipropiedad. Un fenómeno que requiere una regulación comunitaria”, *Bol. de Derecho de las CEE*, n.º 14, 1988, págs. 213 y ss.
- SANGIORGI, S.
Multiproprietà immobiliare e funzione del contratto, Napoli, 1983.
- SÁNCHEZ MARÍN, P. y MARTÍNEZ DE CASTRO, A.
 “La propiedad horizontal concretada a períodos de tiempo”, *BCN Reg.*, 106, 1975, págs. 729 y ss.
- SANTORO PASSARELLI, F.
 “Multiproprietà e comproprietà”, *Riv. tri. dir. pro. civ.*, 1984, págs. 19 y ss.
- SEISDEDOS MUIÑO, A.
 “Apuntes para la configuración jurídica de la multipropiedad en el Derecho español”, *RCDI*, 1990, págs. 421 y ss.
- TASSONI, G.
 “Multiproprietà”, *Riv. Dir. Civ.*, 1984/4, págs. 477 y ss.
- TORTORICCI, C.
 “La multipropiedad hotelera”, *Materials IV Jornades de Dret Català a Tossa*, Barcelona, 1988, págs. 337 y ss.

VEVIA ROMERO, M. I.

Recensión a la obra "Soluciones notariales al llamado fenómeno de la multipropiedad o propiedad a tiempo compartido, de E. Martínez-Piñero Caramés", *BIMJ*, 1987, págs. 2523 y ss.

VIII. Abreviaturas utilizadas

A.A.M.N.: Anales Academia Matritense del Notariado

AC: Actualidad Civil

ADC: Anuario de Derecho Civil

BACI 91: Borrador Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, 1991

CC: Código Civil

CE: Constitución Española 6 dic. 1978.

COM: Comisión CE

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

DIR: Directiva CEE

DOCE: Diario Oficial de Comunidades Europeas

LCU: Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios

LGP: Ley General de Publicidad

PE: Parlamento Europeo

RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

RDN: Revista de Derecho Notarial

REDC: Revue Européen de Droit de la Consommation

RDP: Revista de Derecho Privado

RTDC: Revue Trimestrelle de Droit Civil

RTDPC: Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

DE LA REFORMA DEL ARTICULO 175 DEL REGLAMENTO NOTARIAL

223

Los Notarios desde antiguo habíamos abogado por un certificado registral que garantizase al adquirente en escritura pública que durante el plazo de vigencia de esta certificación quedaba protegido en su adquisición. El R.D. 1558/92, de 18 de diciembre ha inventado una nota simple que no produce efecto alguno. No añade prácticamente nada pues los Notarios hemos sido siempre los primeros ante cualquier situación dudosa de instar al particular a que consulte el Registro o a hacerlo nosotros mismos. El R.D. 1558/92, de 18 de diciembre ha perdido la oportunidad de atribuir a esta nota los efectos de reserva de prioridad durante un determinado plazo. No entendemos qué razones han podido prevalecer sobre la seguridad jurídica para denegar el efecto más solicitado de la reserva de prioridad.

El R.D. 1558/92, de 18 de diciembre va en contra de las tendencias del Derecho Comparado. Reproducimos a continuación un interesante trabajo sobre esta materia de SUSANA CAMBIASSO, prestigiosa tratadista de Derecho uruguayo y la

transcripción de los preceptos de las Leyes uruguayas y argentinas sobre la reserva de prioridad. En el trabajo citado se destaca cómo la Ley uruguaya regulando la reserva de prioridad recoge “las formalidades, recomendaciones y puntos propuestos por los Congresos Internacionales de Derecho Registral, de Buenos Aires 1973, Madrid 1974, Puerto Rico 1977, México 1980”.

Nota de Redacción

A) LA RESERVA DE PRIORIDAD. AMBITO DE APLICACION Y FUNCIONAMIENTO (*)

SUSANA CAMBIASSO

Escribana

225

SUMARIO: NOTA PRELIMINAR. PRINCIPIO DE PRIORIDAD. 1. Concepto. 2. Regulación de la prioridad en la Ley 15514. CERTIFICADO DE RESERVA DE PRIORIDAD. 1. Concepto. 2. Peculiaridades. 3. Contenido de la solicitud de certificado de reserva de prioridad. 4. Calificación. 5. Nota en el folio. 6. Efectos. 7. Retroprioridad. 8. Deber jurídico del Escribano. 9. Infracción al deber jurídico. 10. Responsabilidad del Escribano. 11. Casos exceptuados de la reserva. 12. Cierre registral. 13. Incompatibilidad. 14. Casos que superan la protección registral brindada por la reserva. 15. Pérdida de la prioridad como sanción. 16. Publicidad y oponibilidad. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

(*) Ponencia presentada a la XXVI Jornada Notarial Uruguaya, celebrada en Rivera, los días 5 a 7 de octubre de 1984.

Nota preliminar

Abramos el horizonte intelectual a la transformación vertiginosa del mundo en la era espacial, informática y nuclear. El Derecho comparado propone, a esta era, la armonización y unificación de los derechos nacionales a través de la búsqueda de principios uniformes que tiendan a esclarecer los problemas similares y comunes que todos los países enfrentan.

Latinoamérica tiene una raíz común: la legislación española. Legislación, que en su momento unió a los pueblos que estaban bajo su dominación. Luego, independientes ya, cada uno se encerró en sus fronteras y poco tuvo que ver con su vecino.

226 Superemos la idea de que somos un villorrio medieval. Tenemos la responsabilidad de participar activamente en los procesos de construcción latinoamericano y reconstrucción nacional. Todas las pautas de identidad que logremos encontrar para acercar nuestros sistemas jurídicos, nos ayudarán a recomponer la entidad histórico-cultural de otrora (1) y proyectarla hacia el futuro bajo la cruz de las estrellas, que nos ilumina y señala.

La Ley 15514 recoge las formulaciones, recomendaciones y las pautas propuestas por los *Congresos Internacionales de Derecho Registral*: Buenos Aires 1973, Madrid 1974, Puerto Rico 1977, México 1980.

La Ley 15514 abre una oportunidad para que los Registros Públicos se adecúen a los sistemas comunes usados por: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, México, etc... Incluyamos este tema en esa dimensión del futuro, que se proyecta, en la búsqueda de la *aproximación legislativa latinoamericana*.

En el *orden nacional*, inciden en la reforma, factores his-

(1) Identidad cultural: idioma común, formas de pensar y vivir, organizaciones e instituciones. Todo esto constituye un grupo inexplorable que debemos comenzar a pautar.

tóricos y técnicos. De *orden histórico*, porque sorprende que haya podido permanecer en vigor este sistema de otro siglo, apto sólo para un mundo desaparecido.

En el *orden técnico*, la organización es revolucionaria. No es la pincelada de retoque a la que estábamos acostumbrados en esta materia.

La revolución científica a través de la dogmática expuesta en los últimos Congresos de Derecho Registral, y la experiencia argentina de su aplicación, se plasmó en esta renovación legislativa.

La nueva organización se instala sobre los expedientes de la descentralización y matriculación.

La técnica de la matriculación por finca (folio real) es el mejor instrumento registral. Un medio que concentra la historia jurídica de la finca y la refleja cual un espejo. La trama de la inscripción se teje con los principios registrales claramente consagrados en la Ley.

227

Además, la Ley unificó y coordinó en un texto único todas las disposiciones esparcidas en las diferentes leyes y que eran útiles: así surgió el texto de la Ley 15514, instrumento homogéneo y adecuado a la realidad.

Principio de prioridad

1. Concepto.

“Es el principio en virtud del cual el acto registrable que primeramente ingrese en el Registro de la Propiedad se antepone con preferencia excluyente o superioridad de rango, a cualquier otro acto registrable que siéndole incompatible o perjudicial, no hubiere sido presentado al Registro o lo hubiere sido con posterioridad, aunque dicho acto fuese de fecha anterior” (2).

(2) ROCA SASTRE. *Derecho Hipotecario*. T. II. Pág. 183. Ed. 1979.

Este es el concepto básico recogido por la Ley 15514. Agreguemos que para actos que no hay obligación de inscribir, la preferencia la determina la fecha del documento de acuerdo con el C.c. art. 1587. No obstante, el documento y su fecha auténtica juegan un papel muy importante en el caso del art. 42, pues quien inscribe dentro del plazo previsto, retrotrae los efectos a la fecha auténtica del documento.

Para que la prioridad tenga valor se requieren por lo menos dos títulos contradictorios o que se inscribieren dos o más derechos que se disputen un rango. Es la preponderancia del factor tiempo para resolver posibles colisiones. La fecha y hora de presentación determinan la prioridad. Si no se puede resolver por ese mecanismo, en una misma oficina registral, se resolverá por el número ordinal de entrada (art. 47).

228 Se llama *rango*: la situación de prioridad en la concurrencia de varios derechos compatibles sobre una misma finca. El rango no influye en la naturaleza del derecho. El rango influye en el valor del derecho que disminuye según se ponga.

En resumen: la prioridad valora: a) titularidades incompatibles y determina cuál triunfará registralmente; b) titularidades compatibles en las que determina la posición por rango que cada una ocupará.

2. Regulación de la prioridad en la Ley 15514.

La Ley regula el principio en cinco aspectos:

2.1. Prioridad directa (art. 47) consagra el principio latino: "Prior tempore potior jure" (primero en el tiempo mejor en el derecho).

2.2. Reserva de prioridad (art. 42).

2.3. Cierre registral-retroprioridad (art. 46 y 42).

2.4. Negociación de rango (art. 48).

2.5. Inscripción provisoria (art. 54) Contencioso Registral.

Certificado de reserva de prioridad

1. Concepto.

En todos los negocios jurídicos hay un período de gestación, de preparación; no surgen de una manera súbita. Hay un tiempo preparatorio en el que puede llegarse a la conclusión del negocio o a su desistimiento. El principio de prioridad aplicado directamente es muy riguroso y puede crear situaciones injustas (3). Incluye la lógica de que: “al que se descuida le debe perjudicar su negligencia”; “que quien deja de inscribir el contrato anterior y da lugar a que un segundo se celebre e inscriba, no pueda quejarse”. Pero sucede, que no siempre hay negligencia. Supongamos que *A* enajena un bien a *B* ante un Escribano que tiene mucho trabajo y no puede salir de su estudio de inmediato para hacer la inscripción o que el negocio se celebra en una Escribanía alejada del lugar donde debe inscribirse el título. Siguiendo con el ejemplo, *A* —de mala fe— enajena al día siguiente el mismo bien a *C* ante un Escribano que de inmediato procede a inscribir el título. En esa hipótesis se preferiría el negocio de *C*. Fue necesario buscar un medio que brindara seguridad y atemperara el rigor de este principio. La reserva de prioridad es un medio jurídico que reúne los dos requisitos. Por ese medio, la Ley prevé la cobertura de los negocios en gestión, para su pacífica realización.

Dice MOISSET DE ESPANÉS (4): “Para lograr este fin los registros expiden un certificado, en el que consta quién es el titular de dominio, y también si existen derechos desmembrados, cargas, gravámenes, embargos o limitaciones a la libre disposición del bien. Este certificado tiene un plazo de validez, y si el negocio se concreta dentro de ese plazo, el bien

(3) PELAYO HORE, Santiago. “La angustiosa prioridad”. *Revista de Derecho Privado*. Año 1952. N.º 421.

(4) MOISSET DE ESPANÉS. *Dominio de automotores y publicidad registral*. Pág. 74.

será transmitido al adquirente, en el estado en que se encontraba al momento de expedirse el certificado”.

2. Peculiaridades.

En la Ley 15514 está previsto en el art. 42 con las siguientes características:

2.1. Protege sólo a actos y negocios jurídicos inscribibles.

2.2. Se refiere a actos y negocios jurídicos que deban legalmente documentarse en escritura pública. Descarta la forma paccionada.

2.3. Se refiere a actos y negocios jurídicos que tengan por objeto bienes inmuebles. Por lo tanto, es privativo del Registro de la Propiedad Sección Inmobiliaria y Registro de Actos Personales.

2.4. El plazo es de veinte días contados (según el Decreto Reglamentario) a partir del siguiente a la fecha de su expedición. Si venciere en días feriados se contará hasta el inmediato siguiente. Son días corridos e improrrogables. Caducan por el vencimiento del plazo o por la presentación del título para el cual se reservó la prioridad.

Casi todos los Registros argentinos toman como fecha de expedición a la de ingreso de la solicitud. Quienes optan por la fecha de salida del certificado, deben mantener un complejo servicio de actualización. Dada la redacción del art. 42: “y tendrán prioridad sobre cualquier acto o negocio jurídico inscripto después de la expedición de los certificados”; consideramos que debiera recoger todo lo ingresado hasta la última hora del día de su expedición. De manera que, podría expedirse o a última hora del día de la expedición o a primera hora del día de forma que recogiera toda la información hasta el momento de su expedición.

2.5. La solicitud de este certificado debe estar suscrita por el titular registrado del dominio o por el Escribano designado para autorizar el acto (art. 60). Sólo el titular registral tiene la potestad de efectuar esa anotación limitativa

y el Escribano a quien se le ha conferido una facultad legal por este artículo.

2.6. Pudiera pensarse que sólo el titular registral estuviere facultado para desistir de este certificado. Sin embargo, consideramos que el desistimiento debe consentirlo o notificarse al Escribano interviniente, antes de ser presentado al Registro para evitar cualquier maniobra al respecto. Supongamos que *A* titular registral anota una reserva para una operación que realizará con *B*. A los cinco días de la anotación *B* escritura, tiene veinte días para inscribir. A los diez días de la anotación *A* desiste. A los quince días *B* inscribe. El desistimiento dejó desamparado a *B* del período de bloqueo y del beneficio de retroprioridad.

3. Contenido de la solicitud de certificado de reserva de prioridad.

231

- 3.1. Individuación del inmueble.
- 3.2. Secciones consultadas.
- 3.3. Nombres y apellidos de los titulares registrales.
- 3.4. Negocio jurídico para el que se solicita. Con especificación de los adquirentes, adjudicatarios, etc.
- 3.5. Nombre y apellido del Escribano interviniente.
- 3.6. Número de matrícula de la finca.
- 3.7. Domicilio constituido.

4. Calificación.

Ingresada una solicitud de reserva, el Registrador examinará los datos aportados y los confrontará con los que lucen en el folio. El cotejo se referirá a:

a) Que el bien sea el mismo (principio de determinación).

b) Que coincida el titular registral (principio de tracto sucesivo, salvo los casos del art. 45, tracto abreviado). Además calificará la legitimación para solicitarlo (art. 60).

c) Que no haya otra anotación de reserva. Si la hay, procederá a anotarla condicionada y el certificado que expida llevará esa advertencia.

d) Al calificar el documento cotejará si la certificación expedida fue correctamente usada.

5. Nota en el folio.

El Registrador volcará al folio los datos de la operación reservada, mediante una anotación. La doctrina califica este asiento como “anotación preventiva” para diferenciarla del asiento de inscripción. Produce un asiento temporal que se practica con relación a una inscripción, como consecuencia de la presentación de un documento del que resulta que la integridad de la inscripción queda afectada por esta anotación. La anotación, a diferencia de la inscripción, revela transitoriedad y pendencia.

232

6. Efectos.

Mediante la anotación en el folio y la expedición del certificado, el Registro *protege* al negocio jurídico en gestión y provoca su *publicidad* por el término de cuarenta días discriminados así: veinte, correspondientes a la reserva y veinte que goza el acto realizado a su amparo para inscribirse (acto declarativo).

En este período de vigencia del certificado de reserva, el Registro no se cierra, sino que “bloquea” el acceso definitivo de otros derechos inscribibles, los que ingresarán de manera condicionada. No repele inscripciones, sino que las hace aguardar a la concreción o no, del negocio en gestión y además publica su existencia. De manera que los efectos pueden resumirse así:

6.1. Determina las inscripciones condicionales de otros derechos que ingresen durante el plazo de vigencia del certificado y del documento. Es decir, las inscripciones posteriores

a su expedición, deben permanecer condicionales hasta que venzan los cuarenta días. ¿Por qué la Ley admite las inscripciones posteriores al certificado de reserva? Pues, por un criterio de justicia y de amparo al tercero. Por ejemplo: *A* es titular del dominio. Anota la reserva de prioridad para enajenar el bien a *B*. Dentro de los veinte días de vigencia del certificado, *C* embarga los bienes de *A*. Hasta que no se concrete la operación, el bien permanece en el patrimonio de *A*. Si la operación fracasa, el embargo obtiene prioridad. Si la operación se concreta faltará legitimación para ejecutar el embargo respecto de ese bien.

6.2. Si el negocio en gestación fracasa, los actos y negocios presentados con posterioridad a la expedición del certificado de reserva, cobran plena eficacia y se asientan definitivamente respetando la fecha en que fueron presentados.

6.3. Las certificaciones posteriores al certificado de reserva, advertirán especialmente esa circunstancia, durante el plazo de la misma más el plazo de la inscripción de la operación que se protegió.

6.4. Durante el plazo de vigencia de la reserva debe instrumentarse el acto que protege para que proceda la retro-prioridad.

7. Retro-prioridad.

Para dar al tema el entorno que corresponde recordemos someramente, las formas de inscripción. En el sistema de publicidad constitutiva se considera la inscripción como un requisito del nacimiento del acto que se publica. La inscripción coopera con el nacimiento del acto. Por ejemplo la constitución de una hipoteca; los efectos constitutivos de la Ley 8733. En estos casos si no se inscribe el derecho, no nace. Se dice que la inscripción es declarativa, cuando el derecho se perfecciona fuera del Registro, pero no es oponible a los terceros hasta tanto no haya sido publicado. Nuestro sistema es ecléctico. Recoge como regla el principio de

inscripción declarativa. Excepcionalmente y sólo en los casos indicados por la Ley establece la inscripción constitutiva. Según el art. 24, los actos y negocios jurídicos cuyo Registro tenga carácter declarativo deberán presentarse dentro de los veinte días contados desde el siguiente a su otorgamiento. Si coordinamos el plazo de este artículo con el plazo de vigencia del certificado de reserva (art. 42), resultará que los actos cuyo Registro tenga el carácter declarativo gozarán de un plazo de cuarenta días a partir de la anotación de la reserva, para su inscripción (por supuesto siempre que se otorguen durante el período de vigencia del certificado respectivo). La hipoteca, cuya inscripción es constitutiva gozará solamente del plazo de vigencia de la certificación de reserva respectiva. Si se concreta el otorgamiento y autorización del acto dentro de los plazos del art. 42, los efectos del mismo se retrotraen a su otorgamiento y a partir de esa fecha se hace efectivo el *cierre registral*.

Al hacerse efectivo el cierre registral todas las inscripciones condicionales, es decir, las inscripciones que se efectuaron durante el período de bloqueo registral, provocado por la vigencia de la certificación, pierden eficacia frente a terceros.

El Registro deberá advertir a quien efectuó las inscripciones condicionales, de la caducidad producida.

En el caso de Interdicciones y Embargos Genéricos será el Escribano actuante quien se encargará de la calificación de esas inscripciones. En consecuencia el Registro no podrá advertir sobre si es condicional o no la inscripción de un embargo genérico. El carácter personal del Registro que inscribe los embargos genéricos y las interdicciones, impide que sean volcadas al folio real. Es el Escribano actuante quien deberá juzgar si el sujeto negocial es el afectado o un homónimo.

8. Deber jurídico del Escribano.

“El Escribano autorizante *deberá tener a la vista* y agregar a la copia respectiva...” (art. 42). Según la expresión de la

Ley, el Escribano tiene el deber jurídico de actuar con el certificado de reserva. Es un deber irrenunciable e inexcusable.

Tampoco cabe la renuncia por expresa voluntad de las partes. Las partes no pueden eximir de esa responsabilidad al interviniente. La Ley no las faculta a ello.

¿Por qué es un deber jurídico? La protección del tráfico no es sólo protección de titularidades. La Ley busca el balanceo entre la titularidad protegida y el interés de quienes confían en la solvencia de los sujetos. Busca obtener de los patrimonios la máxima garantía. Ese balanceo, que indicamos, permite mantener el paralelismo de la realidad extrarregistral y la realidad registral. El tráfico jurídico interesa a la comunidad. Por mucho que se apure un Escribano en registrar, siempre media un plazo entre el otorgamiento y la llegada al Registro de ese documento. En ese plazo el Registro no concordó con la realidad que publicó y aun cuando el castigo sea la postergación del derecho, frente al inscripto con fecha anterior, igualmente provocó confusión e interrumpió la paz jurídica, porque, ese derecho postergado tendrá la instancia de su discusión ante la jurisdicción. Por ejemplo: *A* vende a *B* el 1/6/84. No reserva prioridad. Inscribe: 10/6/84. El día 2/6/84, el Registro fue consultado y expidió un certificado del que resultaba que *A* era dueño. Hay evidentemente una discordancia con la realidad. No se puede perder de vista este aspecto esencial de la publicidad: los terceros.

La anotación de reserva regulada de esta forma, responde al interés público, a la vez que favorece el interés individual. Esta protección del interés público se perderá si queda librado a la autonomía de la voluntad, la anotación del futuro negocio jurídico. Ilustremos con otro ejemplo: *A* es acreedor de *B*. Presumiendo la diligencia del acreedor en querer asegurar su crédito —*B* que no cumplió— enajena el único bien de su patrimonio a *C*. El acreedor *A*, que tiene noticia de la reserva de prioridad a que obliga el art. 42, pide al Juez, que comunique al Escribano actuante que deposite el precio a nombre de *A*. Además, el acreedor podrá

tomar otras medidas, como por ejemplo comunicar a *C* su conocimiento de la insolvencia de *B* con lo que dejará abierta una brecha en la buena fe de *C*.

9. Infracción al deber jurídico.

Es la infracción a una medida de policía registral. La disposición del art. 42 es imperativa y por lo tanto deviene en prohibitiva y lo hecho contra una Ley prohibitiva es nulo (art. 8 C.c.). ¿Podrá ser invalidado el título del derecho? El art. 8 C.c. aclara que será nulo: “si en las mismas no se dispone lo contrario”. Y ¿qué se dispone en la propia Ley? Se dispone que el derecho será postergado si su inscripción se produce durante el plazo de reserva; y que si el negocio protegido se concreta el Registro se cierra y rechaza el derecho postergado. Se dispone que lo no inscripto es inoponible a lo inscripto. De donde se deduce que ese derecho, que no gestionó la reserva es sancionado por la propia Ley con la inoponibilidad al acto regular, en el caso de incompatibilidad, o a la pérdida de grado de prioridad.

En síntesis, el derecho perdió la protección del bloqueo, de la prioridad indirecta y queda sometido solamente a la prioridad directa. La propia Ley lo castiga con esta sanción.

No se puede pensar, entonces, que el acto sea nulo. Por otra parte la disposición no es aislada. El sistema registral supone por regla general que el derecho se perfecciona fuera de sede registral y que se torna eficaz frente a terceros a partir de la presentación en el Registro. Es congruente sancionar la eficacia pero no es congruente sancionar la existencia del derecho. Los actos y negocios jurídicos que hubieren omitido la reserva de prioridad quedarán sometidos a la prioridad directa dispuesta por el art. 47; a la postergación indicada por el art. 42; al cierre establecido en el art. 46.

Lo mismo se puede argumentar para el caso de caducidad del asiento de reserva. Es decir, si se hubiere otorgado el acto fuera del período de vigencia de la reserva.

MARIO ANTONIO ZINNY, dice (5): “El Registrador, felizmente, ha acabado por advertir que la falta de certificado provoca no ya la invalidez del acto sino su mera ineficacia; vale decir, simplemente provoca la ausencia de esa oponibilidad previa que el bloqueo supone, por cuyo motivo no es necesario confirmar el acto ni volver a celebrarlo, sino tan sólo, probar que ninguno de los riesgos a que estuvo sometido por faltarle el bloqueo se ha concretado. Y probado que ello sea, el Registrador debe inscribir y rápido. A lo sumo podrá comunicarle a su Colegio que el Escribano autorizó la escritura sin el certificado”.

10. Responsabilidad del Escribano.

Cabría la responsabilidad del Escribano que no cumplió con la Ley (Dec. Ley 1421 Art. 75). La responsabilidad en todo su espectro: civil, penal y disciplinaria; según la proyección que haya tenido el incumplimiento.

237

En conclusión: a) La falta de anotación preventiva del negocio en gestación o la caducidad de la anotación sin haberse realizado el acto, priva a éste de la protección de la retroprioridad.

b) No lo priva de la prioridad directa. Puede acceder al Registro y puede no ser desplazado, en el caso que no hubiere movimiento registral previo.

c) Corrobora esta afirmación la propia redacción del art. 42 que dispone la postergación de lo inscripto con posterioridad al certificado de reserva.

d) Como consecuencia, el título primero en el tiempo puede ser superado por el título que primero gestionó el certificado de reserva, aunque hubiere nacido con posterioridad.

e) El mecanismo de la reserva persigue no sólo la protección sino también el conocimiento apriorístico de la operación que se celebra.

(5) ZINNY, Mario Antonio. *Casos notariales*. Pág. 51.

11. Casos exceptuados de la reserva.

a) En los casos de escrituras *simultáneas*, la que se autorice como consecuencia, podrá utilizar el certificado de reserva de la primera, siempre que en la solicitud se haya hecho mención de esa circunstancia.

b) En los casos del art. 45, *tracto abreviado*. En estos casos el Registro desconoce los actos que encadenan con el actual titular registral, pero es lógico que queden protegidos por la reserva gestionada por el negocio que se va a realizar. En este caso sería conveniente detallar en la solicitud de reserva las operaciones que eslabonan con el último titular.

c) Consideramos innecesario solicitar reserva, cuando existan derechos inscriptos, cuya prioridad está especialmente protegida por la Ley. Es el caso de la escrituración en virtud de promesa inscripta de acuerdo a la Ley 8733.

12. Cierre registral.

Los negocios jurídicos que completaron su ciclo, es decir, que se otorgaron durante el plazo de la reserva y se inscribieron dentro de los veinte días siguientes a su otorgamiento (art. 42 y 24) provocarán el cierre registral (art. 46).

Las inscripciones y anotaciones condicionales efectuadas durante el período del bloqueo, caducarán, perdiendo por tanto, toda eficacia frente a terceros. Como ya lo indicamos el Registro debe advertir e informar a quien efectuó la inscripción condicional, de la caducidad producida (6). En el Registro de Actos Personales las inscripciones condicionadas no son calificadas por el Registrador. Su caducidad o eficacia las califica el Escribano o el Juez en su caso.

13. Incompatibilidad.

Se produce siempre que sea imposible reconocer en dos

(6) FONTBONA, Francisco. "Estudio de cuestiones". *Rev. Notarial*. N.º 710. Pág. 517.

personas distintas, idénticas facultades, sobre el bien inmueble, emanadas de sus respectivos derechos, al mismo tiempo. El dominio de una finca repele la posibilidad del dominio, por otra persona, en la misma cosa y con igual extensión. Por ejemplo: *A* titular registral vende a *B* un bien y posteriormente el mismo bien a *C*. Es evidente que el dominio no puede publicarse en favor de *B* y de *C* al mismo tiempo. Otro ejemplo: *A* constituye un usufructo a favor de *B* y posteriormente vende, como libre de ese derecho, el bien, a *C*. Si *C* inscribe primero cerrará el Registro para *B*. En cambio si *B* inscribe primero, el Registro, sólo podrá admitir a *C*, como nudo propietario.

Cuando los títulos son compatibles la inscripción determina prioridad o rango, pero no cierre.

El C.c. contiene las reglas de fondo sustantivas, para la regulación de los derechos. El C.c. en la colisión de los derechos produce una decadencia del dominio. La Ley registral una preclusión del título.

239

Entre los derechos reales compatibles no hay preclusión. La hipoteca anterior en fecha a otro derecho y llegada posteriormente al Registro, se inscribe, pero queda pospuesto su rango al título posterior en fecha pero inscripto antes.

14. Casos que superan la protección registral brindada por la reserva:

14.1. El legislador se ha preocupado de asegurar la publicación de la demanda y las sentencias ejecutoriadas que tengan por objeto el reconocimiento de derechos en relación con el inmueble, que afecten o puedan afectar los derechos registrados o que se registren en el futuro (art. 14 Inc. 9). También prescribe la publicación de modificaciones de los derechos inscriptos (art. 14 Inc. 16). En ese sentido, se inscribirán los desistimientos al juicio y las resoluciones que desestimen la demanda.

La falta de publicación de las demandas y sentencias, en

la forma propuesta por la Ley, está sancionada con la inoponibilidad indicada en el art. 41. Por consiguiente, las sentencias inscriptas con posterioridad a la anotación de la reserva, serán postergadas. Sin embargo, no olvidemos la irretroactividad de la Ley. Pudiera darse el caso de una sentencia de nulidad, revocación o resolución de un derecho, pero cuya demanda no fue inscripta por haberse instaurado con anterioridad a la vigencia de la Ley. Los efectos de esa sentencia, son retroactivos; la invalidez, revocación o resolución hacen desaparecer el derecho ex-tunc. Consideramos que en este caso, por la irretroactividad de la Ley, la inscripción de esa sentencia prevalecerá sobre la reserva. En el mismo caso estaría una sentencia de prescripción.

14.2. Consideramos que las inscripciones de las demandas: reivindicatoria, petición de herencia, pauliana, simulatoria, no se desplazan. En el ámbito jurisdiccional se debatirá el conflicto entre la inoponibilidad y el derecho litigioso. La presunción establecida en el art. 41 es simple y admite prueba en contrario. La inscripción no tiene efecto convalidante respecto del titular inscripto. Ese efecto sólo es posible cuando lo indica la Ley expresamente. Por ejemplo: Art. 34 de la Ley Hipotecaria Española; Ley 5547 de 29/12/1916, art. 2, respecto de las demandas de petición de herencia incoadas por hijos naturales no reconocidos.

14.3. Distinto es el caso en que se omitió la inscripción de la demanda con posterioridad a la vigencia de la Ley y luego se pretende inscribir la sentencia que recoge esa demanda. En ese caso consideramos que la sentencia puede ser desplazada por la previa anotación de un certificado de reserva. La anotación se enfrenta con un derecho cuya inscripción obligatoria, se omitió.

El Código Civil italiano, art. 2652 resuelve en forma taxativa la inscripción de la demanda y los diversos efectos que provoca. Enumera las demandas inscribibles, ante la eventualidad de que desaparezca el derecho del respectivo titular. En tales casos enumerados indica que: si la inscripción del título

adquisitivo precede a la demanda, la adquisición resulta inatacable y sana de vicios al propio título. La inscripción cumple una función convalidadora y por consiguiente, deroga al principio “resoluto iure dantis”. Si la demanda se inscribe primero, la adquisición resulta perjudicada. El efecto de dichas demandas está subordinado al pronunciamiento de una sentencia favorable al actor. Mientras esa sentencia no se dicte el efecto está en pendencia. Si la demanda es rechazada cae con efecto retroactivo la eficacia de su inscripción. En algunas inscripciones de demandas de nulidad o anulabilidad requieren el concurso de la buena fe del tercero ignorante de la causa de nulidad; pero en estos casos el efecto convalidante está condicionado a que la demanda se inscriba luego de los cinco años de la adquisición. Si se inscribe antes no deroga el principio “resoluto iuris dantis”.

La demanda reivindicatoria debe inscribirse, pero la reivindicación siempre es posible, aun cuando opere con posterioridad a una subadquisición (7).

14.4. La partición, con ser un acto declarativo debe sujetarse a la reserva. De hecho las particiones modifican los derechos que recaen sobre un inmueble. Los terceros tienen interés en conocerlo. Es una noticia que se les da a los acreedores hereditarios, que de acuerdo al C.c. art. 1149 pueden oponerse a que se proceda a la partición de la herencia.

14.5. No tiene sentido la reserva, en los casos de actos cuya prioridad está amparada por otras leyes.

15. Pérdida de la prioridad como sanción.

La coercibilidad de la norma es la posibilidad de coacción. Implica que el derecho debe valer aun contra la voluntad del obligado. Si falta la observancia espontánea, ésta debe obtenerse mediante la fuerza.

¿De qué medios está dotado el sistema para hacer cum-

(7) MESSINEO. *Derecho Civil y Comercial*. T. III. N.º 97.

plir la conducta de inscribir? Bien, la respuesta se enlaza al concepto de derecho subjetivo. El sistema registral protege derechos subjetivos. Estos se caracterizan por la preeminencia de la libre voluntad del individuo a disponer de la norma que los protege.

Es decir, que las disposiciones del sistema, tutelan derechos subjetivos, pero sólo en cuanto el individuo titular del interés protegido reclame esa tutela. El Estado no interviene inmediatamente y de oficio para hacer observar la norma. La coacción de la norma (lo que sucede si no se cumple la observancia) está contenida en la norma secundaria sancionatoria.

242

Los expedientes que el Estado utiliza como medio sancionatorio: prestación por equivalente; resarcimiento del daño; ejecución por un tercero; castigo y medidas aflictivas —de entre ellos— el legislador seleccionó: las medidas aflictivas. ¿Y cuáles son? Pues: inoponibilidad de lo no inscripto; pérdida de grado; inadmisibilidad del documento no inscripto por parte de los Tribunales, Administración y Escribano. Si bien la inadmisibilidad no está consagrada a texto expreso —como lo estaba en la Ley 10793 art. 15— subyace en el concepto de terceros a quienes no perjudica lo no inscripto.

Las trayectorias seguras de un negocio jurídico son: los Tribunales Jurisdiccionales, una oficina Administrativa o el estudio de un Escribano.

La regla de la inadmisibilidad tiene por excepción esta situación: que el documento esté en plazo para inscribir (nacional o extranjero).

Esa inadmisibilidad, llevada a un grado de calificación más estricto implicaría el concepto de legitimación objetiva; es decir, que el derecho sea objetivamente ejercitable. Lo es, siempre que esté inscripto cuando así lo ordena la Ley.

16. Publicidad y oponibilidad.

Esa consecuencia jurídica binaria: inoponibilidad-oponibilidad, no corresponde a todos los actos inscribibles. Hay actos

que sin la publicidad registral son oponibles igualmente, pero están sujetos a la registración porque es muy importante que se conozcan (8). Por ejemplo:

16.1. El certificado de resultancias de autos. La sucesión no es oponible como consecuencia de la inscripción del certificado. Es oponible porque es un modo de adquirir y desde la muerte del causante la propiedad y posesión de los bienes pasan de pleno derecho a los herederos (art. 1037 y sigs. C.c.).

16.2. Sucede lo mismo con la entrega de legado de cosa cierta y determinada. De dos legados sobre el mismo bien, dispuestos por testamentos diferentes, vale el que proviene del testamento válido, no el que se haya inscripto en primer término.

16.3. La publicidad noticia, tipo de inscripción descriptiva, que provoca mero conocimiento y que está indicada para la declaración de Monumento Histórico (art. 14 Inc. 12) y para la inscripción de la resolución de una expropiación (art. 14 Inc. 13).

243

De lo expuesto se deduce que la esfera de la publicidad es más amplia que la de la oponibilidad.

Conclusiones

1. La prioridad de los derechos inscribibles se regula por la Ley 15514. La preferencia de los derechos que no se publican, la determina el C.c.

2. La prioridad valora: a) titularidades incompatibles y determina cual triunfará registralmente. b) Titularidades compatibles en las que determina el rango que cada derecho ocupará.

3. La reserva de prioridad propuesta por la Ley 15514 atempera la prioridad directa y permite la publicidad del negocio en gestión.

(8) MAZEAUD. *Derecho Civil. Parte III. Garantías*. Pág. 429.

4. Protege los actos inscribibles, otorgados en escritura pública, relativos a bienes inmuebles.

5. El plazo de vigencia es de veinte días contados a partir del siguiente a la fecha de expedición. Recogerá todo lo inscripto hasta la hora de su expedición. Es improrrogable.

6. La legitimación para solicitarlo surge de la Ley art. 60 Inc. 2.

7. El Registrador calificará la solicitud de reserva. Una vez inscripto el título que protege, cotejará si su versión coincide con el certificado expedido.

8. Expedida la certificación de reserva, el Registrador la anotará en el folio real. Se brindará información de su anotación durante el plazo de vigencia y el plazo de que goza para su inscripción el negocio para el cual se solicitó (arts. 42 y 24).

9. Produce un bloqueo inmobiliario. Los interesados quedan a resguardo de que no se alterará la posición registral respecto al derecho real cuya inscripción prescribe: certificación, escrituración y registración quedan ligados. Trasmitido o constituido el derecho real queda garantizada la posibilidad de registrarlo sin temor a oposiciones sorpresivas o imprevistas. Evita la aparición de gravámenes ocultos.

Durante el período de bloqueo, el Registrador inscribirá en forma condicionada los derechos que se presenten. Una vez que el negocio se otorga y el título se inscribe dentro del plazo, provoca la retroprioridad a la fecha del otorgamiento y el Registro se cierra.

10. El certificado de reserva es preceptivo. Constituye un deber jurídico para el Escribano. Su omisión deja librado el derecho al juego de la prioridad directa e implica para el Escribano responsabilidad civil, disciplinaria y en su caso penal. Es irrenunciable. Su omisión no invalida el acto, sino que provoca la ineficacia del derecho hasta tanto el título se inscriba y pierde la protección del bloqueo registral y la retroprioridad.

11. La incompatibilidad se produce siempre que sea imposible reconocer en dos personas distintas, idénticas facul-

des, sobre el mismo bien, emanadas de sus respectivos derechos, al mismo tiempo.

12. La pérdida de prioridad, la inoponibilidad y la inadmisibilidad de lo no inscripto son sanciones afflictivas de la Ley para asegurar la publicidad.

13. Publicidad es un concepto más amplio que el de oponibilidad.

Bibliografía

BARDALLO, Julio R.: *Texto Ordenado de Derecho Registral*. 1980.

Ley Orgánica y Reglamento Notarial.

Proyecto de Ley de Reforma Registral y Exposición de Motivos presentado al Congreso de Colonia. 1981.

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

CÓDIGO CIVIL ITALIANO.

CÓDIGO CIVIL URUGUAYO.

CALAMANDREI: *Derecho Procesal Civil*. Vol. 1.

245

CAMBIASSO, Susana: *La Publicidad Registral y la Seguridad Jurídica*.

CARRETERO, Tirso: "Retorno al Art. 606". *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*. Enero/Febrero/1965.

CONGRESOS DE DERECHO REGISTRAL: Buenos Aires 1972, Madrid 1974, Puerto Rico 1977, México 1980, Carta de Roma 1982.

DECRETOS LEYES: 10638 de 12/2/1943 y su Reglamentación de 29/6/43 (Uruguayo)

11643/63 (Provincia de Bs. As.)

5479/65 (Bs. As.)

2080/80 (Reglamento de la Ley 10801)

DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*. 3.^a Edic.

FONTBONA, Francisco: "Estudio de cuestiones". *Rev. Not.* N.º 710.

GARCÍA MAÍNEZ, Eduardo: *Introducción al Estudio del Derecho*.

GODOY, Horacio: *Agenda Presidencial*.

HERNÁNDEZ GIL, Francisco: *Introducción al Derecho Hipotecario* 1963.

KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*.

LEYES: Hipotecaria Española.

Argentina 17801.

Uruguay 10793.

De Reforma Registral 15514.

MAZEAUD: *Derecho Civil*. Parte III. T. II. Garantías.

MESSINEO: *Derecho Civil y Comercial*.

MOISSET DE ESPANÉS: *Dominio de automotores y publicidad registral*.
 NÚÑEZ-LAGOS, Rafael: "Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad".
Separata Rev. Gral. de Legislación. Mayo de 1950.
 PELAYO HORE, Santiago: "La angustiosa prioridad". *Rev. de Derecho Pri-
 vado*. N.º 421. Año 1951.
 ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*. Edic. 1979.
 RUIS, Francisco: "El principio de prioridad". *Rev. Crítica de Derecho
 Inmobiliario*. N.º 295. 1982.
 SÁNCHEZ FONTANS: *Capacidad y legitimación*. Separata de la Facultad de
 Derecho. Montevideo. Año IV. N.º 2. 1953.
 ZINNY, Mario Antonio: *Casos notariales*.

B) LEY 15514, APROBANDO LA REFORMA REGISTRAL DE URUGUAY

.....

CAPITULO V

Efectos de la Publicidad Registral

Artículo 41 (Efectos de la publicidad). Los actos, negocios jurídicos y decisiones de las autoridades competentes que se registren conforme a la presente ley, serán oponibles respecto de terceros, a partir de la cero hora del día siguiente al de la presentación al registro.

Se presume que el derecho inscripto existe y corresponde a su titular en la forma y con la extensión determinada por los asientos respectivos.

MOISSET DE ESPANÉS: *Dominio de automotores y publicidad registral*.
 NÚÑEZ-LAGOS, Rafael: "Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad".
Separata Rev. Gral. de Legislación. Mayo de 1950.
 PELAYO HORE, Santiago: "La angustiosa prioridad". *Rev. de Derecho Pri-
 vado*. N.º 421. Año 1951.
 ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*. Edic. 1979.
 RUIS, Francisco: "El principio de prioridad". *Rev. Crítica de Derecho
 Inmobiliario*. N.º 295. 1982.
 SÁNCHEZ FONTANS: *Capacidad y legitimación*. Separata de la Facultad de
 Derecho. Montevideo. Año IV. N.º 2. 1953.
 ZINNY, Mario Antonio: *Casos notariales*.

B) LEY 15514, APROBANDO LA REFORMA REGISTRAL DE URUGUAY

.....

CAPITULO V

Efectos de la Publicidad Registral

Artículo 41 (Efectos de la publicidad). Los actos, negocios jurídicos y decisiones de las autoridades competentes que se registren conforme a la presente ley, serán oponibles respecto de terceros, a partir de la cero hora del día siguiente al de la presentación al registro.

Se presume que el derecho inscripto existe y corresponde a su titular en la forma y con la extensión determinada por los asientos respectivos.

La inscripción determinará además, en los casos en que así está dispuesto, el nacimiento del respectivo derecho real, de acuerdo con lo que establece la legislación vigente.

Art. 42 (Efectos especiales - Reserva de prioridad). No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, tratándose de actos y negocios jurídicos inscribibles relativos a bienes inmuebles que deban legalmente documentarse por escritura pública, el escribano autorizante deberá tener a la vista y agregar a la copia respectiva los certificados que acrediten la situación jurídica de los bienes y de las personas a quienes los actos y negocios se refieran. Estos certificados tendrán una vigencia de veinte días. Los actos y negocios jurídicos otorgados a su amparo durante la expresada vigencia, retrotraerán sus efectos jurídicos respecto de terceros a la fecha de su otorgamiento, si se inscribieren dentro del plazo legal y tendrán prioridad sobre cualquier acto o negocio jurídico inscripto después de la expedición de los certificados.

.....

Art. 46 (Incompatibilidad). Inscripto o anotado un documento, no podrá registrarse otro igual o de anterior fecha que se le oponga, o sea incompatible, salvo en el caso del artículo 42.

Art. 47 (Prioridad). La prioridad entre dos o más inscripciones se establecerá por la fecha y hora de presentación de los actos, negocios jurídicos y decisiones judiciales y administrativas al Registro competente. Si la prioridad se refiere a una misma oficina registral y no pudiese resolverse conforme al principio antes referido, se estará al número ordinal de entrada.

En el caso del artículo 42 se estará a lo que allí se dispone. La prioridad que se reconoce prefiere de pleno derecho a todos los actos registrados con posterioridad y ampara también a los actos que se deriven o importen sucesión directa del acto protegido por dicha prioridad.

Cuando la inscripción de un arrendamiento, subarrendamiento, aparcería o subaparcería, quede postergada como consecuencia del principio de prioridad, el arrendatario, subarrendatario, aparcero o subaparcero tomador conservarán su condición jurídica. No obstante, frente al titular del derecho amparado por el principio de prioridad, se reputará vencido el plazo contractual o legal a los efectos del desalojo.

Los jueces podrán mandar cancelar las inscripciones que una prioridad posterga, a los efectos del pleno ejercicio de la misma, con noticia de las personas a quienes afecte la cancelación.

.....

C) LEY 17801 ARGENTINA, SOBRE “REGISTROS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE. REGIMEN NACIONAL”

.....

CAPITULO V

Publicidad registral. Certificaciones e informes

Artículo 21. El Registro es público para el que tenga interés legítimo en averiguar el estado jurídico de los bienes, documentos, limitaciones o interdicciones inscriptas. Las disposiciones locales determinarán la forma en que la documen-

Cuando la inscripción de un arrendamiento, subarrendamiento, aparcería o subaparcería, quede postergada como consecuencia del principio de prioridad, el arrendatario, subarrendatario, aparcero o subaparcero tomador conservarán su condición jurídica. No obstante, frente al titular del derecho amparado por el principio de prioridad, se reputará vencido el plazo contractual o legal a los efectos del desalojo.

Los jueces podrán mandar cancelar las inscripciones que una prioridad posterga, a los efectos del pleno ejercicio de la misma, con noticia de las personas a quienes afecte la cancelación.

.....

C) LEY 17801 ARGENTINA, SOBRE “REGISTROS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE. REGIMEN NACIONAL”

.....

CAPITULO V

Publicidad registral. Certificaciones e informes

Artículo 21. El Registro es público para el que tenga interés legítimo en averiguar el estado jurídico de los bienes, documentos, limitaciones o interdicciones inscriptas. Las disposiciones locales determinarán la forma en que la documen-

tación podrá ser consultada sin riesgo de adulteración, pérdida o deterioro.

Art. 22. La plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición sólo podrá acreditarse con relación a terceros por las certificaciones a que se refieren los artículos siguientes.

Art. 23. Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas.

Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación.

249

Art. 24. El plazo de validez de la certificación, que comenzará a contarse desde la cero hora del día de su expedición, será de quince, veinticinco o treinta días según se trate, respectivamente, de documentos autorizados por escribanos o funcionarios públicos con domicilio legal en la ciudad asiento del Registro, en el interior de la provincia o territorio, o fuera del ámbito de la provincia, territorio o Capital Federal.

Queda reservada a la reglamentación local determinar la forma en que se ha de solicitar y producir esta certificación y qué funcionarios podrán requerirlas. Asimismo, cuando las circunstancias locales lo aconsejen, podrá establecer plazos más amplios de validez para las certificaciones que soliciten los escribanos o funcionarios públicos del interior de la provincia o territorio.

Art. 25. Expedida una certificación de las comprendidas en los artículos anteriores, el Registro tomará nota en el

folio correspondiente, y no dará otra sobre el mismo inmueble dentro del plazo de su vigencia más el del plazo a que se refiere el art. 5, sin la advertencia especial acerca de las certificaciones anteriores que en dicho período hubiere despachado.

Esta certificación producirá los efectos de anotación preventiva a favor de quien requiera, en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado.

Art. 26. En los casos de escrituras simultáneas o cuando deban mediar referencias de expedientes, la relación que se hará respecto a los antecedentes del acto que se instrumenta, se podrá verificar directamente en los documentos originales o en sus testimonios. En lo que se refiere a las constancias de la certificación registral en escrituras simultáneas, la que se autorice como consecuencia podrá utilizar la información que al respecto contenga la que antecede.

.....

Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCION COMENTADA

INSCRIPCION REGISTRAL DE AUTORIZACIONES PARA LA EXPLOTACION DE RECURSOS DE LA SECCION A) DE LA LEY DE MINAS

(Res. 8 octubre 1992)

253

RESOLUCION de 8 de octubre de 1992, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Antonio Navas Fabián contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Getafe a inscribir una autorización de explotación de recursos mineros, en virtud de apelación del recurrente (BOE 18 noviembre).

“En el recurso gubernativo interpuesto por don Antonio Navas Fabián contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Getafe a inscribir una autorización de explotación de recursos mineros, en virtud de apelación del recurrente.

CONTENIDO DOCUMENTAL

El día 5 de junio de 1989 le fue concedida a don Antonio Navas Fabián una autorización de explotación de recursos de la sección A sobre varias fincas por tiempo indefinido y sobre una superficie de 338.024 metros cuadrados. Entre dichas fincas se encuentra una sita en el término municipal de Getafe, parcela 14 del polígono 17, finca número 367, denominada «El Moscatelar».

CALIFICACION

Presentada la mencionada autorización al Registro de la Propiedad número 1 de los de Getafe, a la que se adjuntaba el plano de demarcación

y la certificación de la Dirección General de Minas, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del presente título al no ser el mismo inscribible ya que no se trata de una concesión administrativa sino de una autorización. Al Registro de la Propiedad tienen acceso las concesiones administrativas, en virtud de las cuales se crea sobre bienes de dominio público y a favor de un particular un derecho subjetivo de uso, aprovechamiento o explotación exclusiva. A las concesiones administrativas la legislación hipotecaria las convierte en fincas especiales, con posibilidad de abrir folio registral. En el caso presente se trata del aprovechamiento de los recursos que el Reglamento de Minas clasifica como sección A), es decir, yacimientos cuyo único aprovechamiento sea el de obtener fragmentos de tamaño y forma apropiados para su utilización directa en obras de infraestructura y construcción. El aprovechamiento de estos recursos cuando se encuentra en terrenos de propiedad privada corresponde al dueño de los mismos, o a las personas físicas o jurídicas a quienes ceda sus derechos. Pero para ejercitar el derecho de aprovechamiento de los recursos deberá obtenerse previamente a la iniciación de los trabajos la oportuna autorización de explotación. Esta autorización es la que se ha obtenido en el presente caso, pero dicha autorización no es inscribible, ya que sólo las concesiones caben en los libros registrales. El defecto es insubsanable, por lo que no procede tomar anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado. Contra esta calificación cabe recurrir gubernativamente ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dentro del plazo de cuatro meses a contar desde el día de hoy. Getafe, 16 de mayo de 1991.—El Registrador, Luis Prados Rodríguez.

RECURSO DE REFORMA DEL RECURRENTE

Don Antonio Navas Fabián interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que ante la comunicación verbal del señor Registrador de que la autorización no era inscribible se solicitó la anotación preventiva en virtud del artículo 62 de la Ley Hipotecaria. Que de los artículos 119 y 121 del Reglamento del Régimen de la Minería se deduce que la autorización de explotación de los recursos de la Sección A), confiere a su titular una serie de derechos mineros y que éstos pueden tener acceso al Registro de la Propiedad, para lo que hay que acudir a la legislación hipotecaria. Que el artículo 42, apartado 10, de la Ley Hipotecaria autoriza a solicitar la anotación preventiva de la explotación de los mencionados recursos y el artículo 62 del Reglamento Hipotecario referido a la inscripción de las minas en el Registro de la Propiedad, en su párrafo último, al decir autorizaciones de explotación, se refiere a las autorizaciones de explotación de recursos de la sección A), por cuanto en la Ley de Minas no existe otro tipo de autorizaciones de explotación. Que, por tanto, la autorización de explotación de los recursos de la sección A) objeto de este recurso es susceptible de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad.

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que según establece la Ley de Minas de 21 de julio de 1973, todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional son bienes de dominio público (artículo 2) y la creación sobre estos bienes a favor de una persona o entidad particular de un derecho subjetivo de explotación requiere la oportuna concesión administrativa. El artículo 3 de la Ley de Minas clasifica los yacimientos y recursos geológicos en secciones A, B y C, añadiendo una nueva D la Ley de 5 de noviembre de 1980. Que las sustancias de las secciones A (los yacimientos de escaso valor económico y comercialización geográficamente restringida o aquellos cuyo aprovechamiento único sea obtener fragmentos de tamaño y forma apropiados para su utilización en obras de infraestructura, construcción y otros usos que no exigen más operaciones que las de arranque, quebranto y calibrado) y B (las aguas minerales y termales, entre otras) se consideran «pars fundi», parte integrante de la finca en que se encuentran y el dueño de la misma puede aprovecharse de tales sustancias, previa autorización (artículos 16 y 17 de la Ley de Minas). Que la autorización a que se refiere el documento calificado no tiene acceso al Registro. Conforme enseña la doctrina, mientras la concesión crea un derecho «ex novo», la autorización se circunscribe a ser un mero presupuesto de eficacia y no de validez, estribando su virtualidad en una renovación de limitaciones de policía administrativa a derechos y facultades, que ya poseía el particular con anterioridad, y sólo las concesiones caben en los libros registrales. En este sentido se puede citar la Resolución de 18 de abril de 1969. Que el Registro de la Propiedad no es un Registro Administrativo en el que se tomen razón de los permisos, licencias o autorizaciones otorgadas por la Administración; es un Registro Jurídico que tiene el objeto que se determina en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria. Que el título objeto de calificación ni es traslativo o declarativo del dominio de inmuebles, ni en él se constituye, reconoce, transmite, modifica o extingue algún derecho real inmobiliario, sin que tampoco pueda incluirse en alguno de los apartados del artículo 2 de la Ley Hipotecaria y por ello no tiene acceso a los libros del Registro de la Propiedad.

AUTO PRESIDENCIAL

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en que la autorización concedida al recurrente no crea un derecho «ex novo», por lo que no tiene que acceder al Registro de la Propiedad, puesto que no se contempla una concesión inscribible.

REPLICA

El recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y señaló como fundamentos de derecho los artículos 119 y 121 del Reglamento del Régimen de Minería; 2.2, 42.10 de la Ley Hipotecaria y 62 del Reglamento para su aplicación.

DOCTRINA DE LA DIRECCION

Vistos los artículos 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria; 62, párrafo penúltimo, y 63 del Reglamento Hipotecario; Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, y la Resolución de 18 de abril de 1969.

1. Presentada al Registro una autorización de explotación de recursos mineros de la sección A, el Registrador deniega su inscripción porque —según él— sólo las concesiones son inscribibles, pero no las autorizaciones, pues el aprovechamiento de los recursos de la sección A, cuando se encuentren en terrenos de propiedad privada, pertenece al dueño, y —como precisa en su informe— la autorización no crea un derecho «ex novo», sino que constituye una mera remoción de limitaciones de policía administrativa a derechos y facultades —al derecho a ese aprovechamiento— que ya el particular poseía con anterioridad.

2. De acuerdo con la doctrina de la Resolución de 18 de abril de 1969, para decidir si el acto de autorización es o no inscribible lo que importa no es la denominación dada al acto administrativo sino la verdadera naturaleza del mismo y será inscribible si por él se constituye, reconoce o modifica un verdadero derecho real, oponible a terceros y a la Administración durante el plazo de su vigencia, y, en cambio, no será inscribible si el acto administrativo confiere una situación precaria o de mera tolerancia que pueda cesar en cualquier momento, sin derecho a indemnización, por decisión unilateral de la Administración.

3. En el presente caso y conforme a la legislación de minas, la autorización administrativa tiene un especial significado substantivo. Ciertamente el aprovechamiento de los recursos de la sección A que se encuentren en terrenos de propiedad privada corresponderá al dueño de los terrenos (o a quienes éste ceda sus derechos) (cfr. artículo 16 de la Ley 22/1973), pero la oportuna autorización, sobre ser condición previa necesaria para ejercitar el derecho al aprovechamiento de estos recursos, es también el instrumento por el que la Administración modaliza el mismo derecho pues fija el programa de explotación y da las normas en orden a la seguridad laboral o a la protección del medio ambiente en términos cuyo incumplimiento puede producir la caducidad de la autorización concedida y que, de concurrir determinadas circunstancias, pueda el Estado ceder a otro el aprovechamiento especial sobre el correspondiente dominio público. «Los derechos que otorga una autoriza-

ción de recursos de la sección A» podrán ser transmitidos, arrendados y gravados, en todo o en parte» (cfr. artículo 94 de la Ley 22/1973). La caducidad de «las autorizaciones de explotación de la sección A» no dependen de la mera decisión unilateral de la Administración sino que sólo procede por las causas que la Ley establece (cfr. artículo 83 de la Ley 22/1973). Se trata, pues, de un acto administrativo que, como las concesiones, afecta a un derecho de aprovechamiento especial sobre bienes de dominio público, y, por consiguiente, procede su inscripción en el Registro de la Propiedad, como da por supuesto el mismo Reglamento Hipotecario (cfr. su artículo 63), pues prevé la inscripción del acto de transmisión de una autorización (del derecho que la autorización confiere), lo cual presupone la previa inscripción de la autorización misma.

Esta Dirección ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.”

COMENTARIO

257

I

Una apreciación crítica que permita calibrar debidamente la justa importancia y el exacto alcance de esta innovadora y audaz Resolución exige que demos una cumplida respuesta a diferentes interrogantes, que, en un esfuerzo de síntesis, podemos dejar reducidos a los siguientes:

a) ¿Cuál es exactamente la doctrina sentada por la Dirección General?

b) ¿Cómo incide esta doctrina en el panorama legal vigente hasta este momento en nuestro Derecho en orden al problema general de la inscripción de concesiones administrativas, y, en concreto, de la inscripción de concesiones mineras?

c) ¿Cuáles son los argumentos que ha utilizado la Dirección General para llegar a las conclusiones anteriores? Y, analizándolos con cuidado, ¿hasta qué punto puede decirse que son o no convincentes esos argumentos?

d) Por último, podríamos e incluso deberíamos pregun-

tarnos: ¿qué valoración o juicio crítico de síntesis merece la Resolución? ¿Son doctrinalmente aceptables sus conclusiones?

Estas breves notas son, simplemente, un intento de dar contestación a las preguntas enumeradas.

II

El núcleo doctrinal de la Res. puede condensarse en esta proposición: Son inscribibles en el Registro las autorizaciones otorgadas para el aprovechamiento de los recursos que la Ley de Minas engloba bajo la denominación *recursos de la Sección A*). Sencilla afirmación que, no obstante, a poco que en ella se medite, suscita la más honda perplejidad en el intérprete. En el terreno de la inscripción de concesiones, es cierto, había pocos extremos claros y diáfanos; pero si de algo podíamos estar razonablemente seguros, era de la siguiente regla de oro: lo que tiene acceso al Registro son exclusivamente las *concesiones* administrativas, las auténticas concesiones como tales; nunca las autorizaciones. Tal era precisamente la distinción fundamental a efectos hipotecarios entre estos dos tipos de actos administrativos. La regla, como digo, era algo indiscutido, que podía encontrarse en cualquier libro de Derecho Hipotecario, desde los clásicos hasta los más recientes (1).

La Ley de Minas anterior a la vigente, la de 19 de julio de 1944, distinguía las sustancias minerales en dos grupos o Secciones, A) y B), a las que denominaba, respectivamente, *Rocas y Minerales*. En lo relativo a las primeras, su aprovechamiento se sujetaba a una autorización o permiso (art. 4), mientras que sólo para los minerales se exigía concesión (arts. 21 y ss.). El régimen de una y otra era totalmente dife-

(1) Cfr., p. ej., entre los clásicos, GALINDO DE VERA y ESCOSURA ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, I, 4.^a ed., 1903, pág. 301; entre los más recientes, CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, pág. 34.

rente, siendo improcedente abordarlo ahora: lo que nunca dudó la doctrina hipotecaria fue que sólo las concesiones para el aprovechamiento de recursos de la Sección B, o *Minerales*, tenían acceso al Registro, en tanto que nunca podría considerarse inscribible una autorización para aprovechar *Rocas*.

El sistema de la vigente Ley de Minas, de 21 de julio de 1973, en lo que aquí interesa, mantiene sustancialmente la regulación de 1944. Distingue no dos, sino tres secciones o clases de recursos mineros, A), B) y C) (que, por Ley de 5 de noviembre de 1980 pasaron a ser cuatro, mediante la creación de una nueva sección D)); pero, en lo que aquí interesa y sin perjuicio de no ser totalmente idénticos, los recursos de la sección A) equivalen a lo que la Ley de 1944 denominaba *Rocas* y se sujetan a un régimen jurídico similar: su aprovechamiento no requiere la típica concesión minera, sino una simple autorización (art. 17 de la Ley). Por ello, la doctrina hipotecaria común posterior a la Ley de 1973 siguió, sin vacilación, señalando la no inscripción registral de estas autorizaciones y el pleno mantenimiento de la situación anterior (2).

259

La regla general en tema de concesiones mineras, que por lo demás era congruente con la doctrina general sobre la inscripción de concesiones administrativas, era la siguiente: Tienen acceso al Registro las concesiones de explotación; asimismo lo tienen su antecedente temporal y lógico, los permisos de exploración e investigación, mediante la vía de la anotación preventiva; no son inscribibles las autorizaciones relativas a recursos de la Sección A), por no reunir los requisitos generales necesarios para la inscripción de concesiones. Tal fue, con buenas razones por tanto, la posición del Registrador de la Propiedad de Getafe I y la del Presidente del TSJ. de Madrid en nuestro caso. La D.G. prefirió, sin

(2) Cfr., p. ej., CAMY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, IV, 2.ª ed., 1975, pág. 722; AVILA, *Comentarios a las reformas hipotecarias de 1982-84*, 1986, pág. 58.

embargo, romper con esa secular tradición doctrinal y declaró las susodichas autorizaciones inscribibles en el Registro. Veamos cuáles fueron sus argumentos.

III

260

En el Fundamento de derecho 2.º de la Resolución se contiene una afirmación con la que difícilmente puede dejarse de estar de acuerdo: para decidir si un acto administrativo es o no inscribible, lo que importa no es la denominación que tenga, sino la verdadera naturaleza del mismo. Lo que importa, viene a decirse, no es que se denomine autorización o concesión; no es, en suma, el *nomen iuris*, sino el contenido, la sustancia jurídica del acto. Aunque se denomine autorización, si su verdadera naturaleza es concesional, será, por tanto, inscribible; si reúne, en suma, los requisitos específicos que la normativa hipotecaria prescribe para permitir el acceso registral de estos actos administrativos.

Siendo cierto lo anterior, tampoco creo que pueda prescindirse alegremente de la calificación que la ley conceda a estos actos, ni minusvalorar la terminología legal. La Res. alude a su precedente, la de 18 de abril de 1969, para apoyarse en ella; pero no olvidemos el distinto supuesto de ésta: la legislación de puertos del siglo XIX. Es lícito afirmar, a la vista de esa normativa, que las disposiciones legales no precisan los conceptos jurídicos y que es difícil la distinción entre concesiones y autorizaciones. Es algo en lo que todos estamos de acuerdo. Pero ello ya no es sostenible en 1973: la elaboración doctrinal sobre estos conceptos es ya considerable en número y valiosa en calidad. Al publicarse la Ley de Minas de 1973, ya se cuenta con las elaboraciones de VILLAR PALASI, de MANZANEDO, de GARCÍA-TREVIJANO, de MEILAN, etc.; incluso puede decirse que el tema de la distinción concesión-autorización está de moda entre los autores. Es lógico, por ello, que la ley recoja y admita la distinción y, cuando

habla de autorización, lo haga en sentido preciso y técnico. El batiburrillo conceptual al que alude la Res. de la D.G. quedó ya atrás y por ello, cuando se comentan normas ya recientes y actuales, no es lícito al intérprete desdeñar la calificación legal. El argumento del *nomen iuris*, pues, sin ser decisivo, no puede tampoco dejarse de lado.

Maneja la Dirección otro argumento: la transmisibilidad de la autorización, para concluir en su acceso al Registro. No acierto a ver la fuerza del mismo; de sobra es sabido que existen autorizaciones transmisibles *per se*, sin que por eso dejen de ser tales autorizaciones. La declaración del art. 94 de la Ley, que la Dirección aduce, no resulta por ello convincente. No parece que una característica típica y exclusiva de la autorización sea la intransmisibilidad, ni la contraria lo sea de las concesiones (3), ni parece, en fin, que de ese dato pueda deducirse nada a favor ni en contra de la auténtica naturaleza de la autorización de explotación de recursos de la Sección A) y, por ende, de la inscribibilidad de la misma.

261

Otro equívoco en que cae la Dirección procede del mimetismo con el que sigue la ya citada Res. de 18 de abril de 1969, en lo relativo al empleo de la cláusula de precario como criterio distintivo entre la concesión y la autorización. Se olvida que ese criterio, aparte de hallarse hoy totalmente desacreditado en la doctrina (4), sólo fue utilizado por los autores y la jurisprudencia en materia de zona marítimoterrrestre y portuaria, en base a ciertas desafortunadas expresiones de la vieja Ley de Puertos, hoy superadas ya. Fuera de este ámbito, no ha sido utilizado como baremo o piedra de toque distintiva entre concesiones y autorizaciones; y, desde

(3) La transmisión en general de las concesiones intenté exponerla ya en *Problemas notariales y registrales en la transmisión y gravamen de las concesiones administrativas*, AAMN, XXVII, págs. 115 y ss.; ninguna dificultad ofrece, por otro lado, la transmisión de la autorización, bien en sí misma considerada, bien como consecuencia de la transmisión del objeto principal sobre el que la misma recae.

(4) *Cfr.* referencias en el trabajo citado en nota anterior, págs. 126-128.

luego, nunca, que yo sepa al menos, ha sido empleado a la hora de separar los permisos y las concesiones en materia minera. La peculiar naturaleza de esta dependencia del demanio, donde no cabe nunca un uso común general del mismo, hace inviable el poder siquiera pensar en aplicar el dato de la cláusula de precario o de libre revocabilidad a los actos administrativos creadores de títulos de utilización del demanio minero, que es en definitiva lo que ha intentado hacer la D.G. en la Resolución que comentamos.

262 Aparte los anteriores argumentos doctrinales y prescindiendo de alguna afirmación contenida en el Fundamento 3.º que más que argumento es una auténtica tautología (decir, p. ej., que la autorización “tiene significado sustantivo”, o que “es un acto que, como las concesiones, afecta a un derecho de aprovechamiento especial sobre bienes de dominio público”), en el plano del Derecho positivo se alega asimismo por el Centro Directivo una razón técnica, de exégesis legal, la derivada del art. 63 del Reglamento Hipotecario. Se nos dice, en efecto, que dicho precepto está dando por sentado que son inscribibles estas autorizaciones, puesto que regula el acceso al Registro de su transmisión, y ésta presupone la previa inscripción de la autorización.

Tampoco creo que pueda obtenerse nada rigurosamente conclusivo del art. 63 del R.H. (reformado en 1982). Se trata de un precepto formal, encaminado sólo a resolver la clase de asiento adecuado para el reflejo registral de las transmisiones de permisos y concesiones, pero que no tiene ni pretende tener, ni puede tener otro alcance, y menos el de determinar qué actos son inscribibles. El art. 63 del R.H. es perfectamente inteligible con arreglo a la tesis clásica y, en efecto, así ha sido ya interpretado por algún autor (5): la transmisión de la concesión minera tiene reflejo registral mediante una inscripción; la de los permisos de exploración e investigación, que no son inscribibles y sí sólo anotables,

(5) En concreto, por AVILA, *op. y loc. cit.*

mediante otra anotación preventiva. Nada más. El precepto no pretende consagrar la inscribibilidad de las autorizaciones de la Sección A), y la palabra *explotación* es una simple errata por *exploración* (6), con lo que la norma se halla en plena armonía y congruencia con la doctrina ordinaria sobre la inscripción de la concesión minera, tal como venía siendo expuesta por la doctrina.

IV

Una adecuada resolución al problema que a la Dirección se le planteó exigía, creo, otras vías de razonamiento. En mi opinión, la cuestión previa básica que se imponía solventar era ésta: qué naturaleza jurídica exacta tienen las llamadas *Rocas*, o sustancias incluidas en la Sección A) de la Ley de Minas. La caracterización de estos recursos es un dato previo inexcusable para configurar después la auténtica naturaleza, a su vez, de las autorizaciones para el aprovechamiento de los mismos. El acceso al Registro de estas autorizaciones es sólo el último paso a dar en esa dirección y caerá, como fruta madura, por sí mismo, una vez que lo anterior haya sido sólidamente establecido.

En esta línea de pensamiento, debemos aclarar que la naturaleza jurídica de las rocas ha sido uno de los problemas que tradicionalmente más ha ocupado —y dividido— a la doctrina y, tras ella, a la jurisprudencia. Bajo la vigencia de la Ley de 1944, entre los autores parecía ser mayoritaria la opinión favorable a considerar que las rocas, pese a la declaración general de demanialidad que formulaba el art. 1.º, no constituían auténticas pertenencias demaniales, sino que tenían más bien la condición de bienes de propiedad privada, que correspondían en dominio al propietario de la finca en que se hallaban; si bien la tesis de la demaniali-

(6) Cfr. AVILA, *loc. cit.*

dad no dejaba de tener asimismo importantes defensores (7).

Entre los autores que tienen ya a la vista la Ley de 1973 es reproducible la misma polémica; la doctrina sigue dividida. Si bien parecen ser mayoría ahora los favorables a la tesis de la demanialidad general de todos los recursos mineros (postura que parece adoptar la Res. de la D.G. que ahora comentamos), no puede decirse que, en el terreno doctrinal, estemos ante una cuestión definitivamente liquidada, pudiendo registrarse entre los autores recientes posiciones favorables a la tesis del carácter privado de las sustancias de la Sección A) (8); a veces, reproduciendo simplemente los argumentos ya utilizados con la Ley de 1944; a veces, añadiendo otros nuevos; pero en el fondo, defendiendo lo mismo: no estamos ante auténticos y genuinos bienes de dominio público.

Si de las opiniones de los autores pasamos al examen de la jurisprudencia del T.S., la conclusión es la misma: una total división. Las sentencias se escinden en los dos mismos grupos, a favor y en contra del carácter de dominio público de las rocas. Con un importante dato a remarcar: las sentencias más recientes y que con más detenimiento abordan el tema son, justamente, las más proclives a sustentar el carácter privado de estas sustancias minerales (9).

No parece ser éste el momento de realizar un análisis

(7) En contra del carácter demanial de las rocas puede citarse a ALVAREZ-GEN-DIN, VILLAR PALASI y PUYUELO; a favor, a ENTRENA y a GUAITA. Cfr. las referencias, en FERNÁNDEZ-ESPINAR, "Naturaleza jurídica de los recursos de la Sección A) de la Ley de Minas", R.A.P., n.º 109 (1986), págs. 255 y ss., esp. págs. 266 y ss.

(8) En favor de la demanialidad, el mismo GUAITA, *Derecho administrativo (aguas, montes, minas)*, 1982, págs. 331 y ss.; ARCENEGUI, *El demanio minero*, 1979, pág. 69; FERNÁNDEZ-ESPINAR, *op. cit.*, págs. 277 y ss. En sentido contrario puede verse, entre los autores más recientes, con excelentes argumentos, PARADA, *Derecho administrativo (Bienes públicos y Urbanismo)*, 1988, pág. 205. Por mi parte, recién promulgada la Ley de 1973 sostuve ya esta misma postura. Cfr. R. PAREJO y J. M. RODRÍGUEZ OLIVER, *Lecciones de dominio público*, 1976, pág. 191 de la ed. ICAI y pág. 257 de la Unidad Didáctica 3 en la ed. UNED.

(9) Un análisis jurisprudencial detallado puede verse en el citado trabajo de FERNÁNDEZ-ESPINAR, págs. 266 y ss.

detallado de los argumentos que autores y sentencias emplean; bastará con remitirse a los ya realizados y a indicar, simplemente, las consecuencias que en el terreno registral se deducen de la adopción de una u otra postura doctrinal en orden a la cuestión básica suscitada.

Así, está fuera de toda duda que, para los que piensan, o pensamos, que no estamos ante auténticas pertenencias demaniales sino ante bienes en último término de propiedad privada, no cabe ni siquiera formular la cuestión. No hay dependencia demanial; no hay por tanto, uso y aprovechamiento privativo del demanio; no hay concesión; no hay acto administrativo inscribible. La autorización del art. 17 de la Ley es un simple permiso o autorización de policía, una autorización clásica, que, como tal, debe quedar al margen del Registro de la Propiedad. Caería así por su base toda la construcción de la Resolución comentada; el tema se despacharía con una simple alusión al art. 2.º de la LH y a la normativa hipotecaria general. En suma: no es que debería resolverse el problema a favor de la no inscribibilidad de estas autorizaciones, sino que es mucho más: es que no podría ni llegar a ser planteado dicho problema.

Ahora bien, de lo anterior no se deduce *a sensu contrario* que, aceptando la segunda posición doctrinal de las apuntadas, deba concluirse en lo contrario también en materia registral. Quedaría por demostrar, aun aceptando el carácter demanial de las rocas, que la autorización para su explotación tiene naturaleza concesional, lo que no aparece ni mucho menos claro (10). Es sabido que entre los títulos jurídicos habilitadores para el uso de bienes de dominio público se hallan tanto la autorización como la concesión; que existen diferencias profundas entre unas y otras; y que, desde el punto de vista hipotecario, unas son inscribibles y otras no,

(10) En la doctrina se ha sostenido a veces el carácter concesional de estas autorizaciones. El intento más logrado en este sentido quizá sea el de ARCENEGUI, *El demanio minero*, cit., págs. 71 y s.

lo que pone en primer plano la necesidad de diferenciarlas sustantivamente.

Situados ya en este punto, la disyuntiva es la siguiente: O pensamos que la autorización en cuestión tiene de tal autorización sólo el nombre, que en realidad tiene carácter concesional, que es, en suma, una auténtica concesión en el fondo, y en ese caso tiene razón la D.G. y debe ser inscrita; o bien pensamos que es, como su nombre indica, una autorización auténtica, tiene pues naturaleza autorizatoria, participa de los caracteres de la autorización en sentido estricto y, por tanto, no debe tener acceso al Registro de la Propiedad. Este es el dilema, en el que *tertium non datur*. La única razón que justificaría admitir la inscripción de esta autorización —que la D.G. no utilizó— es ésta: la sedicente autorización es en realidad una concesión.

Así centrada la cuestión, creo que la clave puede venir dada por una reflexión acerca de la genuina naturaleza de la concesión minera, en cuanto derecho real (administrativo, claro está) que, como tal, es oponible *erga omnes*, transmisible, objeto de tráfico jurídico privado y, en definitiva, inscribible en el Registro de la Propiedad.

Nunca ha habido duda acerca de esa inscribibilidad, ni del carácter de la concesión minera en cuanto tal. Se trataba de una concesión de claro carácter fundiario, que implicaba casi una auténtica traslación de propiedad civil; es la idea que todavía acoge nuestro Código civil cuando en su art. 339 incluye entre los bienes de dominio público a las minas, pero sólo “mientras que no se otorgue su concesión”. Se daba a entender que la concesión minera confería al particular un derecho tan fuerte que prácticamente equivalía al de propiedad privada. Lo cual era, por otra parte, idea común a otros ordenamientos: así, en el clásico Derecho alemán se hablaba

para estos casos de concesión no de minas, sino “de la propiedad minera” (*Bergwerkeigentum*), en tanto los autores alemanes clásicos calificaban al acto de concesión como un acto de auténtica concesión u otorgamiento de potestad (11), con lo que se venía a reforzar la misma idea. En tales circunstancias, es casi un corolario obligado el admitir el acceso al Registro de estas concesiones.

Este carácter privado, fundiario, de la concesión minera, acogido por toda la legislación de minas del s. XIX (Ley de 6 de junio de 1859, D.L. de 29 de diciembre de 1868, etc.), es asimismo observable en la legislación de 1944 e incluso en la vigente. No puede decirse que se mantenga en su integridad, es claro; también en Alemania, p. ej., ha cambiado la vieja concesión de propiedad minera de sentido doctrinal tras la Ley de Minas de 13 de agosto de 1980 (12); pero ese sentido originario sigue siendo detectable y observable; y es el que justamente explica y justifica el tratamiento registral de estas concesiones, tratamiento registral que pervive en la actualidad.

Si esto es así, hay que añadir inmediatamente que estos caracteres clásicos de la concesión minera no son ni han sido nunca predicables de las autorizaciones para el aprovechamiento de las rocas. Esta clase de autorización ha sido configurada siempre como el clásico permiso o licencia de policía, como acto que remueve una previa prohibición; no crea el derecho al aprovechamiento exclusivo y excluyente del bien, el cual tiene su origen más bien en la propiedad del yacimiento. Ni en nuestro Derecho histórico, ni en Derecho comparado se ha considerado esta autorización

(11) P. ej., WALTER JELLINEK hablaba de “*Machtverleihende Akte*”. Cfr. su *Verwaltungsrecht*, 2.^a ed., 1929, pág. 248, donde duda en emplear la expresión *Konzession* o la análoga de *Verleihung* para caracterizar estos actos.

(12) Lo que ha sido puesto de relieve agudamente, p. ej., por PETER BADURA. Cfr. su colaboración incluida en el *Besonderes Verwaltungsrecht*, dirigido por INGO VON MUNCH, 7.^a ed., 1985, pág. 301. También, p. ej., GÜNTER PUTTNER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht (Lehrbuch)*, 1989, págs. 130 y ss. (ambos con cita de la específica bibliografía sobre la Ley de Minas de 1980).

equiparable a la concesión minera. Para seguir utilizando la analogía con el Derecho alemán, en este caso no cabe hablar ni de *Konzession*, ni de *Verleihung*; el supuesto se asemeja más a lo que los actuales autores alemanes califican como “autorización de uso especial” (*Sondernutzungserlaubnis*) (13), muy alejada de la auténtica concesión demanial.

De todo ello se desprende inequívocamente que el juicio que globalmente merece la doctrina sentada por la Resolución no puede dejar de ser negativo. En mi opinión, en el caso debatido la razón se hallaba de parte del Registrador que denegó la inscripción y del Presidente del TSJ que mantuvo la negativa. ¿Por qué? De una parte, por el carácter poco satisfactorio de los razonamientos que el Centro Directivo utiliza; de otra, porque a ello conduce la aplicación de la tradicional doctrina sobre inscripción de concesiones, que no se ve razón para alterar en este caso.

268

En efecto, y recapitulando ideas anteriores, si partimos de la idea matriz de que sólo las verdaderas concesiones son inscribibles, y no las autorizaciones; si recordamos que las rocas son bienes demaniales muy especiales y particulares, de los que incluso se duda si en efecto lo son; si tenemos en cuenta que el aprovechamiento de las mismas corresponde en principio al dueño del terreno (art. 16 de la Ley de Minas) o a quien éste se lo ceda; si observamos las profundas diferencias de régimen jurídico entre la concesión minera típica y estas autorizaciones para la explotación de los recursos de la Sección A); deberemos por fuerza concluir que estamos ante un acto administrativo que no crea un derecho real; que no tiene fuerza traslativa de una potestad administrativa; que no confiere ese uso exclusivo y excluyente de bienes demaniales, esencia de la concesión. Para emplear tér-

(13) Expresión que usan, p. ej., ERNST PAPPERMANN, ROLF-P. LÖHR y WOLFGANG ANDRISKE, *Recht der öffentlichen Sachen*, 1987, págs. 93 y ss., si bien con referencia al uso de las carreteras.

minos hipotecarios, que no “afecta o recae sobre bienes inmuebles” (art. 31 del R.H.). De lo que se deduce, en una palabra, que, en el supuesto debatido, tenía razón el Registrador y la autorización no debió inscribirse. *Quod erat demonstrandum.*

Roberto Parejo Gámir
Notario

A) Informes y comunicaciones

CONSIDERACIONES ACTUALES SOBRE LA PROPIEDAD (*)

JUAN ALVAREZ-SALA WALTHER

Notario

273

Os preguntaréis (yo también me lo pregunto) que qué hace un chico como yo en un seminario como éste, un seminario de ciencia política, compartiendo una ponencia con una profesora de Historia del Derecho y hablando a un público reducido, pero todos profesores especialistas en distintas materias, yo que no soy especialista en ninguna y que tampoco soy profesor exactamente.

Pero es lo cierto que últimamente paso por aquí cada miércoles y cada jueves, por esta Universidad, y aunque nunca he tenido sensación de peligro, la verdad es que el riesgo de tener que participar en alguna conferencia o charla

(*) El presente trabajo reproduce textualmente una comunicación verbal desarrollada en el Seminario "DERECHO, POLÍTICA Y MERCADO" organizado por el "Centro de Teoría Política" en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, el día 5 de marzo de 1993.

o coloquio, al cabo de los años empieza a ser un riesgo bastante serio, y alguna vez —esta vez— no se consigue eludir...

Pero, en fin, ya puestos, no quisiera desperdiciar la oportunidad (pues como ésta a lo mejor no vuelvo a tener otra en mucho tiempo) para agradecer a quienes por amistad me han invitado, pero, sobre todo, más que agradecer, quisiera aprovecharla para protestar. Para protestar en serio, porque ya no se puede aguantar cómo están las cosas, cómo está todo en general. Y en particular, el tema que se me ha asignado en este seminario (las “Consideraciones actuales —o algo así— sobre la propiedad”) también me vale (sin salirme de la materia) para seguir protestando. Y pienso protestar en primer lugar, como es lógico, contra mis vecinos, o la disciplina vecina. Yo doy civil, como sabéis, y lo que le queda más cerca —conceptualmente— es el Derecho mercantil.

274 Sufrimos mucho. Nos han ido arrinconando hasta casi la última habitación de la casa y dentro de poco no vamos a poder entrar y salir más que por la puerta de servicio. Tenemos también otros vecinos igualmente molestos, pero quienes más nos empujan en estos momentos son esos modernos o ¿cómo se les llama? de la moderna doctrina mercantil.

Joaquín Garrigues en 1959, cuando la invasión de los mercantilistas estaba ya plenamente declarada, utilizó el término, bastante persuasivo entonces, de “generalización” del Derecho mercantil. Pero, en fin, todavía en aquellos años del desarrollismo, más que nada se hablaba de un Derecho general de obligaciones, de la generalización de los contratos mercantiles y de la pretendida ley general de sociedades.

Pero después, el Derecho mercantil ha seguido avanzando y se ha hecho firme en otras posiciones, apropiándose de tantas otras instituciones que siempre se habían mantenido dentro del Derecho civil y que ahora en el Derecho civil están quedando vacías de contenido. Pero ya lo último, recientemente, en todo este panorama, es que el Derecho mercantil empieza a apropiarse de la propiedad misma, y eso sí que parece demasiado... O me lo parece a mí por lo

menos, más que nada porque lo único o lo que mejor he aprendido en mi vida han sido el Código civil y la Ley Hipotecaria, y me gustaría (aunque no lo veo claro) seguir sacándoles todo el partido posible.

Una situación tan amargante como es ésta ya la habían presagiado, en el siglo anterior, algunas personas sensatas. En el famoso libro de MENER sobre “El Derecho civil y los pobres” (o los desposeídos), escrito cuando todavía se está discutiendo un proyecto de Código civil en Alemania, hay una frase que nos ilustra bastante bien sobre el mismo fenómeno: “Veo yo en estas disposiciones —dice MENER, al comentar los párrafos que se refieren a la transmisión de las cosas muebles— una victoria ganada por el espíritu comercial en el régimen de la propiedad; una victoria del Derecho de Cambio (del “Verkehrsrecht”) sobre el Derecho de Cosas (el “Sachenrecht”)”.

La propiedad en los Códigos, porque quería ser libre, se formuló muy abstractamente y con una gran simplicidad. Pero en seguida se irá redimensionando a través de la acción legislativa. Su compleja pluralidad interna da paso a unos estatutos muy diferenciados, en función de la naturaleza de los bienes y su servicio a la Comunidad. Al final queda una propiedad bastante relativizada, con el sano propósito, en el fondo, de favorecer su difusión graduando más razonablemente su intensidad.

Este es, básicamente, el sistema del Derecho civil en cuanto a la propiedad. Hay propiedades más favorecidas que otras, y algunas acusan una especial debilidad. Particularmente, la propiedad inmueble se sujeta a un régimen más restrictivo, cuya organización jurídica (casi toda) gira alrededor de un complejo y eficaz mecanismo de control, que es el Registro de la Propiedad.

El Registro nace cuando triunfa la burguesía liberal del XIX y la propiedad de la tierra cambia de manos a raíz de la desamortización. Es entonces cuando aparece el Registro de la Propiedad, con nuestra primera Ley Hipotecaria de 1861.

El Registro y la Ley Hipotecaria constituyen el instrumento técnico de legitimación jurídica de la nueva clase de propietarios. Se trata de grandes propietarios individuales y no de corporaciones, que acceden al Registro para oficializar su "status". Por eso, el propietario del siglo XIX tiene obsesión por la publicidad del Registro: allí quedan inscritos sus títulos, su propiedad oficialmente registrada, reconocida por todos, protegida "erga omnes"...

Años después, cuando políticamente ya no se discuta cuál es la nueva clase de propietarios y ésta se considere definitivamente asentada, entonces esos mismos propietarios inscritos empiezan a comprender que figurar en el Registro tiene también graves contrapartidas. El propietario inscrito está más expuesto al peligro del Fisco y de los acreedores. Es fácil detectar su riqueza y embargar sus bienes. Por eso tiene que haber otra salida para las grandes fortunas, alguna fórmula que combine mejor la seguridad con la opacidad.

276

Un subterfugio va a ser, muy pronto, ocultar la cabida real de las grandes fincas, registrándolas con una superficie muy inferior a la que tienen. Con ello sólo se trata de burlar al Fisco. No hay perjuicio para el propietario, que siempre podrá disponer de la finca como cuerpo cierto, expresando sus linderos, sin que así la variación de cabida altere el valor real de cambio, de acuerdo con el artículo 1.471 del Código civil. Por medio de un expediente reglamentario se facilita además la rectificación de los excesos de cabida. Estamos en el segundo Reglamento Hipotecario del año 1915...

Las técnicas de ocultación han evolucionado mucho desde entonces. Hoy día ya no se limitan a disimular tímidamente la dimensión de una finca. Ahora la propiedad se esconde por entero, cuando se trata de inmuebles con suficiente valor económico. Si el propietario del XIX, bastante acomplejado por los orígenes poco dignos de su dominio, buscaba el reconocimiento general de su derecho a través del Registro y sentía, como antes decíamos, ese ansia de publicidad dominical, el propietario de finales del XX, por el contrario, no

quiere aparecer él directamente en ningún registro oficial, en ningún censo, en ningún archivo público. Se esconde. Curiosamente busca la clandestinidad en lugar de la publicidad. Está sucediendo ahora que la verdadera titularidad dominical, la imputación última de la propiedad de los bienes se desconoce...

Antes era frecuente en las escrituras notariales indicar como profesión del compareciente la de "propietario", al consignar sus circunstancias personales. Pero ahora se emplean otras fórmulas. Lo de propietario ya no se estila. Nadie es ya de profesión propietario en una escritura pública. Esos propietarios han desaparecido.

Ahora la organización de la riqueza se parece a un gran tratado de álgebra, lleno de complejas operaciones, las de un tráfico jurídico en el que no es óbice que intervengan operadores desconocidos: basta representarlos por letras o signos, o siglas (tales como "S.A.", "S.L.", "B.V."...), y eso permite seguir operando como si se conociesen.

277

Con la etiqueta de sociedades mercantiles las grandes fortunas han conseguido esa patente de corso que buscaban. El Derecho civil de la propiedad, base de la tributación y de la responsabilidad en la organización social, apoyándose sobre múltiples limitaciones legales y capaz de tantos controles, ya no les afecta. Esa propiedad relativizada del Derecho civil queda para otros. Las clases que detentan la riqueza se han fugado del Derecho civil y actualmente residen en un barrio mucho más exclusivo, como es el Derecho mercantil, que siempre fue, a fin de cuentas, un "ius singulare", el Derecho privilegiado de una clase de comerciantes, y hoy, sin duda, también puede definirse como el Derecho privilegiado de una clase de propietarios.

En el fondo, la propiedad siempre tenderá por definición al espacio más seguro, allí donde pueda ejercerse, como decía el legislador napoleónico, de la manera más absoluta. Hoy ese refugio está detrás de un complejo entramado societario. A través de un complicado sistema de sociedades interpues-

tas y vinculadas se forma la barrera que aísla y protege al propietario actual, permitiéndole gozar y disponer con la mayor autonomía y del modo más absoluto, al abrigo de ese muro infranqueable. Hoy podemos dar al artículo 388 del Código civil esta nueva lectura, cuando nos habla con cierto sabor arcaizante (y tanta historia tras de sí) del derecho de todo propietario a cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas y setos vivos o muertos. Los espinosos setos y alambradas con que hoy se vallan —idealmente— las propiedades (las propiedades importantes) son sociedades mercantiles.

278 No sé si la vieja fórmula latina sobre el carácter omnipresente de la propiedad en todo grupo humano (“ubi societas, ibi propietas”) de las teorías iusnaturalistas, tiene o no suficiente fundamento, pero, desde luego, dándole la vuelta (“ubi propietas, ibi societas”), me parece, cuando menos, mucho más acorde con los tiempos que corren.

La gran ecuación entre sociedad y empresa, que ha sido hasta ahora uno de los postulados del Derecho mercantil, no es ya una relación biunívoca. Se ha desarticulado cuando en el esquema societario ha entrado “el tercer hombre”, que es el empresario individual, si bien, igual que el personaje de Harry Lime, interpretado por Orson Welles en la película de Carol Reed, no es fácil encontrarlo, porque se escapa a través de galerías subterráneas y no sale a la superficie.

La organización como sociedad o grupo de sociedades de la propiedad a secas, pone en solfa que el binomio entre sociedad y empresa siga siendo el eje del Derecho mercantil. Porque ¿dónde está la empresa en tantas sociedades patrimoniales, sociedades de mera tenencia de bienes que proliferan cada día? ¿Cómo reaccionan los mercantilistas ante esta absurda realidad de las sociedades mercantiles sin empresa?

Creo que ninguno se ha rasgado las vestiduras. La llamada moderna escuela española del Derecho mercantil, con el brillante lenguaje a que nos tiene acostumbrados, ha hablado de la “polivalencia funcional” de las sociedades anó-

nimas, e incluso alguno ha escrito: “la sociedad anónima está en proceso de convertirse en ‘simple técnica de organización’, aunque no se trate de la organización de una empresa”. A mí, la verdad, me escandaliza bastante esta actitud impasible de los mercantilistas frente a un problema que puede dar al traste con la concepción misma del Derecho mercantil como Derecho de la empresa.

A mi modo de ver, cuando las leyes mercantiles obligan a disolver la sociedad, cuando —como dice, por ejemplo, el artículo 260 LSA (aplicable también a las limitadas)— concluye la empresa que constituye su objeto, se está expresando la idea de que no es posible una sociedad mercantil sin empresa, o lo que es lo mismo, que las sociedades meramente patrimoniales —aparentes sociedades mercantiles— están fuera de la ley, constituyen un supuesto de simulación absoluta y, por tanto, de nulidad radical.

Reconozco que esta tesis puede chocar con importantes escollos. Uno es que las sociedades anónimas y limitadas —según la ley— tienen carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto, aunque bien pudiera entenderse que lo tienen cualquiera que sea la índole de la actividad empresarial que constituya su objeto. Se tropieza con otra dificultad, y es que, entre las causas de nulidad de la sociedad anónima que, con carácter de “*numerus clausus*” enumera el nuevo art. 34 de la Ley (fiel a la Directiva), no figura la simulación absoluta, aunque ello no impide entender —según RODRÍGUEZ ADRADOS— que la doctrina general de la simulación sigue siendo aplicable.

El problema de la simulación en la sociedad anónima se ha desenfocado, llevándolo al terreno de la sociedad unipersonal. Sin embargo, la posibilidad de sociedades con un solo socio (que tanto ocupa a la doctrina mercantilista) me parece a mí un problema menor. Lo importante no es una cuestión de número sino que la empresa, sea individual o colectiva, realmente exista, porque si no hay empresa no hay riesgo que justifique el privilegio de la forma anónima o limitada.

Por ello las sociedades meramente patrimoniales deben desterrarse de allí por completo, salvo que queramos cerrar los ojos a un “*fraus legis*” monumental.

Creo que es el momento de dar marcha atrás en la teoría de la persona jurídica, apostatando del dogma de la personificación, cuando se trata de sociedades mercantiles sin actividad empresarial. En ellas procederá siempre levantar el velo de la personalidad, aunque, a veces, más que un velo sea toda una guardarropía, si se opera con un grupo de sociedades vinculadas, que puede llegar a ser (en patrimonios importantes) un verdadero laberinto, imposible de recorrer, de sociedades interpuestas, con diferentes nacionalidades, en las que el dato de la nacionalidad de la persona jurídica se utiliza como mecanismo de selección de la normativa aplicable, para, al final, situar el centro de decisión fuera del alcance y radio de acción de la legislación aplicable en el territorio en que radican los bienes o se obtienen las rentas, ... y eso después de haber hecho escala intermedia en varios paraísos fiscales por el camino.

280

Hace unas semanas estuve en Marcial Pons, para ver qué novedades había que pudieran interesarme con relación a esta ponencia, y me quedé alucinado cuando encontré un libro, en la sección de Derecho mercantil, escrito por un detective privado o algo así, del año 1990, muy bien encuadernado, titulado “Manual del investigador mercantil”. Dos tomos... Creo que es bastante significativo.

Realmente, para proteger la riqueza, se crea una complicada trama y una compleja labor de ingeniería jurídica, urdida en los grandes bufetes, con corresponsalías en distintos países.

Frente a esta situación, la verdad, es difícil luchar. Pero la moral es lo último que se pierde. La batalla contra los privilegios de la clase dominante —como enseña Carlos Marx— hay que plantearla con realismo, haciendo un análisis concreto de la situación concreta. Hay un primer orden de medidas que afectan al plano de las Convenciones de Derecho

Internacional, y en particular en Derecho Fiscal Internacional, a los convenios de doble imposición. En un segundo orden, hay un conjunto de medidas a adoptar en el Derecho interno del Estado. Todas ellas deben conducir a un mismo objetivo: “Glasnost”. La consigna es la “Glasnost” en el Derecho de las sociedades mercantiles y, en particular, de las sociedades anónimas y limitadas. Esa es la gran divisa: “Glasnost” o transparencia.

Y si me permitís que siga un par de párrafos más en este tono de panfleto social y dialéctica de choque, o me lo permitís, por lo menos, los más nostálgicos, yo diría que la consigna pasa, en primer término, por el mantenimiento del “sistema de doble corporación” —anónima y limitada—, combatiendo cualquier tendencia britanizante hacia la descaracterización o neutralidad del tipo. Y dentro del sistema de doble corporación se primará sobre todo la opción tipológica en favor de la limitada, reivindicando de inmediato subidas sustanciales sobre la cifra de capital mínimo en la anónima concedida por el poder establecido, que deberá descalificarse siempre como insuficiente.

281

La consigna de transparencia pasa, en segundo lugar, por una mayor personalización de la sociedad limitada, pidiendo que vuelva a inscribirse en el Registro mercantil la transmisión de las participaciones sociales (con exención en el impuesto de AJD), Registro del que nunca debió dejárseles escapar.

Y en cuanto a la sociedad anónima, la “Glasnost” pasa por favorecer todo viento germanizante que la impulse hacia una situación tipológica de estatuto fuertemente administrativizado, próxima a la clásica “offene AG”, de manera que el anonimato de sus sujetos sólo se justifique por la masificación y lo insignificante de cada participación individual.

Y mientras siga existiendo la pequeña anónima, la consigna de “Glasnost” pasa por suprimir de inmediato el actual sistema de transmisión por endoso de las acciones nominativas representadas por títulos, derogando el actual art. 56.2

LSA, para sustituirlo por un sistema (hasta aquí quería llegar yo con mi dialéctica marxista), igual al que ha habido siempre, de necesaria intervención de fedatario público en esas transmisiones. De todas las consignas formuladas, y de todo lo que he dicho o pueda todavía decir en esta ponencia, esta medida es lo más importante de todo.

282 Con tantos aspectos y matizaciones que han quedado sin formular (por ejemplo, la conveniencia de exigir en la transmisión de acciones y participaciones sociales la incorporación al documento público transmisivo de algún tipo de balance expresivo de la composición patrimonial de la sociedad, en aras del art. 108 de la Ley del Mercado de Valores, e indicativo, derivadamente, del verdadero valor de lo transmitido), la "Glasnost" en las sociedades mercantiles debe, en suma, tener esta doble proyección: transparencia con relación al sujeto y transparencia con relación al objeto. Se me criticará, con razón, que, en cuanto al sujeto, no deja de haber bastante voluntarismo en todo lo que he dicho. Y en cuanto al objeto, aun cuando llegascis a convenir conmigo que, en efecto, a través de la doctrina de la simulación absoluta, del fraude de ley o de la penetración de la persona jurídica, no deben admitirse las sociedades mercantiles meramente patrimoniales, no deja de haber, pese a todo, mucha ingenuidad en esas palabras, pues la verdadera dificultad es la de detectar en la práctica cuándo se está en presencia de una sociedad meramente patrimonial, que es algo, desde luego, que sus estatutos no van a delatar.

En mi opinión, más que las cláusulas estatutarias con objetos sociales cuasi-omnicomprensivos y pseudo-inmobiliarios, no hay mejor pista que pueda descubrirnos la existencia de una sociedad meramente patrimonial que sus declaraciones periódicas en la liquidación del I.V.A. Si faltan declaraciones o en ellas se detectan largos períodos de inactividad, o unos Ivas repercutidos con importes muy dispares o en operaciones aisladas (el clásico "pelotazo"), que denotan, en suma, la falta de habitualidad y tipicidad características por definición

del empresario, habría indicios razonables para presumir la existencia de una sociedad meramente patrimonial, con las consecuencias jurídicas correspondientes.

Ligar el concepto técnico de transparencia fiscal con la legislación del I.V.A., me parecería un avance, superando así el limitado marco que actualmente tiene la transparencia fiscal en la Ley del Impuesto de Sociedades. Sería un buen camino a seguir, lástima que no se haya seguido por la nueva Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido recién aprobada. Desde una lógica de I.V.A., parecería congruente hacer entrar en transparencia fiscal a las sociedades arrendadoras de inmuebles, que no fuesen compañías de “leasing”, dado que tales arrendamientos están exentos de I.V.A., salvo el arrendamiento de local de negocios. Pienso que sería una solución sensata, pues un rentista no se confunde con un empresario, y con ello habríamos dado un paso de gigante en la lucha por la erradicación de las sociedades de mera tenencia de bienes.

283

Pero todavía habría que abordar otros aspectos. El más importante, que la transparencia fiscal no pudiera destruirse por la presentación de las declaraciones de I.V.A., cuando se trate de Ivas soportados y repercutidos por servicios prestados entre sociedades vinculadas del mismo grupo o sujetas a régimen de balance consolidado.

En definitiva, se trataría de que el legislador fiscal, mediante una acertada delimitación normativa de los supuestos de transparencia fiscal, con este instrumento en sus manos, guiase al resto del ordenamiento y en particular, al Derecho civil, sirviéndoles como una especie de zahorí, para detectar por debajo de cualquier estructura o entificación jurídico-formal aquellos dominios sumergidos que deben aflorar a la superficie y sujetarse al régimen de la propiedad común.

El actual Derecho tributario sobre transparencia fiscal dista mucho todavía de poder cumplir este objetivo. La regulación de la transparencia fiscal, hoy contenida en la Ley del

Impuesto de Sociedades, es bastante circunspecta y en cierto sentido incluso, contraproducente. En el régimen actual, por ejemplo, la transparencia cesa a partir de diez socios, por lo que la opacidad fiscal depende de constituir el suficiente número de sociedades interpuestas. Eso sí, claro está, pagando el coste correspondiente. La opacidad es una cuestión de precio.

284 Las técnicas de blindaje de propiedades individuales en el interior de complejos grupos de sociedades, y de otro lado, el fenómeno paralelo de fragmentación de la gran empresa en pequeñas sociedades a fin de diversificar sectorialmente los riesgos de la explotación, explican la paradoja actual de que en una época histórica, como la que nos ha tocado vivir, de progresiva concentración de la riqueza y enorme desempleo, sin embargo, proliferen cada día más las pequeñas sociedades. De pronto, asistimos a un crecimiento exponencial de su número, sin que ello suponga (no nos llamemos a engaño) una mayor difusión de la riqueza o alguna esperanza frente al paro, sino todo lo contrario. No dejará de ser quizá un consuelo —pienso— para quienes en este país están tan preocupados por la regresión demográfica y la escasez de nacimientos, que, al menos, en compensación, la población de personas jurídicas esté aumentando tanto y goce de tan favorables perspectivas.

La metáfora culta de la persona jurídica, cuyos primeros pañales fueron los doctos ropajes del Derecho canónico, sirvió a la inteligente burguesía del XIX para abandonar, una vez tomado el poder, los principios de igualdad entre los ciudadanos que antes había predicado, sin contradecirse consigo misma, pues los nuevos privilegios los restauraba no para sí, sino para otros sujetos sobrehumanos —las personas jurídicas— que, en el fondo, no eran sino ente-lequias clónicas de los nuevos hombres y familias dominantes. Sigue siendo así, y quizá no ha sido nunca de otro modo.

El panorama de la propiedad actual vuelve a ser el de un dominio dividido, como en épocas históricas, durante la Edad

Media y el Antiguo Régimen, en que frente al superior dominio del Señor, formal y espiritual, titularidad llamada de dominio directo, se contraponía la titularidad llamada de dominio útil, propia del colono, enfiteuta, feudatario o siervo, vinculados a la tierra, obligados al pago de gabelas, pecherías, censos y tributos.

Así hoy también, en cierto modo, podemos hablar de una suprapropiedad, que se ejerce a distancia, mediatizada por la interposición de una o una pluralidad de personas jurídicas, que permiten mantener inmóviles, perpetuas en los Registros las propiedades inscritas a su nombre, pero tan mano muerta como la de los “*pia corpora*” del pasado; una suprapropiedad con un régimen jurídico privilegiado.

Y frente a ella, la otra, la demás propiedad; la propiedad inferior. Esta es la propiedad que se rige por el Derecho civil, la propiedad de los infrapropietarios, sujeta sin posibilidad de escape al pago de impuestos y contribuciones. Fácilmente embargable por los acreedores. Con perfecto control oficial de cuándo, cómo y a quién se transmite, no eximiéndose tampoco del pago de laudemios, como el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y, sobre todo, el impuesto sucesorio cuando se hereda. Es una propiedad que obliga, con cargas, y con responsabilidades. Es, al mismo tiempo —como ha puesto de relieve mi maestro DÍEZ-PICAZO— una propiedad masificada, comprimida; cuyo sujeto también está ligado a ella por un vínculo real permanente que suele ser un préstamo hipotecario que le lleva media vida amortizarlo. Es la propiedad común, la propiedad del Derecho civil.

La suprapropiedad, en cambio, es otra cosa. El propietario no se llama así, se llama de un modo mucho más fino: accionista, socio, Consejero-delegado o, si se prefiere, en cualquier momento y a la más mínima, Junta General Extraordinaria Universal. Se rige por el Derecho mercantil, que es mucho más ágil, mucho mejor adaptado a las necesidades del tráfico y acorde con la flexibilidad que hay que tener en los tiempos modernos. Es una propiedad que, además, no paga

impuestos, faltaría plus, porque sabe Dios qué jeque, Estado o extraña isla tendría derecho a cobrarlos. Es una propiedad que no hay acreedor que la pille, inembargable, y que se vende y se hereda sin que se entere nadie (o más bien se vende, pues ya sólo heredan los pobres). Basta con endosar en blanco esos títulos que andan por alguna parte y anotarlos, cuando interese, en el libro guardado en la mesilla de noche. Es un chollo que se llama polivalencia funcional.

Pero ¿hasta cuándo, Catilina, deberá aguantar nuestra paciencia?, porque yo protesto. Protesto en serio.

LA NUEVA REGULACION DEL CONTRATO DE AGENCIA

JUAN MANUEL FERNANDEZ LOPEZ
ANGEL VICENTE ILLESCAS RUS
JOSE MANUEL MARTIN BERNAL
FRANCISCO JAVIER PUYOL MONTERO
MIGUEL M.^º RODRIGUEZ SAN VICENTE

Magistrados

287

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** REGULACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA POR LEY 12/1992, DE 27 DE MAYO. **1.** Concepto (art. 1). **2.** Ambito de la regulación (arts. 2 y 3). **3.** Contenido del contrato. **4.** Remuneración del agente (arts. 11 a 19). **5.** Prohibición de competencia (arts. 20 y 21). **6.** Formalización del contrato (art. 22). **7.** Extinción del contrato (arts. 23 a 30). **8.** Fuero judicial. (Disposición adicional). **9.** Disposición transitoria.

I. Introducción

No pretendemos en estas páginas realizar un estudio, ni siquiera somero del contrato de agencia, sino más bien, dar noticia, llamar la atención de una innovación legislativa que juzgamos relevante y que, sin embargo, y fuera del estrecho círculo de los especialistas, no creemos haya tenido la difusión, o haya calado con la suficiente profundidad.

288 Probablemente una de las mayores lagunas de nuestra denostada legislación mercantil sea la pobre regulación dispensada a los contratos de mediación, colaboración o gestión de negocios ajenos, que, por contra, en el mundo postindustrial en que vivimos y en el tráfico mercantil, se han visto enriquecidos con nuevas figuras, muchas de ellas de origen anglosajón, extrañas a nuestro ordenamiento latino. No en vano en la actualidad la preocupación empresarial en la fase de superproducción, sea la venta masiva, la liberación de stocks, la rotación de mercaderías, que resulta imposible llevar a cabo aisladamente por el fabricante o productor. A ello se une que algunos de estos contratos aparecen imbricados con los derechos de propiedad industrial (rótulos, marcas, nombres comerciales...) en un tiempo en el que la sugestión publicitaria ha gestado un consumidor que podríamos calificar de selectivamente "marquista". No importa tanto la utilidad, el servicio, incluso la calidad técnica del producto, ni, a veces el precio, sino su presentación o *package*, el poder captativo de su imagen de marca.

Es evidente que en el propio origen del Derecho mercantil la figura de la comisión tuvo un papel destacado. Por ello es el contrato al que el Código de Comercio le dedica una más extensa atención (59 artículos), superior a la prestada a los contratos de compraventa y sociedad anónima juntos. Encontramos en estos preceptos, la normativa de la representación mercantil y de los colaboradores del empresario, si bien esta regulación, en gran medida, ha sido derogada por

el Derecho laboral, en lo que hace a las relaciones *ad intra* entre colaborador y su principal.

Así como los ordenamientos de nuestro entorno, bien en sus Códigos originarios, bien en virtud de específicas disposiciones posteriores enriquecieron la tipología de los contratos de colaboración, en el nuestro y hasta la entrada en vigor de la ley que glosamos, sólo contábamos con la disciplina de la Comisión que por su minuciosa ordenación fue analógicamente aplicada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo para cubrir las lagunas que presentaban otros contratos de mediación atípicos, si bien en ciertos casos la transposición no era del todo correcta, ya que entre las diferentes figuras contractuales existen básicas diferencias conceptuales que no permiten sin más la remisión a los preceptos de la comisión. Si recordamos algunos de estos contratos podremos advertir con facilidad su transcendencia práctica. De modo que sorprende la marginación de la previsión legal y la escasa atención concedida a los mismos por la doctrina patria hasta fechas recientes. A los contratos tradicionales de comisión, mediación o corretaje y agencia, hoy se unen los de concesión, distribución, franquicia (*franchising*), *merchandising*, *engineerig*, ... Sin exageración podemos afirmar que en el tráfico contemporáneo y en la circulación de bienes la clásica estructura del contrato de compraventa cede ante el creciente interés de estos contratos atípicos.

Otra razón de peso que les sitúa en el primer lugar de la atención legislativa y doctrinal, es su estrecha vinculación con la problemática del derecho de la competencia. Tanto el Tribunal de Luxemburgo cuanto el Derecho comunitario derivado, se han enfrentado con ellos desde los orígenes del entonces Mercado Común, disciplinándolos por vía de Reglamento que, como sabemos, resulta de inmediata y directa aplicación. El desconocimiento en la práctica de esta normativa comunitaria (vrg. Reglamento de exención por categorías) ha motivado que en nuestra praxis forense no conozcamos resoluciones fundadas en la misma, con honrosa

excepción del Tribunal de Defensa de la Competencia, por ejemplo, en recientes decisiones sobre el contrato de franquicia y frente al importante planteamiento de cuestiones prejudiciales por Tribunales extranjeros. Baste recordar, en tal sentido, la formulada por los Tribunales alemanes en el famoso caso "*Pronuptias*", en torno al contrato de franquicia.

Una vez más ha sido el compromiso comunitario el que ha llevado al legislador a ocuparse del contrato de agencia. Se constata así que, el margen de los beneficios político-económicos de nuestra adhesión, resulta un tremendo valor añadido la constante modernización de nuestro ordenamiento, sobre todo mercantil, colocándolo a la hora de las más avanzadas legislaciones europeas y siendo su único inconveniente, si bien ineludible, su aceleración, viéndonos impotentes para asumir el acerbo comunitario y la intensa profusión legislativa que nos inunda y que exige ya, como premisa esencial de su conocimiento, la especialización profesional.

290

El Derecho requiere reposo y sosiego y cuando las aguas se serenen y haya transcurrido el tiempo preciso para poder madurarlo e internalizarlo, podremos advertir, ya en la distancia, la transcendencia de la innovación ordinamental, *rectius* revolución, en la que hoy y por ahora, estamos inmersos.

II. Regulación del contrato de agencia por Ley 12/1992, de 27 de mayo

La incorporación al Derecho español de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, requería regular adecuadamente la figura del agente comercial independiente y con excelente criterio el legislador ha aprovechado la ocasión para proceder a normar, *ex novo*, el contrato de agencia, ausente de nuestro Código de Comercio y lo ha hecho en una legislación básicamente imperativa, signo de nuestro tiempo, frente al carácter dispositivo del Código de Comer-

cio, gestado en armonía con la ideología demoliberal, entonces prevalente.

1. Concepto (art. 1).

Comienza el art. 1.º por definir el contrato de agencia como aquél por el que “una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”.

Esta descriptiva definición nos parece acertada. Suele decirse que no es misión de las leyes definir, tarea destinada a la doctrina, sino dictar mandatos imperativos. No participamos de esta opinión y mucho menos en este caso por tratarse de un nuevo contrato que se viene a tipificar en nuestro ordenamiento *ex novo* y por ser una figura de contornos difusos en relación con los otros contratos de colaboración. Adopta en su concepto el legislador una postura amplia y flexible. El agente puede promover o promover y concluir cualquier tipo de actos u operaciones de comercio, distanciándose así de otras legislaciones en la que el objeto del contrato son operaciones de venta y compra de mercancías. En este orden lógico se dice en la Exposición de Motivos de la Ley: “Aspecto particularmente importante es el relativo a la delimitación del objeto de esa actividad de promoción negocial. La Directiva lo fija en la venta o la compra de mercancías. Sin embargo, este criterio parece demasiado estrecho, razón por la cual se ha sustituido esa referencia por otra más amplia, el agente se obliga a promover o a promover y a concluir actos u operaciones de comercio.

La tradición de esta expresión —que utiliza nuestro Código de Comercio al tratar de la comisión— contribuye a

una inserción más clara y terminante de la agencia entre los contratos mercantiles de colaboración.

Por otra parte, no se exige que ese acto o esa operación de comercio recaiga, a su vez, sobre mercancías. El acto u operación de comercio que el agente promueve puede estar dirigido a la circulación de mercancías o, más genéricamente, a la circulación de bienes muebles y aun de servicios.”

292 Sobre la base de la noción de intermediario independiente se añade la nota que define su actuación, el carácter estable o continuado de la misma, frente al esporádico comisionista o mediador. Su actividad puede ser de mera promoción o estrictamente jurídica (contratación), mientras que lo que caracteriza al comisionista es la conclusión de negocios jurídicos (contrata por cuenta de otros) y al mediador o corredor, que simplemente aproxima. Parece ser esencial y ello constituye una cierta novedad, la remuneración, frente al carácter naturalmente gratuito del mandatario civil (art 1.711 del Código civil) y *naturalmente remunerado del Comisionista mercantil* (art. 277 del Código de Comercio). Así se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos: “el último elemento de la definición es el carácter retribuido del agente. La definición ofrecida por la Directiva no contiene una referencia precisa a este extremo, pero se deduce expresamente de ella al excluir de su ámbito a los agentes no remunerados. Ha parecido preferible incluir esta característica en el primer artículo de la Ley”.

La nota central de su actuación es hacerlo por cuenta ajena al igual que el comisionista y el mediador a diferencia del concesionario, del distribuidor y del franquiciado. Pero cuando concluye actos de comercio, debe hacerlos en nombre del principal. Es decir, que si contrata, lo hará en nombre y por cuenta de su principal, a diferencia del comisionista que “podrá desempeñar la comisión contratando en nombre propio o en el de su comitente” (art. 245 del Código de Comercio).

2. Ambito de la regulación (arts. 2 y 3).

Los artículos 2 y 3 de la Ley contienen dos exclusiones:

a) No se consideran agentes los representantes y viajantes de comercio dependientes ni en general las personas que se encuentran vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan.

Uno de los más espinosos temas del orden jurisdiccional social fue la delimitación de la frontera entre el viajante y el mediador mercantil que se originó en torno al viejo art. 6 de la Ley de Contrato de Trabajo y que dio lugar a diferentes regulaciones que en sus primeras versiones partieron del error de creer que la diferencia se encontraba en que en el ámbito laboral, el viajante no respondía del riesgo y ventura de las operaciones, ignorando que tampoco responde el mediador mercantil salvo en el extraño supuesto de la comisión o agencia de garantía. La vigente regulación laboral (R.D. 1438/85, de 1.º de agosto) y en esta línea el art. 2.º de la Ley que comentamos, centra la cuestión en sus justos términos, la diferencia está en la relación de dependencia del primero, en su sujeción al poder de dirección del empresario, mientras que tal vinculación no existe en el agente, empresario independiente, si bien dedicado al negocio de mediación que organiza sus propios factores de producción y que aun cuando debe seguir las instrucciones de su cliente, no al extremo de que interfieran en la organización del propio negocio ni limiten su independencia. Tales instrucciones suelen ser indicativas ya que precisamente se le contrata por su buen conocimiento del mercado y del medio en que se desenvuelve.

Pero todas estas reflexiones de contenido teórico pueden ser difíciles de aplicar en concretos y complejos supuestos prácticos, por eso acertadamente establece el legislador en el art. 2.2 una presunción *iuris et de iure*, "Se presumirá que existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no

pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios”.

b) La presente Ley no será de aplicación a los agentes que actúan en mercados secundarios oficiales o reglamentados de valores, que por la peculiar naturaleza de las operaciones en que intervienen están sometidos a la mucho más rígida disciplina de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988.

3. Contenido del contrato.

3.1. *Formas de actuación del agente (arts. 5 a 8).*

294

a) Se requiere que la realice el agente por sí mismo o por medio de sus dependientes, prohibiéndose específicamente la subcontratación que requerirá autorización expresa del empresario, respondiendo del agente, si lo designa, por culpa *in eligendo*. Regulación semejante a la del comisionista (arts. 261 y 262 del Código de Comercio) y que difiere sensiblemente de la contenida en el art. 1.721 del Código civil para el mandatario que puede “nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido”, estableciendo una sanción radical, “Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo” y restringiendo la responsabilidad del mandatario, cuando se le dio la facultad de nombrar sustituto, “sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente”. El diferente trato va relacionado con el carácter retribuido y profesional del mediador mercantil.

b) Siempre actúa por cuenta ajena, pero podrá hacerlo en nombre del empresario, cuando tenga atribuida esta facultad. Voluntariamente renuncia el legislador a regular en esta norma los problemas de la representación mercantil. Pone de relieve la Exposición de Motivos: “no entra la Ley, sin embargo, en la consideración de la fuente del actuar representativo para la conclusión de los actos y operaciones de

comercio promovidos por el agente, materia que queda confiada a los principios generales de representación". Habrá, en consecuencia, de tener en cuenta lo prevenido en los arts. 284 a 287 del Código de Comercio.

c) Salvo pacto en contrario el agente puede desarrollar su actividad por cuenta de varios empresarios, pero necesitará consentimiento del empresario con quien haya celebrado un contrato de agencia para ejercer por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario una actividad profesional relacionada con bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquellos cuya contratación se hubiera obligado a promover. De lo que se desprende que tal consentimiento no será preciso para actividades o servicios distintos o no competitivos.

d) Está facultado el agente para exigir en el acto de la entrega el reconocimiento de los bienes vendidos o para efectuar el depósito judicial de dichos bienes en el caso de que el tercero, rehusara o demorase sin justa causa su recibo. Precepto necesario por cuanto estos bienes son en principio de propiedad ajena y no siendo él dependiente del empresario o principal.

295

3.2. *Obligaciones del agente (art. 9).*

Ha de actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúa.

a) Su módulo de diligencia es el del ordenado comerciante y ha de ocuparse de la promoción y, en su caso, de la conclusión de las operaciones que se le hubiere encomendado.

b) Comunicar al empresario toda la información que disponga necesaria para el desarrollo de su función, destacando, en particular, la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de ejecución.

c) Desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones

razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia. Es de destacar el calificativo de “razonable”. Se ha de recordar que *reasonable*, es un concepto jurídico indeterminado del que hace un uso abundante la jurisprudencia anglosajona.

d) Recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamación de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los servicios pactados, como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiera concluido, ello aun cuando en su actividad promocional hubiere actuado en propio nombre, superando así la concepción clásica de la representación indirecta, en la línea de la jurisprudencia de intereses y facilitando la efectividad de la moderna tendencia fautora de la responsabilidad del fabricante, y e) llevar una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúa, en aras de la exigible transparencia en su actividad.

296

3.3. *Obligaciones del empresario (art. 10).*

Deberá actuar lealmente y de buena fe:

a) Poner a disposición del agente, con la antelación suficiente y cantidad apropiada los muestrarios, tarifas, catálogos y demás documentos necesarios para el ejercicio de la profesión.

b) Procurar el agente todas las informaciones necesarias para el ejercicio del contrato de agencia, y en particular, a advertirle desde que tenga noticias cuando prevea que el volumen de operaciones va a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiere podido esperar.

c) Satisfacer la remuneración pactada. A diferencia de la comisión, la agencia es un contrato esencialmente remunerado.

Dentro del plazo de quince días, el empresario deberá comunicar al agente la aceptación o el rechazo de la opera-

ción comunicada. Se fija de este modo un plazo claro y breve para el supuesto muy frecuente en la práctica mercantil de “venta salvo aprobación de la casa”.

Asimismo, deberá comunicar dentro del plazo más breve posible, habida cuenta de la naturaleza de la operación, la ejecución total, parcial o inejecución de ésta.

4. Remuneración del agente (arts. 11 a 19).

4.1. *Sistemas de remuneración.*

Al ser éste uno de los puntos más conflictivos el legislador se ha esforzado por suministrar una normativa muy detallada de la distintas posibilidades de configuración de esta obligación del empresario.

Admite ampliamente cualquier sistema de remuneración: cantidad fija, comisión o una combinación de los anteriores sistemas.

297

En defecto de pacto, se acudirá a el uso de comercio normativo del lugar donde ejercite el agente su actividad y si no existiera, percibirá la retribución que fuere razonable teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación. Previsión que no encontramos en el art. 271 del Código de Comercio en relación con la comisión.

Se reputa comisión cualquier elemento de la remuneración que sea variable según el volumen o el valor de las operaciones promovidas.

4.2. *Remuneración por comisión.*

a) Por actos o contratos concluidos *durante la vigencia del contrato.*

Siempre que concurren alguna de estas circunstancias:

a) Que la operación se haya concluido como consecuencia de la intervención profesional del agente.

b) Que se haya concluido con una persona respecto de

la cual, el agente hubiere promovido y, en su caso, concluido con anterioridad una operación análoga.

c) Del mismo modo se regula el concepto de comisión indirecta. Si el agente tuviera la exclusiva para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas tendrá derecho a la comisión si se concluye la operación durante la vigencia del contrato, aunque la operación no haya sido promovida ni concluida por el agente.

b) Por actos u operaciones *concluidos con posterioridad a la extinción del contrato*.

Si concurre alguna de estas circunstancias:

a) Que la operación se deba principalmente a la actividad desarrollada por el agente durante la vigencia del contrato, siempre que se hubiere concluido dentro de los tres meses siguientes a partir de la extinción del contrato.

298 b) Que el empresario o el agente hayan recibido el encargo o pedido antes de la extinción del contrato, siempre que el agente hubiere tenido derecho a percibir la comisión de haberse concluido la operación durante la vigencia del contrato. Consecuentemente no tendrá derecho a la comisión del agente por operaciones concluidas durante el contrato de agencia, si dicha comisión correspondiera a un agente anterior, salvo que fuese equitativo distribuir la comisión entre ambos agentes.

c) *Devengo de la comisión*.

Se devengará en el momento en que el empresario hubiera ejecutado o hubiera debido ejecutar el acto u opción de comercio o éstos hubieran sido ejecutados total o parcialmente por el tercero.

d) *Derecho de información del agente*.

No han faltado en la doctrina científica autores que han puesto de relieve los aspectos parasocietarios existentes en los contratos de colaboración en cuanto promoción de un fin

común. La atribución de este derecho al agente puede explicarse en esta línea de pensamiento y, a no dudar, servirá en la práctica para liquidar las relaciones contractuales de las partes.

Deberá el empresario entregar al agente una relación de las comisiones devengadas por cada acto u operación, el último día del mes siguiente al trimestre natural en que se hubiere devengado, en defecto de pacto que establezca un plazo inferior. En la relación se consignarán los elementos esenciales en base a los que haya sido calculado el importe de la comisión. Como limitación al principio de secreto de la contabilidad del art. 32 del Código de Comercio, el agente tendrá derecho a exigir la exhibición de la contabilidad en los particulares necesarios para verificar todo lo relativo a las comisiones.

e) Pago de la comisión.

299

No más tarde del último día del mes siguiente al trimestre natural en el que se hubiera devengado, salvo que se hubiera pactado pagarla en un plazo inferior.

f) Pérdida del derecho a la comisión.

Si el empresario prueba que la operación concluida por intermediación de aquél entre éste y el tercero no ha sido ejecutada por circunstancias no imputables al empresario, la comisión que hubiere percibido el agente a cuenta del acto pendiente de ejecución deberá ser restituida inmediatamente al empresario. Se ha de advertir que el *onus probandi* se impone al empresario.

g) Reembolso de gastos.

Salvo pacto en contrario, el agente no tendrá derecho al reembolso de los gastos que le hubiere originado el ejercicio de su actividad profesional. Consecuencia obvia de la calificación del agente como empresario independiente que asume los gastos de la organización y explotación del propio negocio.

Disposición contraria a la contenida en el art. 278 del Código de Comercio para el contrato de comisión. Curiosamente el R.D. 1438/85, de 1 de agosto en su art. 8, 5.º en relación con el representante laboral admite el pacto por el que las indemnizaciones por gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral del trabajador puedan ser asumidas por éste, siempre que tal circunstancia sea tenida en cuenta en la determinación de la retribución finalmente percibida.

h) Garantía.

El carácter excepcional y gravoso de esta cláusula hace que el legislador, si bien considera posible que así se pacte en relación con todas o con algunas de las operaciones, asumiendo el riesgo y ventura el agente, requiere que se formalice por escrito y con expresión de la comisión a percibir. Entendemos debe referirse a una especial comisión de garantía.

300

No podemos por menos de acoger favorablemente la pormenorizada regulación del controvertido derecho del agente al percibo de comisiones. Inspira al legislador el propósito de introducir transparencia en las relaciones con el deseo de restablecer el equilibrio contractual y de proteger a la parte que se estima más débil, el agente, que subyace en muchas disposiciones de esta ley.

5. Prohibición de competencia (arts. 20 y 21).

Podrán las partes pactar una restricción o limitación de las actividades profesionales del agente *una vez extinguido el contrato*, con un *límite temporal de dos años* a contar desde la extinción del contrato de agencia y si éste se hubiera pactado por un tiempo menor, el pacto de limitación de competencia no podrá tener una duración superior al año. Exige el precepto que el pacto se formule por escrito para su validez y sólo podrá extenderse a la zona geográfica o a ésta y al

grupo de personas confiadas al agente, pudiendo afectar únicamente a la clase de bienes o servicios objeto de las operaciones promovidas o concluidas por el agente. Persigue este pacto evitar la posibilidad de desviación de clientela por parte del agente, concluido el contrato.

6. Formalización del contrato (art. 22).

Aun cuando el contrato de agencia no se sustrae al principio de libertad de formas vigente en nuestro ordenamiento, con las excepciones indicadas (agencia de garantías y prohibición de competencia) las partes podrán exigirse en cualquier momento la formalización por escrito.

7. Extinción del contrato (arts. 23 a 30).

Regulado el devengo de la comisión, disciplina el capítulo III de la Ley el otro gran tema conflictivo que en la práctica suele suscitar el contrato de agencia, las divergencias que surgen en el momento extintivo que si pueden tener lugar en todo contrato de tracto sucesivo, revisten peculiar problematicidad en el que comentamos ya que subyacen, como se ha aludido, elementos parasocietarios que, en alguna medida, se asemejan a la liquidación de sociedades o a la extinción de la relación laboral, en cuanto que con la actividad del agente se han generado plusvalías que integrarán el fondo de comercio, en forma de expectativas de clientela, debidas a su actividad profesional que habrá que valorar adecuadamente y que sin normativa alguna no resulta nada fácil. Por otro lado, el legislador encara otra cuestión no resuelta de modo satisfactorio en nuestro ordenamiento, cual es la extinción del contrato indefinido por denuncia unilateral.

7.1. *Duración del contrato.*

Puede pactarse por tiempo determinado o indefinido pero, si no se ha fijado una duración determinada, se entiende que se ha pactado por tiempo indefinido.

7.2. *Extinción del contrato por tiempo determinado.*

Se extinguirán por cumplimiento del término pactado. No obstante, si continúan siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se considerarán transformados en contratos de duración indefinida. Disposición que va más allá de la mera tácita reconducción por igual período al pactado y que suele ser la normal en el ámbito civil y que se asemeja más bien a la regulación existente en el Derecho laboral.

302

7.3. *Extinción del contrato por tiempo indefinido: el preaviso.*

Se extinguirá por *denuncia unilateral* de cualquiera de las partes mediante *preaviso por escrito*. Solución propia de los contratos de colaboración basados en la mutua confianza pero que se matiza en el sentido de que no puede ejecutarse extemporáneamente.

El plazo de preaviso será de *un mes para cada año de vigencia del contrato con un máximo de seis meses*. Si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes. Norma que, a no dudar, introduce una gran seguridad en estas relaciones jurídicas.

El requisito del preaviso permite, si la denuncia procede del agente, al empresario disponer del tiempo necesario para buscar otro agente que le sustituya, y si lo es del empresario, posibilita también al agente para reorganizar su negocio.

Las partes podrán pactar mayores plazos de preaviso sin

que el plazo para el preaviso del agente pueda ser inferior, en ningún caso, al establecido para el preaviso del empresario. Se destaca continuamente en la Ley el carácter presente en el orden social de norma mínima y tuitiva de la parte más débil. La Ley va trazando un mínimo de protección, de-jando a las partes la facultad de ampliar el marco pautado y sin posibilidad de reducirlo. Salvo pacto en contrario, el final del plazo de preaviso coincidirá con el último día del mes.

Para la determinación del plazo de preaviso de los contratos por tiempo determinado que se hubieran transformado por ministerio de la ley en contratos de duración indefinida, se computará la duración real del contrato.

7.4. *Excepciones a las reglas anteriores.*

Cada una de las partes de un contrato de agencia por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, en los siguientes casos:

a) Cuando la otra parte hubiere incumplido total o parcialmente, las obligaciones legales o contractualmente establecidas.

b) Cuando la otra parte hubiere sido declarada en estado de quiebra o admitida a trámite sin solicitud de suspensión de pagos.

En tales casos se entenderá que el contrato finaliza a la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad y causa extintiva.

El preaviso alcanza su sentido en los supuestos de cumplimiento correcto por ambas partes, pero carece de él, en los casos de incumplimiento total o parcial de las obligaciones por una de las partes.

En cuanto a los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales pendientes de ejecución, la doctrina admite sin dificultad los efectos resolutorios (art. 1.124 del

Código civil) en relación con los contratos basados en la confianza y entre ellos la comisión (art. 909 - 4.º del Código de Comercio). Lo que implica una novedad destacada es atribuir tales efectos a la providencia de admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos ya que tal declaración no solía afectar a los contratos *in executione*.

Por contraste, piénsese que sólo es causa legal de disolución de la sociedad anónima, la quiebra “cuando se acuerda expresamente como consecuencia de la resolución judicial que la declara” (art. 260 T.R.L.S.A.) y no lo es, en principio, la suspensión de pagos por consecuencia de la propia esencia de la institución tendente a la conservación de la empresa. Pero ello trae causa de los aspectos de derecho de personas que subyacen en el contrato de sociedad.

7.5. *Extinción por causa de muerte.*

304

El contrato de agencia se extinguirá por muerte o declaración de fallecimiento del agente. No se extinguirá por muerte o fallecimiento del empresario, aunque puedan denunciarlo sus sucesores en la empresa con el preaviso que corresponda. Solución semejante a la adoptada por el Código de Comercio (art. 280) y que difiere de la prevista en el art. 1.732 del Código civil para el contrato de mandato, que se extingue por muerte del mandante o mandatario y que encuentra su fundamento en el aludido principio de conservación de la empresa. La moderna doctrina científica pone de relieve que en las actuales relaciones industriales el clásico *intuitu personae*, viene siendo sustituido por el *intuitu tabernae*. No se basa tanto en la confianza de la persona física del empresario, sino más bien en la de la organización empresarial que trasciende y sobrevive a la desaparición física de éste.

A la muerte de la persona física habrá de equipararse la liquidación de las personas jurídicas.

7.6. *Indemnización por clientela.*

Cuando se extingue el contrato de agencia por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiere aportado nuevos clientes o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta efectivamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierde o por las demás circunstancias que concurran y que procederá aun cuando el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente.

Dicha indemnización no podrá exceder en ningún caso del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior.

Una vez más y ante la dificultad de los supuestos que en la práctica pudieran darse remite el legislador a un concepto jurídico indeterminado, hondamente arraigado en la jurisprudencia anglosajona la *equity*, la indemnización procederá cuando resulte *equitativamente procedente*.

305

7.7. *Indemnización por daños y perjuicios.*

Al margen de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada hayan causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato.

No parece muy correcto técnicamente, en relación con un contrato de duración indefinida, hablar de extinción anticipada. Pudiera el legislador haber matizado más la indemnización de daños y perjuicios, en el sentido como lo hace el

Derecho belga al regular el contrato de concesión y que prevé la indemnización por inversiones o por gastos de establecimiento y la derivada de obligaciones laborales. En cualquier caso habrá que excluir en este caso la relativa a lucro cesante que parece corresponder a la indemnización por clientela.

7.8. Supuestos de inexistencia del derecho de indemnización.

El agente no tendrá derecho a la indemnización por clientela o de daños y perjuicios.

a) En los supuestos de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente.

b) Cuando el agente hubiese denunciado el contrato, salvo que la denuncia tuviese como causa circunstancias imputables al empresario o se fundaran en la edad, invalidez o la enfermedad del agente y no pudiese exigirsele razonablemente la continuidad de sus actividades.

c) Cuando, con el consentimiento del empresario, el agente hubiese cedido a un tercero los derechos y obligaciones de que sea titular en virtud del contrato de agencia.

7.9. Prescripción (art. 4.º y art. 31).

La acción para reclamar la indemnización por clientela o la de daños y perjuicios prescribirá al año a contar desde la extinción del contrato. Se pretende así la pronta liquidación de las relaciones extinguidas, señalando el plazo anual previsto para las obligaciones extracontractuales *ex culpa aquiliana* (art. 1.968 del Código civil).

No deja de sorprender que el art. 4.º de la Ley ordene que salvo disposición en contrario de la presente Ley, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de agencia se regirá por las reglas establecidas en el Código de

Comercio. Cuando en lo relativo al plazo, tal mención no se contiene en el Código de Comercio por la mencionada razón de que el contrato de agencia no se encuentra disciplinado en el mismo. Si a lo que está aludiendo el precepto es a las reglas generales de la prescripción, sobra, pues nadie puede dudar de la naturaleza mercantil del contrato de agencia, básicamente interempresarial y por tanto sometido al Código de Comercio (art. 2.º del Código de Comercio). ¿Habría que entender que el plazo de prescripción no es el general de 15 años (art. 1.964 del Código civil por remisión del art. 943 del Código de Comercio), sino el de los 3 años que el Código de Comercio establece en su art. 945 para la responsabilidad de los agentes de Bolsa, corredores de comercio o intérpretes de Buques en las obligaciones que intervengan por razón de su oficio y el art. 1.967.1 del Código civil para los agentes y curiales? Parece que se ha de responder afirmativamente, pero hubiera sido deseable una mayor claridad en la norma en un tema tan transcendente.

307

Con mejor criterio y ante los problemas de interpretación que el art. 944 del Código de Comercio suscita en punto a la interrupción de la prescripción, el art. 89 de la Ley Cambiaria y del Cheque optó por la remisión al art. 1.973 del Código civil.

8. Fuero judicial. (Disposición adicional).

En tanto el legislador no se decida a prohibir de nuestro ordenamiento la sumisión como regla general en la determinación de la competencia territorial (art. 56 de la L.E.C.), y como expresión de su actual de signo contrario, establece en su disposición adicional un fuero imperativo, la competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al Juez de domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario. La misma solución se adoptó en relación con el contrato de seguro (art. 24 de la Ley de Contratos de Seguro). Ignoramos las razones de

técnica legislativa que han llevado a ubicar el precepto en una disposición adicional.

9. Disposición transitoria.

Hasta el día 11 de enero de 1994 los preceptos de la presente Ley no serán de aplicación a los contratos de agencia celebrados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor.

Resulta anómalo en sede contractual la aplicación retroactiva de una norma a las relaciones jurídicas pactadas con anterioridad a su entrada en vigor, tras un período de *vacatio legis*. Responde a las peculiaridades del Derecho comunitario. Ahora bien, así como hubo que adaptar las sociedades anónimas a la nueva normativa, tal no sucederá, al menos *ex lege*, con los contratos de agencia. Cabe imaginar que la aplicabilidad de esta Ley a los contratos anteriores a su vigencia, celebrados al amparo de la libertad de pactos (art. 1.255 Código civil), planteará problemas de no fácil solución.

CIENCIA JURIDICA, ESTUDIOS JURIDICOS Y DERECHO ROMANO, HOY

RAMON P. RODRIGUEZ MONTERO

*Prof. Titular de Derecho Romano
Universidad de La Coruña*

309

SUMARIO: 1. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS Y LA CONDICIÓN DE JURISTA EN NUESTROS DÍAS. 2. FINALIDAD DE LOS ESTUDIOS JURÍDICOS. NECESIDAD DE UNA NUEVA ORIENTACIÓN DEL DERECHO Y DEL DERECHO ROMANO: PLANTEAMIENTO Y PRESUPUESTOS PREVIOS. 3. EL DERECHO ROMANO EN EL MARCO DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS: INTERÉS, PERSPECTIVAS Y POSIBILIDADES.

1. La situación actual de las Ciencias Jurídicas y la condición de jurista en nuestros días

En la actualidad asistimos a un proceso de profundas transformaciones a todos los niveles. Así, por ejemplo, en el campo tecnológico se ha desarrollado un excepcional cambio

que, habiéndose iniciado en la década de los años sesenta, ha dado lugar a la aparición de un nuevo paradigma económico. Este nuevo marco económico general está forzando a las empresas a desarrollar progresivamente un enfoque mucho más orientado al mercado y, dada la dinamicidad de éste, al reajuste de sus estructuras y procedimientos hacia esquemas mucho más flexibles y eficaces que los anteriores, así como mejor dotados para enfrentarse a la incertidumbre y el riesgo (1).

También, a nivel político y social se han venido, y se vienen, produciendo innumerables transformaciones que, a ritmo vertiginoso, han alterado radicalmente las coordenadas en que hasta ahora se movían los esquemas políticos y sociales tradicionales. Así, con carácter general, es notorio, por ejemplo, el antagonismo exasperado con que se plantea en la actualidad la relación Estado-individuo, que provoca situaciones de tensión y se expresa en un sentimiento, cada vez más arraigado, de extrañeza por parte del sujeto ante el fenómeno del poder político, que se convierte con suma facilidad en hostilidad, adoptando una actitud no ya sólo defensiva, sino agresiva, contra lo que considera una injusta transgresión del ámbito privado (2).

Es evidente, por tanto, que existe una conflictividad entre los cuerpos organizados e interpersonales. La crisis se encuentra en la idea misma del Estado y en el acelerado cambio social a que asistimos (3), que provocan la demanda de una serie de respuestas adecuadas como soluciones para salir de esa crisis. Al respecto, el Derecho aparece como cauce necesario cuya función básica se concreta en tratar de servir y regular la realidad social a que acompaña, teniendo como fin último la búsqueda de la justicia material.

(1) QUINTAS, *Educación y cambio tecnológico en el tránsito hacia el próximo milenio*, Lección inaugural, Curso 91-92, Univ. de La Coruña, p. 12, 14 s.

(2) PEÑALVER, "Concepciones romana y moderna del Derecho", en *Est. homenaje a Juan Iglesias II* (1988), p. 1006 s.

(3) TORRENT, "El Derecho Romano como instrumento para la crítica del Derecho positivo", en *Est. homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo I* (1988), p. 759.

Por lo que se refiere al fenómeno jurídico, es opinión común en nuestros días, reflejada en los escritos que se ocupan del mismo desde una perspectiva global, la que se sustancia en la convicción de que también existe una profunda crisis que afecta a la Ciencia Jurídica y al mismo Derecho. Esta situación, que viene siendo denunciada a lo largo de nuestra época, y que se propone como la clave interpretativa de la realidad histórica que vivimos, se concreta en una serie de factores que conducen al convencimiento de que la misma se expresa en lo que D'Ors ha definido como "vulgarismo jurídico moderno", entendiendo por "vulgar" la pobreza de técnica, el reduccionismo conceptual, el rebajamiento de nivel dogmático, siendo un fenómeno asimilable al que se produjo en la época postclásica del Derecho Romano, caracterizada por el utilitarismo, la trivialización de la enseñanza y el desprecio por todo aquello que no presentase una utilidad directa (4).

311

Efectivamente, la conflictividad que se plantea entre los diversos cuerpos que integran el ámbito social, así como el cambio sufrido por éste, han provocado en algunos casos la petición de legislación, dando lugar a una "inflación legislativa", es decir, a una proliferación continua e indiscriminada de normas jurídicas particulares, dictadas para cada caso en concreto, así como de actos equiparados, de difícil introducción en un sistema jurídico preordenado y capaz de ofrecer una serie de principios generales utilizables; en otros casos, en una serie de áreas, en las que también falta una reglamentación legal, la praxis operativa, contractual o jurisprudencial, ha sido la que ha formado el precepto, declinando el mito de las tipificaciones en especies legales (5).

(4) D'Ors, *Escritos varios sobre el Derecho en crisis* (1973).

(5) En los últimos tiempos, se puede constatar un proceso curioso que tiende a difuminar la diferencia que tradicionalmente se viene estableciendo entre el *Civil law* y el *Common law*, al invertirse los factores con que venían operando ambos sistemas. Así, mientras que en el primero está declinando el mito de las tipificaciones legales, en el segundo, la producción del Derecho a través del proceso tiende a ser integrada

Esta circunstancia conduce a que, en muchas ocasiones, existan dificultades al tratar de identificar la norma aplicable al caso concreto. Derrumbado el mito del Código como depósito de reglas y valores constantes y duraderos, por quedar desfasados sus viejos preceptos, al haber sido superados por los nuevos intereses de la sociedad postindustrial en que vivimos, se ha pretendido resolver las nuevas situaciones planteadas acudiendo continuamente a introducir en los viejos Códigos frecuentes leyes especiales, de forma coyuntural y poco técnica, perdiéndose de esta manera la perfección en la articulación del Derecho privado (6).

Nos encontramos, por consiguiente, ante la que ha sido calificada como “época o edad de la descodificación”, caracterizada por la situación normativa fragmentaria y desorgánica. El ordenamiento jurídico se presenta como un sistema no cerrado, no cierto ni predeterminado en sus reglas de conducta, sino que tiende constantemente a buscar horizontes nuevos y cada vez más amplios, haciendo necesaria, por tanto, la reconstrucción de un nuevo sistema que se pueda constituir en ordenamiento y que sirva a la realidad para la que nace. En este sentido, cabe resaltar la importancia de la intervención del jurista-intérprete, con un conocimiento profundo y pleno de las reglas generales y de los principios que presiden el ordenamiento, tanto en su positividad como en su historicidad (7).

Existen otros dos hechos que también condicionan el panorama jurídico que estamos describiendo, en los que se puede volver a constatar la aludida necesidad del jurista-intérprete. Nos referimos al control de constitucionalidad de las leyes, así como a la posible integración supranacional de los sistemas normativos estatales.

o compensada por el establecimiento de normas. Vid. CASAVOLA, “Diritto romano tra passato e futuro”, en *Il Diritto romano nella formazione del giurista, oggi* (1989), p. 120.

(6) TORRENT, *cit.*, p. 759 s.

(7) Cfr. QUADRATO, en *Il Diritto romano nella formazione, cit.*, p. 148.

En cuanto al primero, en la actualidad, toda la vida jurídica de los particulares y de las instituciones, o lo que es lo mismo, el ordenamiento jurídico en su efectividad, se mide por un juicio de conformidad con las leyes y los principios ético-jurídicos de la Constitución. Para gestionar el mecanismo de crítica del Derecho, a la que ha dado orientación y consistencia el señalado control de constitucionalidad de las leyes, se necesitan juristas-intérpretes que posean un conocimiento de conjunto de las normas, un conocimiento interdisciplinar, no refractado atomizadamente en saberes separados.

Por lo que se refiere a la posible integración supranacional de los sistemas normativos estatales, con la facilitación y continuo incremento de las relaciones e intercambios internacionales, que ha supuesto la apertura de nuevos *horizontes de trabajo*, obligando a realizar un estudio no sólo del ordenamiento del propio país, sino también del de otros Estados, parece haberse cumplido el ciclo de los Derechos nacionales (8). Ciertamente, se tiende cada vez más a realizar la armonización del Derecho propio con el de otros Estados mediante la unificación a nivel legislativo y la uniforme *interpretatio* jurisprudencial de amplios sectores, tanto del Derecho privado como público, pretendiendo realizar la utopía, entendida no como el ejercicio de soñar, sino como el descubrimiento de las íntimas posibilidades frustradas que encienden y orientan la acción, del “nuevo Derecho Común europeo”, que rememora la vieja idea del *Ius commune*, adaptada al mundo moderno (9). Para ello, es imprescindible la función creadora desarrollada por los juristas, con conoci-

313

(8) CASAVOLA, *cit.*, p. 117 ss.; GORLA, *Diritto comparato e Diritto comune europeo* (1981), p. 698 ss.

(9) En palabras de DAVID, “the revival of the old idea of *Ius commune*, adapted to the modern word”. *Vid.* “The international unification of private Law”, en *International Encyclopedia of Comparative Law* II (1971), cap. 5, n.º 8. *Cfr.*, además, FERNÁNDEZ BARREIRO, “Revitalización de la idea de un Derecho Común europeo”, en *REHJ* 13 (1989-1990), p. 171 ss.; *id.*, *Derecho Común y Derechos nacionales en la Tradición jurídica europea*, discurso leído el 9 de nov. de 1990 en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación (1991).

mientos histórico-comparativos de los distintos sistemas normativos.

A pesar de lo indicado, hoy en día no existe un modelo unitario de jurista, sino que aparecen distintas figuras de expertos en microsistemas normativos, de cultivadores de profesiones especializadas, debido a la diversificación de objetos disciplinados, que condicionan y mediatizan sus pronunciamientos jurídicos, realizando en muchas ocasiones una elaboración científica del Derecho en los ámbitos legislativo, jurisdiccional y de la Administración, tendentes por lo general no a la puesta de manifiesto y solución de errores advertidos, sino a la defensa de tesis conservadoras o pseudo-innovadoras de autojustificación o perseverancia en el *statu quo* particular (10).

314

En una genérica aproximación a las diferentes figuras, encontramos como tipos principales, el del jurista-práctico, el jurista-científico, y el jurista-juez, junto a otros mucho más específicos: jurista-funcionario, jurista-empresario, etc. (11).

El jurista-práctico, el abogado, colabora con la Administración de Justicia en la medida que defiende unos intereses que en la realidad no siempre pueden coincidir con los de la Justicia en su acepción más amplia. Es más, se puede afirmar, con las consabidas reservas y cautelas que supone hacer una afirmación tan general, que el letrado en ejercicio, en ocasiones, deja de ser responsable de la justicia, buscando no ya la solución justa, sino el remedio eficaz que tutele de forma más conveniente una determinada posición. El abogado, fuera de los Tribunales, como instancia paralela a la Administración de Justicia, se puede decir que crea Derecho, indirectamente y, en principio, sólo para las partes, es decir, que crea las "normas" que van a ser la "ley reguladora de la relación obligacional". Por el contrario, el jurista-científico, frente al práctico, en raras ocasiones traspasa en sus plantea-

(10) CASAVOLA, *cit.*, p. 115.

(11) REINOSO, "Iuris auctores. (reflexiones sobre la Jurisprudencia romana y el jurista actual)", en *Est. homenaje a A. D'Ors* II (1987), p. 1005.

mientos las fronteras de la simple teoría, mientras que, por último, el jurista-juez, suele actuar buscando la legalidad, más que la Justicia, desde su carácter funcional. En la actualidad, cada una de estas categorías encuentra algún obstáculo para obtener la dignidad y popularidad suficiente en la conciencia social (12).

Es evidente que, en nuestra época, existe una reprobación del positivismo, que se traduce en la exigencia de apartarse de los esquemas conceptuales y formales que atan al Derecho a una férrea lógica, abriendo el ordenamiento jurídico al reconocimiento de las fuentes reales de creación de aquél, y a su orientación hacia el criterio de la justicia material, que constituye el principio motor de un auténtico Derecho jurisprudencial. Frente a la proliferación agobiante y anárquica de disposiciones normativas, hay que dedicar una atención preferente a los principios ético-sociales inspiradores del ordenamiento, por encima de preocupaciones de tipo sistemático, teórico o conceptual, que siempre deben servir a la realidad para la que nacen; en definitiva, es necesario redescubrir la verdadera esencia del Derecho, que debe buscarse en el método y estilo jurisprudencial, manejado por juristas dotados de una sólida formación científica, cultivando el estudio científico y práctico del Derecho, superando los excesos cientifistas y los peligros del vulgarismo (13).

Tomando como punto de referencia estas consideraciones generales, el jurista, entendiendo por juristas no solamente los prácticos y los investidos de potestad, sino también aquéllos que, desde un plano puramente especulativo colaboran en la creación del Derecho que los Tribunales se encargan de realizar (14), como mediador de la norma y la realidad social

(12) REINOSO, *cit.*, p. 1006 ss.

(13) FERNÁNDEZ BARREIRO, *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del Derecho romano* (1976), p. 14 ss.

(14) Por "Jurisprudencia" debe entenderse, siguiendo a FERNÁNDEZ BARREIRO, *cit.*, p. 16, no sólo las decisiones judiciales, sino, en general, la actividad creadora del Derecho por los diversos sectores del estamento de juristas.

que le circunda, debe ser culto y rico en una sensibilidad, fruto de la adecuada atención a la dinamicidad y complejidad del fenómeno socio-jurídico, así como de la racionalidad o irracionalidad de su contenido, asumiendo su verdadero papel, que es el creativo, sin que su función se agote, como un simple lector del B.O.E. y otros Diarios Oficiales, en la mera reproducción de preceptos o normas legislativas que en un momento determinado puedan servir para regular la vida social.

316

El jurista debe buscar el sentido profundo de la norma, es decir, su *ratio* en el conjunto del ordenamiento. El proceso interpretativo exige un acto simple, pero fundamental, que se concreta en procurar comprender las palabras de la ley para poder aplicar las normas preexistentes correctamente, adecuándolas a las cambiantes exigencias de los tiempos, afrontando problemas nuevos y distintos en un contexto normativo que se transforma y continuará transformándose. La exégesis que realice tiene que estar en consonancia con el desarrollo de una función de constante investigación de adherencia a las demandas sociales concretas, a la realidad cotidiana, intentando, mediante la aportación de soluciones equitativas, corregir los posibles desequilibrios sociales infra y supraestatales que se produzcan en el ámbito en que opere (15). De esta forma, el Derecho subsiste y, actualizándose, progresa; además, al plantearse *hominum causae*, en lo que se conoce como "Jurisprudencia de la personalidad" (16), se realza el valor de la persona en la comunidad, al destacarse la necesidad de respeto a su dignidad, y se cumple la exigencia de justicia advertida en nuestro tiempo.

Por último, el jurista debe ser consciente de la relatividad de las normas, que no son dogmas y se modifican, variando en el tiempo y en el espacio al compás de los cambios socia-

(15) VIRGILIO, "Il Diritto romano nell'esperienza di un magistrato", en *Il Diritto romano nella formazione*, cit., p. 212.

(16) LOMBARDI, *Saggio sul Diritto giurisprudenziale* (1967), p. 604 ss. y, en especial, p. 610. Vid., también, MARINI, *Storicità del Diritto e dignità dell'uomo* (1987).

les, y, por consiguiente, de las soluciones y conceptos adoptados, procurando no incurrir en tentativas dogmáticas *sub specie aeternitatis*. Ha de tener capacidad para, dentro de unos límites, desvincularse del precedente, asumiendo consciencia de su verdadero papel, con la finalidad de poder dar respuestas adecuadas a las cuestiones nuevas que se vayan planteando, entre las que cobra especial importancia la “deshumanización” y “despersonalización” de las relaciones sociales.

2. Finalidad de los estudios jurídicos. Necesidad de una nueva orientación del Derecho y del Derecho Romano: planteamiento y presupuestos previos

Expuesta la situación actual, así como las exigencias jurídico-culturales que demanda la sociedad de nuestra época, el tipo de jurista que tenemos y el que queremos formar para poder satisfacer dichas necesidades, es preciso interrogarse cómo se debe enfocar en nuestros días la educación jurídica.

Las actitudes adoptadas ante esta cuestión se vienen moviendo entre dos posiciones antitéticas, que conducen a distintos planteamientos en la enseñanza del Derecho, que son en principio válidas, pero que tomadas de forma aislada presentan en sí el peligro de incurrir en degeneraciones perniciosas.

Así, por una parte, se encuentran los defensores de las tendencias practicistas que, guiados por un exacerbado interés pragmático o utilitarista, totalmente distinto del sentido práctico que siempre ha distinguido la actividad de los auténticos juristas, propugnan una enseñanza del Derecho meramente práctica, que se contenta y agota en objetivos meramente prácticos, procurando un conocimiento truncado, mutilado y deforme de su objeto, al seleccionar problemas que acaban convirtiéndose en secundarios y apartar los verdaderamente capitales y primarios. Este planteamiento, que presenta un interés intelectual reducido, adolece de carácter auténtica-

mente universitario y enlaza con el fenómeno del “vulgarismo jurídico moderno”, que se presenta como una característica negativa de nuestro tiempo (17).

Frente a esta posición docente, se sitúan los defensores de la actitud científica, cuyo móvil se encuentra en el interés meramente intelectual, que entienden que la enseñanza con espíritu universitario debe considerar los objetos a los que se aplica de un modo totalmente desinteresado, tendiendo a la comprensión total de un orden de realidades o fenómenos; es decir, plantean la educación jurídica como una formación doctrinal desligada de la práctica y basada en el conceptualismo jurídico que ha imperado, y aún impera, con excepciones, en las aulas (18). Dicha orientación no está tampoco exenta de peligros y corre el riesgo de degenerar en abstracciones totalmente desvinculadas de la realidad o elucubraciones eruditas.

318

De lo indicado se desprende la necesidad de realizar, con carácter general, un esfuerzo intelectual encaminado a lograr una síntesis orientada por el cultivo científico del Derecho (teoría), sin olvidar la realidad sobre la que opera (praxis), y en la que encuentra su fin, entendiendo que el eje de la formación jurídica no debe ser ni la simple práctica, ni la pura teoría, sino la adecuación del análisis intelectual a la práctica. Esta síntesis se concreta en la asunción de una actitud jurisprudencial ante el Derecho, actitud en la que encuentra su verdadera esencia. Dicha orientación hacia los caracteres estructurales (estilo o espíritu) y operativos (método) jurisprudenciales, se presenta como un medio viable para superar los actuales momentos de incertidumbre que atraviesan las Ciencias Jurídicas, sin descuidar ningún orden de fenómenos importantes dentro del campo del Derecho (19).

Esta cuestión, que deriva de las preocupaciones intelectua-

(17) FERNÁNDEZ BARREIRO, *cit.*, p. 13 s.

(18) LATORRE, *Iniciación a la lectura del Digesto* (1978), p. 73.

(19) FERNÁNDEZ BARREIRO, *cit.*, p. 14 s.; Cfr. LATORRE, *Valor actual del Derecho romano* (1977).

les que se plantean actualmente en el ámbito de la Ciencia Jurídica, repercute, como es lógico, en una de sus parcelas: el Derecho Romano.

Así, desde la denuncia formulada por KOSCHAKER en 1938, esforzándose por situar al Derecho Romano en su debida perspectiva histórica europea, proponiendo para ello la actualización de los estudios romanísticos mediante la utilización de un lenguaje dogmático moderno y la investigación de temas relacionados con el Derecho positivo vigente, se ha venido abordando de modo sistemático en la doctrina el controvertido tema de la que se ha dado en denominar “crisis del Derecho Romano” (20), que se convirtió a partir de entonces en el “caballo de batalla” de los romanistas inmediatamente posteriores.

Recientemente, un autor tan significativo en esta materia como ORESTANO (21), niega la existencia de una “crisis” en Derecho Romano, que, a su entender, únicamente afectaría a los propios romanistas, y ridiculiza las propuestas de actualización de la enseñanza romanística. ¿Resulta razonable hablar de “crisis” del Derecho Romano?

319

Las opiniones que ha suscitado la cuestión, como se puede suponer, han sido y son variadas (22). Probablemente, la misma ha adolecido tradicionalmente, en no pocas ocasiones, de un defecto de planteamiento (23): ORESTANO y los autores que se expresan en términos parecidos, confunden el problema “científico” del estudio histórico del “Derecho Romano de los romanos”, con el eminentemente práctico de la enseñanza de la disciplina en las Facultades de Derecho (24).

(20) En relación a esta cuestión, existe abundante literatura. Vid. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del Diritto romano* I (1968), p. 29 ss.; *id.*, “Cinquant'anni dalla «krise»”, en *LABEO* 34 (1988), p. 43 ss.

(21) ORESTANO, *Introduzione allo studio del Diritto romano* (1987), p. 507 ss.

(22) Como en su día demostró la encuesta en que se recogen las opiniones de más de trescientos romanistas, sobre el estudio y enseñanza del Derecho Romano, promovida por la Revista *LABEO* en 1956.

(23) FERNÁNDEZ BARREIRO, “Il nuovo «mos gallicus»”, en *LABEO* 16 (1970), p. 431.

(24) GUARINO, “Cinquant'anni...”, *cit.*, p. 48 s.

Si bien es cierto que circunscribiéndonos al ámbito puramente científico no cabe hablar de “crisis del Derecho Romano”, no sólo porque la Ciencia romanística encontraría absoluta justificación de ser como Ciencia historiográfica (25), sino porque no se han agotado sus inmensas posibilidades, no obstante, es evidente que en el plano práctico el Derecho Romano, a partir de su pérdida de vigencia, ha sido y está siendo cuestionado, replanteándose su autonomía y carácter independiente como disciplina propia en el ámbito general de las Ciencias Jurídicas, donde su futuro no se presenta con augurios favorables (26), hecho que se puede constatar perfectamente observando la reducción que se ha venido haciendo de los cursos de la asignatura en estos últimos años en las Universidades de todo el mundo.

A esta circunstancia han contribuido una serie de factores de índole muy diversa, tanto de carácter científico y metodológico, como otros de naturaleza ambiental, producto de las características utilitario-pragmáticas de nuestro tiempo, como demuestra la experiencia francesa, que, como ejemplo al respecto, presenta un interés excepcional (27).

Así, la preocupación práctica que anima a un importante sector de la Ciencia Jurídica, ha dado lugar a que algunos romanistas hayan preferido seguir la vía de una transformación de los estudios romanísticos centrándose, por una parte, en una enseñanza dogmática del Derecho Romano en función del Derecho positivo vigente, sin valorar suficientemente el hecho innegable de que ambos Derechos han ido distanciándose paulatinamente (28); por otra, en indagaciones eru-

(25) BISCARDI, “El Derecho y la Ciencia del Derecho en los umbrales del año 2000”, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano I* (abril-junio 1989), p. 13.

(26) RODRÍGUEZ ENNES, “Autonomía e interés actual del Derecho Romano”, en *Foro Gallego* (1987), p. 42; GUARINO, *cit.*, p. 49.

(27) *Vid.*, ampliamente, FERNÁNDEZ BARREIRO, *Los estudios de Derecho Romano en Francia después del Código de Napoleón* (1970).

(28) Según D'ORS, una concepción de este tipo lleva a excluir del estudio todo lo que no sirve para explorar el Derecho moderno; así, el Derecho Romano serviría para explicar el Derecho actual, pero no para criticarlo. *Vid. Los romanistas ante la actual crisis de la ley* (1951), p. 29.

ditas de tipo sociocultural, preocupadas por los tan apasionantes como oscuros problemas de orígenes, empleando las metodologías comparativista y sociológica, alejando la disciplina del ámbito de la Ciencia Jurídica, con la que, de esta forma, ya no podría tener más que ocasionales puntos de interferencia, y anegando el Derecho Romano en el océano de la Sociología, de la que sólo sería una pequeña parcela (29).

Estas orientaciones conducen a resultados totalmente negativos, puesto que, aparte de no aportar nada que ayude a la Ciencia Jurídica desde el punto de vista científico, contribuyen a acrecentar cada vez más el alejamiento del Derecho Romano de la misma.

Parece cierto que si la denominada por algunos autores “moderna crisis del Derecho Romano” se presenta ligada a la pérdida de la posibilidad de aplicación práctica del mismo a partir de las modernas Codificaciones, evidentemente su resolución dependerá, en realidad, no tanto de discutir la metodología que debe emplearse en su investigación, como en determinar el método al que debe acomodarse actualmente su enseñanza universitaria, en la que estriba su razón de ser en las Facultades de Derecho. La postura que se adopte ante esta cuestión, condicionará el planteamiento relativo al método con que mejor convenga enfocar su estudio y el concepto que de aquél nos formemos (30).

Es preciso, por consiguiente, utilizar un método adecuado para la enseñanza del Derecho Romano, con la finalidad de que éste pueda seguir desempeñando en el futuro su función básica como instrumento de formación de los juristas modernos, suscitando así el interés por la disci-

(29) Cfr. GARCÍA GARRIDO, “Derecho Romano y sociología jurídica”, en *RDN* 25-26 (1959), p. 145 ss.; *id.*, “Las actuales orientaciones romanísticas”, en *RDN* 39-40 (1963), p. 14 ss.; BURILLO, “Cuatro métodos romanísticos”, en *Temis* 21-22 (1967), p. 104 ss.

(30) FERNÁNDEZ BARREIRO, “Il nuovo «mos gallicus»”, *cit.*, p. 431; *id.*, *Presupuestos*, *cit.*, p. 12.

plina (31). Para ello, se hace necesario dotarla en el momento histórico actual de una fisonomía y orientación renovadora, acorde con las exigencias jurídico-culturales de nuestra época, procediendo a un replanteamiento en el modo de concebir su estudio y enseñanza universitaria. De esta forma, volverá a cumplir de nuevo el sentido de servicio que en ocasiones anteriores prestó a la Cultura Jurídica (32).

En los últimos años, los especialistas que se han ocupado del problema relativo a la supuesta "crisis del Derecho Romano", partiendo de la convicción unánime de que la moderna enseñanza universitaria debe orientarse más a la formación que a la información, han destacado, tanto en recientes estudios monográficos como en Congresos celebrados al efecto (33), el valor eminentemente formativo que presenta aquél, estando por ello llamado, en tanto se le dote de una metodología didáctica conveniente, a desempeñar un papel de primer orden en la formación de los futuros juristas. La gran mayoría de estos autores coinciden en un punto respecto a los presupuestos metodológicos a los que conviene ajustar en nuestros días la enseñanza del Derecho Romano, así como la actitud a adoptar ante el mismo: el retorno al método y al espíritu de la Jurisprudencia romana, ajeno a abstracciones inútiles (34).

(31) LATORRE, "La cuestión del método en la enseñanza del Derecho Romano", en *Romanitas* (1971), p. 274; D'ORS, A., *Posiciones programáticas para el estudio del Derecho Romano* (1979), p. 19.

(32) FERNÁNDEZ BARREIRO, *Presupuestos*, cit., p. 19.

(33) Entre las monografías se pueden citar, por ejemplo: PANERO, *El Derecho Romano y la formación del jurista* (1988); GARCÍA GARRIDO y EUGENIO, *Estudios de Derecho y formación de juristas* (1988). Por lo que se refiere a los Congresos, en nuestro país, recordamos las II Jornadas de Profesores de Derecho Romano, celebradas en Madrid en 1983, bajo el título *El Derecho Romano hoy: enseñanza e investigación*. En Italia se celebró también un Congreso organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma, los días 18 y 19 de Sep. de 1987, bajo el título *Il Diritto Romano nella formazione del giurista, oggi*, en el que participaron, además de ilustres romanistas italianos, otros profesionales del mundo del Derecho. Las comunicaciones presentadas al mismo se recogen en un libro publicado en 1989, bajo el mismo título, del que nos hacemos eco en diversas notas de este trabajo.

(34) Cfr. GUARINO, *La experiencia de Roma en el estudio del Derecho* (Conferencia pronunciada en la Acad. Matritense del Notariado el 29 de abril de 1955); *id.*, *L'esgesi delle fonti*, cit., p. 29 ss.

Mediante una concepción jurisprudencial coherente del Derecho Romano, que presenta en sí un carácter activo, se evita caer en las limitaciones que conllevan los planteamientos didácticos puramente informativos y excesivamente genéricos, cuya esterilidad formativa y falta de rigor pueden conducir fácilmente al desinterés por el estudio de la materia romanística, asimismo, se dota al Derecho Romano de una fluidez didáctica considerable, y se hace posible el estudio de las instituciones a través de una rigurosa dialéctica jurídica, cuya utilidad formativa es indudable. Desde esta concepción técnica y metodológica, la misma que utilizaron los juristas romanos, es factible hacer realidad tangible la aparente paradoja de que el Derecho Romano pueda presentarse y servir, es decir, ser útil, para la formación práctica del jurista moderno, ayudándole al aprendizaje y comprensión del Derecho.

En definitiva, la síntesis entre teoría y praxis, que se concreta en la concepción jurisprudencial del Derecho Romano, se presenta, además de como una necesidad de nuestra época, como el único camino viable para superar los excesos cientificistas y los peligros del vulgarismo. Por lo que respecta a la docencia universitaria, mediante aquélla, se cumplen las necesidades que debe perseguir, centradas en no descuidar ningún orden de fenómenos ni problemas importantes dentro del campo del Derecho (35).

323

(35) FERNÁNDEZ BARREIRO, *cit.*, p. 12 ss. Como ha señalado BISCARDI, *cit.*, p. 17 y 20, el estudio autónomo del Derecho Romano, es decir, desvinculado en su exposición del Derecho moderno y del Derecho histórico nacional, ligado a la práctica, pero sin perder su dimensión histórica, en todos sus aspectos y problemas, sin descuidar incluso aquéllos que en apariencia puedan parecer más lejanos de nuestro interés actual, nos sirve para analizar cuáles son las constantes entre situaciones históricas y normas concretas, y para descubrir cada vez mejor el principio de la unidad sistemática del ordenamiento positivo.

3. El Derecho Romano en el marco de las Ciencias Jurídicas: interés, perspectivas y posibilidades

De lo hasta aquí expuesto se deduce la importancia que actualmente puede tener el estudio de la Jurisprudencia romana y su método, que se acopla perfectamente y se presenta como imprescindible en el marco general de las enseñanzas jurídicas, puesto que contribuye a cumplir los fines básicos a que deben tender éstas, que se concretan en la formación del tipo de jurista que demanda la sociedad de nuestra época.

324

Teniendo en cuenta que la Ciencia y los sistemas jurídicos tienden a orientarse, como hemos indicado, hacia los caracteres estructurales y operativos de los Derechos jurisprudenciales, valorando y potenciando cada vez más la figura del jurisprudente, la experiencia jurídica romana es útil, en primer lugar, desde un punto de vista meramente histórico, puesto que, además de mostrarnos de qué forma llegó a configurarse el ordenamiento jurídico romano como modelo de Derecho de juristas y de qué modo y por qué causas fue perdiendo dicho carácter, nos ofrece abundantes ejemplos de transformaciones y crisis del Derecho, así como de soluciones para superarlas (36).

Por otra parte, el Derecho Romano, como Derecho jurisprudencial, desde una perspectiva estrictamente jurídica, también presenta un valor práctico evidente.

Con anterioridad hemos señalado que, en algunos casos, ante la gran proliferación de normas jurídicas particulares y

(36) FERNÁNDEZ BARREIRO, *cit.*, p. 16 s. y 69. Según este autor, la desaparición de la Jurisprudencia va ligada al fenómeno político de la eliminación de la *libertas*, que, en el ámbito de las fuentes del Derecho, se traduce en la concentración normativa del poder público. Dicha circunstancia alcanza su plasmación en el régimen del Dominado, en el Bajo Imperio y, en cierto sentido, se puede identificar con la situación que se produce en las épocas en que se gestan las Codificaciones y, sobre todo, se impone el positivismo legal. *Cfr.*, también ALVAREZ SUÁREZ, "Riesgos y venturas en la vida del Derecho Romano", en *Est. homenaje a Santa Cruz Teijeiro I* (1974), p. 67 s.

actos equiparados, se viene produciendo una situación de incertidumbre jurídica, planteándose dificultades para identificar el precepto aplicable al caso concreto, mientras que, en otras ocasiones, por contra, existen una serie de materias y cuestiones nuevas en las que falta una regulación jurídica, haciéndose necesario responder a las mismas mediante la construcción de una sistemática, de un complejo normativo.

Al respecto, el Derecho Romano, en su conjunto y estructura, en su consideración del fenómeno jurídico, suministra conceptos y una visión del Derecho que le permiten servir como un magnífico instrumento, eficaz para poder ejercitarse en el enfoque y razonamiento de problemas jurídicos concretos, potenciando una mentalidad elástica para poder comprender la relatividad de los referidos conceptos y una conciencia crítica respecto a los mismos, al considerar al Derecho como arte de lo justo y dedicar una atención preferente a la adecuación de las normas a las demandas sociales concretas, con la finalidad de hacer posible la justicia material, apartándose de esquemas conceptuales y formales que aten el Derecho a una férrea lógica (37).

En definitiva, mediante el estudio del Derecho jurisprudencial Romano, el jurista actual puede darse cuenta y adquirir plena conciencia de la importancia trascendental en el sistema de su labor como mediador entre la norma y la realidad social que se plantea en cada momento concreto, teniendo siempre presente que sus juicios deberán ser acordes con las reglas generales y los principios ético-jurídicos informadores del ordenamiento, que en nuestros días se contienen en la Constitución y los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados.

También, respecto a otra de las cuestiones jurídico-culturales que se están debatiendo con especial intensidad en

(37) Vid. GARCÍA GARRIDO, *Jurisprudencia romana y actualidad de los estudios romanísticos* (1964), p. 25 ss.; IGLESIAS, "Orden jurídico y orden extrajurídico", en *Est. Historia de Roma-Derecho Romano-Derecho moderno*, 2.^a ed. (1985), p. 169 ss.

nuestra época, referida a la integración en la Unión Europea, que conllevaría la consiguiente armonización a nivel legislativo y jurisprudencial de diversos sectores del Derecho privado y público de los diferentes Estados que ratificasen el Tratado de la Unión, con la finalidad de establecer un marco homogéneo de principios y derechos en esos ámbitos, puede resultar de nuevo útil referirse al estudio de la Jurisprudencia romana y de su método de elaboración del Derecho.

En este sentido, no se puede olvidar que el Derecho jurisprudencial romano se presenta como uno de los componentes sobre los que se asienta la cultura jurídica europea. Ciertamente, existe una fecunda y vital Tradición romanística, iniciada en la Universidad de Bolonia, que ha condicionado el modo de entender el Derecho y su función en la ordenación de la sociedad europea, además de mostrar la unidad esencial de la metodología jurisprudencial europea, que, incorporando el espíritu de la Jurisprudencia romana, ha contribuido y puede seguir contribuyendo de forma importante a adaptar los preceptos jurídicos a la realidad social del momento (38).

Los juristas europeos, a la luz de las circunstancias actuales, han de ser conscientes de que su labor vuelve a ser trascendental, como lo fue en la época Bajo-medieval, en la que intervinieron activamente en la formación de un Derecho Común (39).

Hoy en día se insiste a nivel político y de forma abstracta en la necesidad de realizar progresos hacia la Unión Europea, con la finalidad de que la Comunidad siga siendo “el ancla de la estabilidad en un continente sometido a rápidos cambios”, de acuerdo con el principio de “subsidiariedad”, concepto éste que todavía se encuentra por precisar (40).

(38) Vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Derecho Común*, cit.; id., *La Tradición romanística en la cultura jurídica europea* (1992), con bibliografía.

(39) Vid. autores citados en la nota 9.

(40) Cfr. al respecto la Declaración formulada el 16 de octubre de 1992, tras la reunión de los doce Estados miembros de la Comunidad Europea, en la ciudad de Birmingham.

Corresponde a los juristas actuales esa labor de articulación y concrección jurídica de los principios políticos proclamados, así como la armonización y adecuación en los distintos ámbitos de la normativa de los diferentes Estados con la comunitaria, eliminando las posibles situaciones de incertidumbre jurídica, y adaptando las normas a la cambiante realidad social, con la finalidad de hacer posible la consolidación de la Unión Europea, que representa “una etapa más en el proceso de unidad de los pueblos de Europa” (41).

De todas estas reflexiones, resulta necesario concluir resaltando una vez más la idoneidad y el interés especial que para la Ciencia Jurídica puede ofrecer en nuestros días el estudio del Derecho jurisprudencial Romano, poniéndolo en contacto con las demás formas de Derechos jurisprudenciales, tanto históricos como vigentes, con la finalidad de establecer las bases de una “teoría general del Derecho jurisprudencial” (42).

327

(41) *Vid.* Art. A del Tratado de la Unión Europea.

(42) En este campo, cobra especial importancia la sugestiva obra de LOMBARDI, *Saggio, cit.*, en la que este autor señala una orientación fecunda.

**I JORNADAS URUGUAYAS DE
DERECHO CIVIL. PROFESOR ESCRIBANO
EUGENIO B. CAFARO**

329

I. Temas de las Jornadas

Durante los días 13, 14 y 15 de mayo del presente año, se han desarrollado en Montevideo, organizadas por la Asociación de Escribanos de Uruguay, las I Jornadas Uruguayas de Derecho Civil, dedicadas al profesor y escribano Eugenio B. Cafaro, fallecido en mayo de 1991. Se trató de profundizar en aquellos temas en que CAFARO había estudiado e investigado. El tema aglutinante de las Jornadas fue la “Investigación aplicada de la eficacia negocial”. Este tema se subdividió en los siguientes:

— Subtema 1: Gestión sin poder, negocio en formación o formado con eficacia pendiente. Consecuencias.

Coordinador Internacional: Dr. Atilio Alterini (Argentina).

Coordinaciones Nacionales: Esc. Carlos Groisman. Esc. Mabel Rasines.

Secretaria: Esc. Ana Olano.

— Subtema 2: Resolución del contrato. Referencia especial a: límites operativos del mutuo disenso. Consecuencia de la reasunción de titularidad. Incidencia de la resolución respecto de terceros.

Coordinador Internacional: Dr. Roberto López Cabana (Argentina).

Coordinadores Nacionales: Esc. Teresa Gnazzo. Esc. Roque Molla.

Secretario: Esc. Carlos Parodi.

— Subtema 3: Alcance de la ejecución forzada de la obligación de hacer en materia inmobiliaria, establecida en el artículo 398,4 del Código General del Proceso y su vinculación con la conversión del negocio jurídico nulo.

Coordinador Internacional: Dr. Luis Moisset de Espanes (Argentina).

330 Coordinadores Nacionales: Esc. Enrique Arezo Píriz. Esc. Arturo Caumont.

Secretario: Esc. Mario López Assandri.

II. Conclusiones adoptadas

Recogemos a continuación las conclusiones adoptadas por las distintas Comisiones:

Comisión Redactora del Subtema 1

I) Se expuso la metodología para la comprobación de la validez y eficacia negocial, arribándose a la temática del poder de disposición, de representación y a la *gestión sin poder*.

Respecto a la gestión sin poder hay dos soluciones en doctrina, una entiende que el negocio de gestión otorgado sin poder es un negocio incompleto o en formación.

La otra, sustentada por el Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro,

sostiene que dicho negocio de gestión sin poder, es un negocio existente, válido e ineficaz.

Esta Comisión adhiere a esta última posición que propone al Plenario.

En este orden de ideas, a partir de la ratificación del sujeto del interés del negocio de gestión se determina el momento de la eficacia del mismo, con lo cual en consecuencia, no podrá tener nunca retroactividad real, quedando a salvo los derechos de los terceros.

Por otra parte, hasta no sobrevenir la ratificación, el negocio no puede ser registrado por carecer de eficacia, con lo cual no accede a la nota de oponible.

El Registro en ningún caso podría inscribir estos actos ya que se vulneraría el principio de legalidad.

II) En cuanto a la interpretación del art. 2053, inciso 4.º del Código Civil fueron expuestas distintas posiciones doctrinarias por los Escs. Arturo Caumont, Teresa Gnazzo y Roque Molla.

331

Hay consenso generalizado en el sentido que es aconsejable requerir que el poder sea otorgado *pari forma* con el acto final. Algunos participantes entienden que esto resulta de *lege lata*, y otros, que es sólo de *lege ferenda*.

Cualquier ley que fuere dictada deberá declarar consolidadas las situaciones existentes.

Comisión Redactora del Subtema 2

Cesación de la eficacia.

1) La eficacia se da cuando los negocios dispositivos culminan con la adquisición, modificación, transmisión o extinción de un derecho; o en los negocios obligacionales surge la deuda o el crédito.

La cesación de la eficacia se da por extinción de la relación obligatoria aún subsistente, o por pago.

Las causas internas son: a) la condición resolutoria; b)

cláusula resolutoria; c) pacto comisorio; d) resolución legal por incumplimiento, y surgen del propio contrato.

Las causas externas son: a) revocación; b) mutuo disenso; c) receso unilateral, y provienen de supuestos de hecho no vinculados al contenido o consecuencias del contrato.

2) El Derecho Civil uruguayo habilita la resolución extrajudicial del contrato, cuando todo o parte de las obligaciones están pendientes de incumplimiento.

El efecto de esa forma de extinción por causas intrínsecas al contrato, es el mismo que el provocado por la resolución judicial del contrato por incumplimiento.

3) Con respecto a la exigencia del requisito de la mora para pedir la resolución del contrato, se expusieron dos posiciones:

a) La que sostiene que dicho requisito es imprescindible (ampliamente mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia uruguayas);

b) La que considera que la constitución en mora solamente es necesaria para la pretensión resarcitoria y no para la mera demanda resolutoria.

4) El mutuo disenso extingue la eficacia de la relación contractual cuando el proceso de la ejecución está pendiente.

5) No encuadra como supuesto de mutuo disenso cuando sobreviene con posterioridad a un contrato ya agotado.

6) En este último caso, toda voluntad semejante es vinculante, no como mutuo disenso, sino como otorgamiento del mismo tipo contractual de signo contrario, no obstante que las partes lo hayan denominado como mutuo disenso o distracto.

Otra línea de pensamiento entiende que, en función del análisis de la causa, se trata de un negocio jurídico innominado.

7) Tratándose la partición de un negocio declarativo, por principio no le es aplicable el instituto del mutuo disenso.

Efectos de la cesación de eficacia.

8) Cuando el mutuo disenso extingue la eficacia contractual se vuelve a la situación jurídica anterior, reasumiéndose en su caso, la titularidad respectiva.

9) Cuando el negocio jurídico a revertir fuere a título gratuito, la retrasmisión de titularidad puede acarrear consecuencias previstas por la normativa sucesoria, de la misma naturaleza que las que alcanzaban al negocio inicial.

10) Como consecuencia de la reasunción se extinguen todos los derechos transferidos o constituidos (verbigratia los de los acreedores embargantes, por estar fundados en un derecho resoluble, a quienes no les alcanza la protección conferida a los terceros poseedores de buena fe).

Comisión Redactora del Subtema 3

333

Realizadas las intervenciones previstas por los Coordinadores Internacional y Nacional, asistentes que presentaron trabajos y ponencias y habiéndose recogido opiniones en el Plenario, esta Comisión considera que, lo que a continuación se expresa recoge las posiciones sustentadas en todo el desarrollo de este Subtema:

I) Es consenso firme que no existe norma expresa de carácter general en el Derecho Positivo Uruguayo por la cual se admita la conversión jurídica de los negocios nulos. Unanimidad.

II)-a) No obstante la inexistencia de norma general expresa la conversión del negocio jurídico nulo es admisible en el ordenamiento jurídico uruguayo sobre la base de la integración analógica, con normas no excepcionales que reflejan los principios generales del Derecho, con particular referencia a la conservación del contrato y la buena fe.

(Posición sustentada por los Escs. Raúl Anido y Oscar De León).

II)-b) La inexistencia de norma expresa es el funda-

mento en el Derecho Positivo Uruguayo para sostener la inadmisibilidad de la conversión del negocio jurídico nulo, siendo inaplicable la integración analógica y que, las normas que consagran la conservación del contrato y buena fe son insuficientes para invadir el señorío volitivo emanado del principio de autonomía de la voluntad de las partes.

(Posición sustentada por los Escs. Dora Bagdassarian, Susana Bolentini, Carlos Bordoli, Arturo Caumont, Mabel Rasines y Patricia Ricci).

III) El artículo 398.4 del Código General del Proceso es una norma adjetiva que sólo regula aspectos de la ejecución forzada de las obligaciones de hacer, no siendo fundamento de aplicación de la teoría de la conversión.

III. Semblanza del profesor escribano Eugenio B. Cafaro

334

La importancia que CAFARO tuvo en el mundo jurídico uruguayo podemos deducirla de las palabras que el Diputado Sr. Arrillaga dedicó a la memoria de CAFARO con motivo de su fallecimiento, en la Cámara Legislativa de URUGUAY:

“Señor Presidente: Voy a ocupar la atención de la Cámara brevemente para rendir homenaje al escribano Eugenio Cafaro, cuya muerte reciente ha causado hondo dolor en la Universidad, en la Facultad de Derecho, en sus colegas escribanos, en el foro nacional, en sus amigos y, particularmente, en sus discípulos.

Cafaro fue un hombre de Derecho en el mejor sentido de este concepto. Tal vez sea mejor decir que fue un docente del Derecho, porque su vida fue enteramente docencia.

Dotado de una inteligencia poco común, se consagró al estudio de la ciencia jurídica con dedicación, con talento y con profundidad. Dejó una importante producción jurídica en numerosos artículos publicados en el “Anuario de Derecho Civil”, al que dedicó muchos años de su vida; en el Código

Civil anotado, cuya nueva edición estaba preparando; en su último libro “Eficacia contractual”, que constituye una estu-
penda publicación; tareas estas a las que volcó su esfuerzo
con un gran sentido de trabajo en equipo.

Tuvo una gran vocación por el Derecho Civil. Por eso, creo que son exactas las palabras que hace poco, en su homenaje, pronunció la Agrupación Universitaria al decir que “se lo contó entre los estudiosos e investigadores de nuestro Código Civil en particular, y del Derecho Civil, en plano de profundidad y solvencia que se le puede parangonar con quienes, en el correr de este siglo, más hicieron por el progreso de esos estudios y prestigiaron la ciencia jurídica de nuestro país”.

Tuvo todo para desplegar una brillante actividad profesional; tuvo sabiduría y talento y eso le habría dado el bienestar material que no alcanzó ni buscó. Su espíritu no pudo encuadrarse en las exigencias prácticas de la profesión ni en el desempeño de cargos públicos vinculados a ella. Es que su vocación era la docencia.

335

Fue docente en la cátedra —docente ciento por ciento— y en todo lugar. Su vida fue eso: docencia en la cátedra y fuera de la cátedra. Enseñó en sus clases de Facultad, enseñó en los cursos de Salto, enseñó a sus colegas y amigos que siempre lo consultamos y encontramos en él el asesoramiento y la enseñanza práctica, inspirados por un vivo sentido de justicia y de servicio a los demás. A esa vocación docente dedicó su vida y lo sacrificó todo.

Fue, además, un hombre de su tiempo. Vivió la problemática de su época, la suya y la de los alumnos. Sufrió la persecución durante la dictadura. Su vida se ligó de modo entrañable a la Universidad, fundamentalmente a partir de la recuperación de la democracia, y todo lo hizo con una increíble humildad, como si temiera alardear de sus virtudes. Esa permanente actitud de servicio, de dar todo cuanto sabía —que era una cantera inmensa—, estuvo siempre acompañada por un profundo sentido de entrega y humildad.

Tuve la alegría de ser su amigo. Tengo el dolor de esta ausencia, dolor que comparto con muchos otros; esta ausencia que la permanencia de sus enseñanzas y de sus trabajos no logra sustituir.

Quería decir estas palabras en la Cámara, creadora de Derecho, en homenaje a un hombre y a un docente del Derecho.”

B) Notas bibliográficas

“Il testamento (Norme e casi)” del Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo Giovanni CRISCUOLI. Cedam. Pádova. 1991.

Me ha parecido particularmente atractivo el título de este libro, y me he adentrado en su lectura con gran placer, ya que la figura jurídica del testamento es una figura central del Derecho de Sucesiones y del Derecho privado en general, particularmente tratada por los notarios, y teniendo en cuenta además que el Derecho sucesorio no es la parcela más extensamente estudiada por la Doctrina jurídica y tampoco la que da lugar a litigios de los que se pudiera obtener interpretaciones jurisprudenciales, quizás porque el control de legalidad y el consejo de los notarios que intervenimos en su redacción evita las causas que pueden producir el litigio.

En primer lugar quiero dejar constancia de que para mí una recensión no consiste en un resumen del libro, propio de una mente poco imaginativa, y que si está bien hecho puede incluso hacer inútil la lectura del libro. Para mí la recensión consiste en una explicación, no de lo que el libro contiene sino de la materia de la que trata el autor del mismo, sin resumir lo que se dice, haciendo al propio tiempo una crítica de la obra objeto de estudio.

El Profesor CRISCUOLI científicamente es un personaje interesante, porque no solamente en esta obra sino en otras, manifiesta una amplia cultura literaria y dominio de los idiomas francés e inglés, y supongo también que del castellano. Algunas de sus citas en inglés o de sus expresiones en francés indican que no está encerrado en el Derecho italiano, como una isla sin puente de escape a conocimientos más universales y podríamos decir europeos.

Antes de continuar quiero hacer algunas observaciones: A pesar de que trata del testamento y en el mismo, normas y casos, al término de cada materia señala una importante bibliografía que curiosamente se ciñe solamente al Derecho italiano y a autores italianos, porque con estas citas basta

y sobra para el empeño fundamentalmente didáctico de la obra. Podría decirse que esta obra es también un señalamiento de lecturas recomendadas para adentrarse muy amplia y profundamente en el estudio de las materias tratadas. Y, además, frente a la concepción de los juristas españoles que consideramos normalmente el testamento como un negocio de Derecho sucesorio, contenido en varios tipos de documentos, y parece que aquí termina el estudio del testamento en la Doctrina española, para el Profesor CRISCUOLI la materia se extiende a lo que podríamos llamar en Derecho castellano el contenido de la sucesión voluntaria, que contiene quizás más del cincuenta por ciento de lo que constituye el Derecho sucesorio. A pesar de que apunta la idea de que la materia testamentaria es la cenicienta del Derecho Civil, evidentemente los conocimientos del Profesor CRISCUOLI la redimen de esta triste condición, y la obra que estoy comentando es un pequeño tratado del testamento como documento, como negocio y como estudio de las instituciones que se acogen a la forma testamentaria, o que se derivan de la misma, o bien que el presunto causante inserta en un negocio testamentario para desviar o corregir el itinerario que imprimiría a la herencia la aplicación de las normas de la herencia legal o legitimaria.

Algo que hay que hacer resaltar en la obra que comento, es que cada materia va seguida de sentencias de los distintos tribunales de casación que se refieren a la materia que se acaba de tratar, y son sentencias tan expresivas, que denotan la influencia que el Profesor CRISCUOLI experimenta del estudio del Derecho inglés, porque se parece mucho al estudio de lo que en los libros jurídicos ingleses se llama "leading cases".

En el Capítulo I, que sirve de introducción al estudio de la materia, se pueden distinguir varios apartados, y yo recuerdo a los lectores que cada uno de los apartados va seguido de una bibliografía o lecturas recomendadas, sin perjuicio de la bibliografía general que se señala al principio de la obra. En este Capítulo I, estudia el testamento como fenómeno político y como institución social, distinguiendo también en la palabra "testamento" lo que es el *puro escrito físico o documento y el negocio testamentario*, que es la declaración programática que el testador hace de lo que pretende que ocurra después de su muerte en lo que ha dejado de ser su esfera jurídica como ser vivo, esfera jurídica de la que dispone dentro de los límites que la ley le permite. Dentro de los epígrafes de este capítulo es interesante el epígrafe que se refiere a la destrucción y a la reconstrucción del escrito físico que contiene el testamento, y que en italiano se llama "scheda", planteándose el problema de cómo se reconstruye la expresión de la voluntad del testador cuando el testamento se ha perdido o ha sido destruido, problema que tiene particular dificultad en el testamento ológrafo.

El último epígrafe de este primer capítulo se ocupa de los defectos del documento y de la invalidez del negocio testamentario. El documento no es propiamente nulo o anulable, sino más o menos defectuoso o imperfecto, mientras que los términos de nulidad y anulabilidad se aplican fundamentalmente al negocio testamentario.

El Capítulo II, está dedicado al estudio de lo que es propiamente documento testamentario, y es muy importante el estudio que hace del testamento ológrafo, que, según el autor, debe tener las notas de "autografía", expresión de la fecha, firma, sistema de depósito y de publicación en términos que entran en la lógica comprensible para el jurista del Derecho castellano.

Es curioso que nunca haya encontrado un estudio sobre el concepto de "firma", y sólo lo he encontrado en un libro francés que leí hace mucho tiempo sobre el testamento ológrafo y en el libro que estoy comentando, también con referencia al testamento ológrafo.

Siguiendo con el estudio del testamento, considerado como documento, se ocupa muy amplia y técnicamente del testamento notarial público, que aquí llamaríamos testamento notarial abierto, del testamento secreto, que aquí llamaríamos testamento cerrado, y los testamentos especiales. En cuanto al testamento público o notarial abierto, hace referencia a la competencia y capacidad del notario y de los testigos (posiblemente en Italia todavía no se ha llegado a la supresión de los testigos en el testamento público notarial), también estudia la necesidad de la presencia conjunta para el otorgamiento del testador, del notario y de los testigos, y cómo se expresa oralmente la voluntad al notario y cómo se convierte en una declaración escrita. Y asimismo, se ocupa de la lectura del testamento mencionando que se han observado las formalidades exigibles. Otros elementos del testamento público notarial son la expresión del lugar, la expresión de la fecha y la suscripción. En lo que se refiere a las declaraciones del testador, la fe notarial asegura que el testador ha hecho esas declaraciones, pero no asegura porque no puede asegurar si hay una intención interna y distinta del testador. Y en lo que se refiere a la fecha, al parecer no se exige la declaración de la hora, pero sí que se exige que la fecha sea verdadera, y no una fecha expresada pero que no coincida con la realidad.

No son muy diferentes los conceptos del documento del testamento del ciego, del sordo, del mudo, del sordomudo, y del extranjero que no conoce el italiano.

En cuanto al testamento secreto, que nosotros llamaríamos cerrado. De la lectura de la obra se desprende que es más frecuente que en España (en treinta y cinco años de ejercicio de la función notarial debo confesar que nunca he visto un testamento cerrado ni he visto ningún protocolo de testamentos cerrados o de reconocimiento de hijos naturales, así como he asistido al práctico desuso del libro indicador). Se ocupa en materia de testamento cerrado de la incapacidad del invidente y de los requisitos de lo que podríamos llamar la forma documental física del mismo, así como de las formalidades ulteriores y la llamada conversión formal del acto, que es el mismo mecanismo que en el Código civil español, es decir, que el testamento secreto al que le falte algún requisito para su perfección, queda convertido formalmente en testamento ológrafo, si, en efecto, reúne los requisitos del testamento ológrafo, tal como prevé el art. 607 del *Codice Civile* italiano.

En cuanto se refiere a los testamentos especiales, estudia el testamento en caso de enfermedad contagiosa que es algo distinto al concepto de epidemia, calamidad pública e infortunio, entendiendo por infortunio un daño que impide otorgar un testamento normal a una persona cuando este daño afecta solamente a una persona, es decir, no es una calamidad pública. Estudia asimismo el testamento de los militares y asimilados a los militares, y el testamento a bordo de una nave o de una aeronave. Por último hace una referencia suficiente a la institución italiana del registro general de testamentos.

Cuando he visto que en Italia se contempla el testamento en una aeronave, me he confirmado en la idea que yo ya tenía de que se ha desaprovechado en España, en la Ley de supresión de los testigos en los testamentos ordinarios, la posibilidad de regular el testamento en una aeronave. En efecto, es prácticamente imposible concebir un testamento en el caso de la explosión, incendio e inmediata caída de un avión de pasajeros. Pero no es impensable, ni mucho menos, que a un pasajero le ocurra una incidencia de salud durante un viaje transoceánico en una navegación aérea normal, y en este caso se debería de haber previsto una regulación para el testamento de esa persona a bordo de la aeronave, que no puede aterrizar o amerizar físicamente, pero que sí que dispone de una tripulación a la que se podría capacitar para autorizar un testamento al menos de validez transitoria. Se me podrá objetar que para eso tenemos el testamento en peligro inminente de muerte, pero cuantos se hallan a bordo quizá no tengan la preparación jurídica necesaria para recibir la voluntad testamentaria, y si pensamos en un caso concreto tenemos el caso de la muerte a bordo de un avión de Mary Sempere, que murió durmiendo pero que pudo morir de un infarto y con deseo de testar.

El Capítulo III de la obra que comento, trata de lo que en Derecho español llamaríamos los caracteres del negocio testamentario como expresión de una voluntad que tiene que surtir efecto después de la muerte del testador, y también en este capítulo trata de lo que en Derecho español llamaríamos instituciones fundamentales de la herencia voluntaria, es decir, la herencia que ni se recibe por vía de freno a la libertad de testar (herencia forzosa por legítimas) o de la que se recibe por razón de ciertos vínculos con el causante por disposición de la Ley, es decir, la herencia intestada.

Empieza definiendo el testamento de una manera que encuentro muy atractiva y que no puedo resistirme a traducir, dentro de las limitaciones de mi conocimiento del italiano. Después de afirmar que el testamento es una manifestación de voluntad con una finalidad y que tiene una relevancia objetivamente reglamentaria, y que en el seno de la categoría general de los negocios, tiene una tipicidad determinada, lo define descriptivamente de un modo muy atrayente: Es aquella regulación voluntaria, con la cual el autor, disponiendo de un modo directo o indirecto de los propios valores de las cosas, determina programáticamente además de unas ciertas disposiciones patrimoniales y la organización de intereses no estrictamente económicos,

todo ello con vistas a un programa de futuro que explicita lo que quiera que ocurra en su esfera jurídica después de su muerte.

Esta definición descriptiva, que quizás adolece de poca claridad por culpa de mi incompleto conocimiento de la lengua italiana, va seguida de la enumeración de las notas que califican dicho negocio testamentario y que son las siguientes: La patrimonialidad, en principio, y la tipicidad de las disposiciones en él contenidas, la característica de que está destinado a producir sus efectos después de la muerte del autor, su carácter programático, su carácter unilateral, el hecho de que es un acto rigurosamente unipersonal, la circunstancia de que es un negocio solemne en cuanto a la forma, y su carácter precario antes de la muerte del autor dado que es esencialmente revocable.

La descripción de cada una de estas características me llevaría a alargar excesivamente este comentario, y por ello quiero detenerme solamente en la nota de que es un negocio esencialmente revocable.

Al estudiar la revocabilidad, la contempla como un negocio jurídico entre vivos, dotado de eficacia inmediata, o como un negocio jurídico mortis causa, con eficacia diferida al momento de la apertura de la sucesión. Es un negocio jurídico unilateral no recepticio, y en sí mismo, a su vez, revocable, que puede producir o no reviviscencias del testamento previamente revocado. Tiene una forma expresa y una forma tácita, y la forma expresa lleva la necesidad de una declaración personal ante notario con la presencia irrenunciable de dos testigos. La revocación tácita se produce mediante un testamento posterior, con disposiciones incompatibles con la anterior, o con la destrucción o retirada del documento del testamento cerrado. Es curioso que llame revocación legal a lo que nosotros llamamos en materia de donaciones posibilidad de revocación por la existencia o la aparición posterior de un hijo o descendiente.

En la materia sustantiva del negocio testamentario, estudia la voluntad testamentaria, especialmente la capacidad para testar, y los vicios de la voluntad testamentaria, con especial detenimiento en cuanto se refiere a la importancia del error en la formación de la voluntad.

Sigue estudiando el significado de las disposiciones testamentarias, y tiene un concepto de heredero similar al que tiene nuestro ROCA SASTRE, es decir es el que es llamado a la herencia con el *nomen heredis* y atribución de la totalidad o una cuota parte de la herencia, es decir, una disposición a título universal.

Luego estudia los legados, y dentro del concepto del legado estudia el concepto del legado propiamente dicho, que grava al heredero, el sublegado, que grava a otro legatario, y el prelegado, que grava a la herencia y que ha de detraerse con carácter previo, antes de proceder a la entrega del as hereditario. Estudia los legados con eficacia real y con eficacia obligatoria, pero no menciona el legado de parte alícuota del que tanto uso hacemos los notarios españoles.

Una cosa curiosa es que considera el modo como una disposición testamentaria independiente, que grava o recae como algo obligatorio para un

heredero o para un legatario. Recordemos que en la Doctrina española se diferencia el modo de la condición en materia sucesoria, en que la condición suspende pero no obliga, y el modo obliga al gravado pero no suspende la adquisición.

En materia de término o plazo rige el principio de su admisión en las disposiciones testamentarias porque rige el principio romano *semel eres semper heres*. Y estudia a continuación las diferentes formas de las condiciones.

Seguidamente se ocupa del perfil funcional de la causa, y esto lleva a la reflexión de que aunque el testamento es esencialmente revocable, puede devenir irrevocable si el testador, aún vivo, pierde la capacidad de testar, con lo cual la validez del testamento previo a la incapacidad queda inatacable. Desde un punto de vista doctrinal siempre me he preguntado si un juez, podría declarar la invalidez de un testamento porque se hayan alterado las bases del negocio testamentario. Es un problema que está en el aire, y aunque quizás el juez podría declarar la invalidez, con lo cual se abriría la sucesión legítima, por ser el testamento un acto personalísimo en ningún caso el juez podría otorgar un testamento sustituyendo la voluntad del incapaz.

Estudia a continuación las diferentes formas de ineficacia del testamento, y es muy pintoresco el tratamiento que da de la interpretación del testamento, discutiendo los medios intrínsecos y extrínsecos de interpretación, y hace dos citas de Derecho inglés que expresan la dificultad de prescindir absolutamente de los medios externos de interpretación: "if one looks outside the will, the requirement that a will must be in writing is seriously threatened", o en otras palabras "the requirement for a will to be in writing could then be made an empty formality".

Y no nos detengamos más en esta parte del libro.

La cuarta y última parte del libro se destina a estudiar la ejecución del testamento, aunque esto lleva consigo estudiar elementos del concepto de herencia en general, tales como son la apertura de la sucesión, la delación de la herencia y la aceptación de la misma. Aquí corresponde estudiar la capacidad para ser titular de la testamentifacción pasiva, es decir, la capacidad para recibir por testamento: personas físicas, jurídicas, nasciturus. Diferentes incapacidades concretas, como los tutores, los protutores, el notario autorizante, testigos e intérpretes que han intervenido en el acto del otorgamiento del testamento. Estudia también la indignidad sucesoria, y la manera que tiene el testador de obviarla, así como la individualización o designación concreta de la persona instituida (por ejemplo las herencias o las disposiciones destinadas a los pobres).

En esta fase de estudio también se ocupa de las sustituciones testamentarias, con particular aprensión y desconfianza hacia la sustitución fideicomisaria, y en alguna manera su similitud con el "trust" del Derecho inglés.

Seguimos con la ejecución del testamento y estudia la adquisición negociada de la herencia mediante la aceptación ordinaria, así como la aceptación a beneficio de inventario. También estudia la adquisición forzosa de la herencia

y la adquisición del legado, según la clase de legado de que se trate. Aquí se detiene en el estudio del legado en sustitución o a cuenta de la legítima, y también individualiza el estudio de la disposición modal.

El último epígrafe interesante se titula "L'esecutore testamentario" y llama la atención la similitud de la denominación con el "executor" del Derecho inglés. En esta figura del executor testamentario pueden incluirse las figuras españolas del albacea, contador partididor, representante, y administrador de la herencia, y no hay ningún inconveniente en que sea un coheredero o un legatario, salvo que tenga la facultad de realizar la partición.

Fiel a mi propósito no he hecho un resumen del contenido del libro, que haría inútil su lectura y defraudaría el interés del autor en ser leído directamente en su obra, y no me he extendido más porque creo que ya sería un abuso respecto de la extensión que debe tener el comentario de una obra jurídica de tipo monográfico, de una extensión de unas quinientas páginas. Pero lo que sí puedo decir es que la lectura me ha resultado provechosa, fácil y agradable, y sobre todo me ha permitido regresar a la lectura de un libro monográfico de Derecho Civil, cosa que en los tiempos en que vivimos, en que las leyes no son como el "Café", como decía GONZÁLEZ PALOMINO (cortas, antiguas, flexibles y escasas), es un descanso poder escapar a un campo que ha sido nuestra vocación, refugiándonos en él y huyendo del árido e incómodo quehacer pseudojurídico diario.