



REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

ENERO~MARZO 1994

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

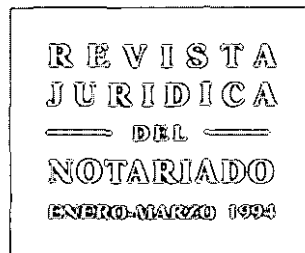
Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radio
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

Estudios

- 9 DIEZ GOMEZ, Aurelio: "Reforma del artículo 54 de la Ley del Registro Civil"
- 19 MARTINEZ SANCHIZ, José Angel: "El incumplimiento resolutorio en la reciente doctrina del Tribunal Supremo"
- 57 MARTINEZ-PIÑEIRO CARAMES, Eduardo: "Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Ley 2/1994, de 30 de marzo)"
- 107 RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: "Problemática derivada de la subrogación prevista en el artículo 1.211 del Código civil, y su aplicación a los créditos hipotecarios"

Jurisprudencia

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

- 173 — CERDA GIMENO, José: "Las primeras Sentencias civiles del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña".

Actualidad jurídica

A) Informes y comunicaciones

- 419 — GONZALEZ-MENESES, Manuel jr.: "Sobre la llamada «causa fiducie» (Divagaciones de un opositor aburrido)".
- 485 — TENA ARREGUI, Rodrigo: "Costes de transacción y fe pública notarial".
- 481 — TORRENT, Armando: "La propiedad urbana en el Texto refundido de Ley del Suelo de 26 de junio de 1992".

B) Notas bibliográficas

- 521 — CRESPO DE MIGUEL, Luis: "La secularización del matrimonio", "Prólogo" de Francisco de Asís Sancho Rebullida, Euisa, Pamplona, 1992, 516 págs.

ESTUDIOS

REFORMA DEL ARTICULO 54 DE LA LEY DEL REGISTRO CIVIL

AURELIO DIEZ GOMEZ

Notario

9

I

En el número 7 de la “Revista Jurídica del Notariado” correspondiente a Julio-Septiembre de 1993 se publicó un trabajo de quien estas líneas escribe sobre “El nombre de las personas en el Derecho español”. Bajo los epígrafes C y D del apartado II —páginas 77 y siguientes— se trataban las limitaciones legales a la libertad de elección de nombre propio.

El precepto fundamental en la materia es el artículo 54 LRC cuyo texto actual es el siguiente:

“En la inscripción se expresará el nombre que se dé al nacido. Tratándose de españoles, los nombres deberán consignarse en alguna de las lenguas españolas.

Quedan prohibidos los nombres extravagantes, impropios

de personas, irreverentes o subversivos, así como la conversión en nombre de apellidos o seudónimos. También se prohíbe la imposición al nacido del nombre de su hermano, a no ser que hubiere fallecido, o cualquier otro que haga confusa la identificación.”

En el “Boletín Oficial de las Cortes Generales” n.º 53 de 18 de febrero de 1994 se publica un Proyecto de reforma de dicho artículo, que quedaría redactado como sigue:

“En la inscripción se expresará el nombre del nacido, si bien no podrá consignarse más de un nombre compuesto ni más de dos nombres simples.

Quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, así como los diminutivos o variantes familiares o coloquiales, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan en su conjunto a error en cuanto al sexo.”

10

La aprobación de este proyecto parece muy probable, y no es previsible que en su tramitación se altere gran cosa el texto propuesto.

II

Las modificaciones que el nuevo texto introduce respecto del vigente las podemos clasificar de la siguiente forma:

1.º Ciertos retoques de estilo, como decir “el nombre del nacido” en vez de “el nombre que se dé al nacido”; o “Tampoco puede imponerse” en lugar de “También se prohíbe la imposición”. Parece que se quiere utilizar unos términos menos imperativos o prohibitivos, y estas alteraciones no tienen mayor transcendencia.

2.º Elevar al rango de ley las limitaciones contenidas en el art. 192 RRC de que “no se podrán imponer más de dos nombres simples, que se unirán por un guión, o de uno compuesto” y de que no se pueden imponer nombres que “en su conjunto induzcan a error en cuanto al sexo”. Res-

pecto a lo primero, aunque no se vaya a recoger en la Ley, la obligación de unir los nombres mediante un guión, en su caso, no desaparece, puesto que subsiste el precepto reglamentario, donde tiene su asiento más propiamente que en una ley una disposición tan meramente adjetiva.

3.º Eliminar la obligación de que los nombres de los españoles deban consignarse en alguna de las lenguas españolas. Esta prohibición de la Ley venía matizada —probablemente “contra legem”— por el artículo 192 RRC, según el cual “Se permiten los nombres extranjeros. Si tuvieran traducción usual a cualquiera de las lenguas españolas se impondrán en la versión que elija el que haya de imponer el nombre.”

4.º Objetivar y expresar genéricamente la prohibición de nombres considerados como inadecuados.

III

Según la Exposición de Motivos, la finalidad primordial de la reforma es permitir sin restricciones el uso de nombres extranjeros; “Es especialmente perturbadora la regla que impone que los nombres propios deben consignarse en alguna de las lenguas españolas, lo cual lleva consigo que hayan de rechazarse conocidos nombres extranjeros, frecuentes en el entorno cultural europeo, por tener traducción usual a los idiomas de España, y que, por el contrario, se admitan antropónimos exóticos sin equivalente a estos idiomas. La regla es evidentemente excesiva cuando se trata de españoles nacidos fuera de España o cuando uno de los progenitores tiene una nacionalidad extranjera.—La presente Ley tiene por objeto acabar con esta inconsecuencia, admitiendo sin trabas para los españoles los nombres propios extranjeros.” El argumento de que es inconsecuente admitir nombres exóticos sin equivalente y admitir los comunes es discutible, porque precisamente admitir como nombre una

palabra extranjera que tiene equivalente en español es lo que puede inducir a confusión, de modo que puede dudarse, por ejemplo, si el nombre John es el apelativo familiar de una persona cuyo nombre oficial es Juan. Es, en cambio, convincente que la prohibición de nombre extranjero puede ser perturbadora para los nacidos fuera de España, puesto que en ocasiones les impedirá tener aquí el mismo nombre que en su país de origen, o llevar el mismo nombre que su padre u otro ascendiente o familiar.

12

Hay otras razones en favor de la reforma. Se evita el problema de qué es traducción usual. También desaparece la cuestión de si la palabra pretendida era o no un nombre, lo que podía depender de la mayor o menor permisibilidad de la legislación del país extranjero de origen. Esto es así porque aunque se entienda que tras la reforma el primer párrafo del artículo 192 RRC —“Se permiten los nombres extranjeros”— siga vigente, la expresión *nombre* ha de entenderse no como palabra que sea un nombre propio en el idioma de que se trate, sino como palabra extranjera susceptible de ser utilizada como nombre en España por no violar ninguna de las prohibiciones contenidas en nuestra legislación, de acuerdo con el sentido que parece indudable en el propuesto artículo 54 LRC.

Las críticas que han surgido tienen en su mayor parte un sentido extrajurídico, como la protección de la lengua o lenguas españolas o la defensa de nuestra identidad y tradiciones: hay quien no aprueba que nuestros Fernandos, Alvaros, Cármenes o Pílares dejen su lugar a Wolfgang, William, Kiril, Jacqueline o Jane.

Pero, en realidad, la razón fundamental de la reforma es la que reflejan las primeras palabras de la Exposición de Motivos: “El derecho de los padres a elegir para sus hijos los nombres propios que estimen más convenientes se halla sujeto a limitaciones exageradas, que no se corresponden con el principio de libertad que debe presidir esta materia y que demanda la sociedad española actual.”

IV

La reforma se hace en el texto que se propone mediante el procedimiento de eludir, en las limitaciones que contiene, toda referencia al idioma. Si lo comparamos con el todavía vigente se puede pensar que en éste se emplea la palabra *nombre* en su sentido específico, es decir, como palabra que en el uso social sirve como *nombre de pila* de las personas, bien porque el legislador pensara que así se protege mejor el interés o presumible deseo del menor, bien como reminiscencia de épocas anteriores en que se rechazaba en lo posible todo nombre que no fuera canónico —O. 18 mayo 1938—, y así se dice “nombre que *se dé* al nacido”; mientras que la redacción propuesta, “se expresará *el* nombre del nacido” parece indicar que cualquier palabra puede ser un nombre.

De esta manera se eliminan muchos de los problemas que plantea la elección del nombre.

13

El primero, como decimos, el del idioma. No es que se permitan los nombres extranjeros; es más bien que *el nombre no tiene idioma*. Cualquier palabra —salvo las que resulten prohibidas por ciertas razones— puede servir para nombre, aunque no sea tal en ninguna lengua. La única dificultad puede provenir de la grafía. Evidentemente no puede admitirse ninguna que no sea en caracteres latinos, y también debe rechazarse una palabra cuya escritura resulte impronunciable, que sin duda dificultaría la identificación. La ortografía extraña a idioma español no constituye un obstáculo, cualesquiera que sean las dificultades que pueda ocasionar su pronunciación.

V

En el nuevo artículo que se proyecta desaparece la prohibición de convertir en nombre los apellidos. Así desaparece también la duda de si lo prohibido es emplear como

nombre el propio apellido o cualquier otro. No obstante, habrá que entender que sigue estando prohibido imponer como nombre un apellido que por sí mismo o en consideración a las circunstancias pueda hacer confusa una correcta identificación de la persona, e incluso cuando tal imposición pueda perjudicar derechos de terceros.

La prohibición todavía vigente de imponer como nombre un seudónimo da lugar a problemas de interpretación, de modo que quedaba muy atenuada si se entendía que sólo alcanza a la conversión en nombre del propio seudónimo y no a la de seudónimos históricos. El proyecto de reforma suprime toda referencia a ello, de manera que el seudónimo vendrá a tener el mismo tratamiento que cualquier otra palabra; a menos que pueda ser considerado como variante familiar o coloquial de nombre —Cuco, Chiqui, Nena—, en cuyo caso estaremos en la prohibición de que se trata a seguido.

- 14 Esta es la de utilizar como nombres los diminutivos, que no sólo subsiste en el Proyecto, sino que a ella se añade la de las variantes familiares y coloquiales del nombre. Lo categórico de la redacción puede endurecer la vacilante jurisprudencia de la Dirección General: no sólo se prohíben las variantes coloquiales fácilmente reconocibles —Pepe, Paco, Tere—, algo que se explica por la confusión a que puede inducir respecto a cual sea el nombre oficial de la persona, sino las particulares de una familia, lo que no parece congruente con la posibilidad de imponer nombres de pura fantasía. La mejor solución sería interpretar *coloquiales* como una mera redundancia de *familiares*, o, mejor aún, eliminar del texto esta última palabra. Así se evitaría, además, el problema que van a plantear algunos nombres extranjeros, que no se sabe si son verdaderamente tales o apelativos españoles, como Michel, Jimmy —que, p. ej. en EE.UU. se admite como nombre oficial—, etc. Únicamente los que en el sentir popular se usan en España como apelativos quedarían prohibidos.

En general, la reforma parece que basa más las prohibi-

ciones en la protección del titular del nombre que en la defensa de los intereses de la sociedad, y, sobre todo, que en la de terceros o un grupo determinado. Por ejemplo, seguirá sin poderse imponer un nombre irreverente, pero más bien que porque ofenda a un sector de la población, porque perjudica a quien lo lleva; y ya puede utilizarse como nombre un apellido, aunque eso no guste a la familia que lo ostenta. Claro que siempre hay que tener en cuenta los intereses generales de la sociedad, e indirectamente el de las personas afectadas, como ocurre cuando el nombre de que se trate haga confusa la identificación, entendiendo por tal no sólo la propia individualización de la persona, sino el conocimiento de su correcto nombre oficial, sus vínculos familiares, etc.

Así pues, la prohibición de nombres extravagantes, impropios de persona, irreverentes o subversivos es sustituida en el nuevo artículo 54 por la de los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona. El empleo del adverbio objetivamente parece indicar un propósito de evitar subjetivismo en la calificación que debe hacer el funcionario a quien corresponda, pero en realidad este subjetivismo es inevitable: el funcionario *subjetivamente* tendrá que apreciar si el nombre pretendido *perjudica objetivamente* a la persona. Incluso podría decirse que al desaparecer la concreción del texto aún vigente aumenta la discrecionalidad del funcionario, que además de rechazar los nombres extravagantes, impropios de personas, irreverentes o subversivos, que indudablemente son perjudiciales, podría hacerlo con otros, por ejemplo los que sin ser subversivos en unas circunstancias determinadas podrían llegar a serlo en otro momento histórico. Y llevando las cosas a su extremo se podría entender que nombres que por haber caído en desuso, por identificarse con determinados personajes históricos o de ficción, o por cualquier otro motivo, llegan a ser ridículos o tienen connotaciones peyorativas, pueden ser rechazables como perjudiciales para la persona.

Finalmente una consideración: quizá hubiera sido conveniente aprovechar la reforma para introducir una posibilidad de cambio de nombre por el propio interesado, que por ejemplo al llegar a la mayoría de edad, estime que en algún sentido le perjudica el que se le ha impuesto, obviamente sin su consentimiento.

VI

El proyecto de reforma contiene también una Disposición Transitoria que dice así:

16

“A petición del interesado o de sus representantes legales, formulada en el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Encargado sustituirá el nombre propio consignado en la inscripción de nacimiento por aquél con que aparezca designada la misma persona en la inscripción de nacimiento practicada en un Registro Civil extranjero. La sustitución queda sujeta a la justificación de esta circunstancia y no procederá si el nombre pretendido incurre en las prohibiciones establecidas por el artículo 54 de la Ley del Registro Civil.”

Así pues, la norma especial únicamente tiene aplicación cuando se trate de persona que haya sido inscrita en un Registro extranjero con nombre distinto del que ostente en España. El cambio no exige que el nombre español sea traducción del extranjero, de modo que puede hacerse aunque uno y otro nombre no tengan nada que ver entre sí. Tampoco se distingue entre español de origen nacido en el extranjero y extranjero nacionalizado español.

En los demás casos el procedimiento para el cambio de nombre es el ordinario vigente. Por tanto, cuando se haya denegado la pretensión de imponer un nombre extranjero por tener traducción usual a lengua española, no hay posibilidad privilegiada de sustituir ésta por la forma extranjera que se había pretendido. Es más: este cambio tiene difícil

encaje en ninguno de los supuestos que lo permiten conforme a los artículos 59 LRC y 209 RRC, salvo cuando se pueda acreditar que la forma extranjera se ha venido usando habitualmente, y, aun entonces, se tropezará con que la traducción española habrá sido la empleada en documentos oficiales, lo que puede dificultar la prueba de la habitualidad, sin contar los casos en que la forma extranjera puede ser considerada como mero apelativo familiar.

EL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO EN LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ

Notario

19

Hará aproximadamente seis años tuve el honor de desarrollar una ponencia en el Seminario de los Miércoles de Don Federico de Castro, bajo la dirección de sus continuadores, Díez-Picazo y Vallet de Goytisolo, sobre el deterioro del pacto resolutorio en la jurisprudencia hipotecaria; título con el que apareció sucesivamente en el Anuario de Derecho Civil, y en agradecimiento al último de los maestros citados, integrado en uno de los tomos de su homenaje (1).

Al afrontar la R. 28 de diciembre de 1982 me percaté de la necesidad de estudiar con especial detenimiento la ju-

(1) *A.D.C.*, T. XLII, F. VI Octubre-Diciembre de 1989, págs. 1169 y sgs., y *Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. VI.

risprudencia del Tribunal Supremo, pues tenía la impresión —luego confirmada— de que estaba siendo malinterpretada y peor aplicada en el caso de la resolución señalada.

Como resultado de mi investigación pude constatar que, tras la aparente unidad de la máxima jurisprudencial —que exigía junto con el incumplimiento una voluntad deliberadamente rebelde para motivar la resolución prevista en el art. 1.504— se escondía una auténtica corriente subterránea que, en el fondo diluía por completo el requisito (2).

La evolución era clara: en sus orígenes la trasposición de la voluntad rebelde (del 1.124 al 1.504) cumple el papel en las S. de 28 de enero de 1944 y de 5 de junio de 1944 de mero dato o indicio del que deducir el incumplimiento. Era algo intrínseco; sólo posteriormente y no obstante la advertencia contenida en la S. de 28 de enero de 1944 que recordando otra del año 1935, ponía en guardia contra un peligroso propósito generalizador, la máxima pierde de vista sus orígenes hasta convertirse en un elemento extrínseco al incumplimiento, preciso para que éste alcance la cualidad de resolutorio. Con ello, acaba por crear un nuevo motivo de casación por aplicación indebida del art. 1.124 del C.c.; y es, entonces, cuando con el fin de cerrar el camino a recursos muchas veces infundados, el Tribunal Supremo inicia una vía en la que, si bien preservaba nominalmente el referido requisito, en realidad prescindía del mismo en un proceso —que llamé— de autoinmolación a través de diferentes vías: la puramente excluyente; la que repercutía en el comprador la carga probatoria; la generalizadora del requisito hasta comprender en su ámbito el incumplimiento mismo; la que lo transformaba en requisito ocasional como un plus, conceptualmente inexplicable, frente a la mera pasividad del comprador considerada suficiente en la S. de 26 de abril de 1988 (3).

(2) *Vid.* “El deterioro del pacto resolutorio”, *A.D.C.*, págs. 1177 y sgs.

(3) “El deterioro...”, *op. cit.*, págs. 1177 y sgs., esp. 1182 y sgs.

Concluía, en fin, que sólo era cuestión de tiempo el relanzamiento de la tesis negativa y con esta línea recogía la S. de 12 de mayo de 1988, Ponente el Sr. Santos Briz, que negaba la virtualidad de semejante *animus debitoris* por implicar la exigencia de dolo en el incumplimiento (4).

Con posterioridad estas consideraciones mías han resultado avaladas por la autoridad de JORDANO FRAGA (5) que en su libro *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria* muestra su sustancial conformidad; coincidencia que en rigor no es sustancial, sino total, pues el único punto en que difiere es en relación a mi supuesta afirmación de que la voluntad rebelde se utilizó al principio con el único fin de negar la resolución, cuando en ningún momento pretendí esbozar opinión tan absoluta; ya que sólo decía que así sucedía por lo general, y por lo tanto no siempre (6).

En parecidos términos se manifiesta Díez-PICAZO en la última edición de sus *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* cuando asevera que la voluntad rebelde no puede ser considerada jurisprudencia a la luz del art. 1-7 del C.c., ya que en definitiva coexisten distintas líneas jurisprudenciales, aun cuando en el momento en que escribe todavía sea prematuro levantar —nos dice— acta de defunción, sí cabe certificar una crisis de aquella doctrina (7).

Si en el año 1988, la sentencia meritada anteriormente aparecía como una excepción (la eliminación de la voluntad rebelde), se ha visto paulatinamente corroborada por otras. Durante los años 1990 y 1991 aumenta su número por obra de diversos ponentes. Finalmente en el año 1992 y en lo que llevamos de 1993 cabe hablar de una verdadera consagración de la nueva doctrina. El Tribunal Supremo en un

(4) *Op. cit. supra*, pág. 1187.

(5) *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código civil. Civitas 1992, pág. 165.

(6) *Vid.* “El deterioro...”, *op. cit.*, pág. 1183: “por lo general siempre que...”.

(7) *Fundamentos*. Civitas 1993. T. II, pág. 718.

proceso de depuración y de autoexigencia científica, del que deberíamos tomar ejemplo los juristas, que tan frecuentemente nos anquilosamos en los dichos sin reparar en los hechos, rectifica expresamente, abdica de la voluntad rebelde, y otorga a la nueva solución el rango de doctrina.

La expresada jurisprudencia constituye la razón de estas páginas, en cuanto se incardina en la vía más adecuada, para interpretar acertadamente el juego de los artículos 1.124 y 1.504.

En mi anterior estudio (8) señalaba que la coincidencia entre los artículos 1.124 y 1.504 cabía encontrarla en la exigencia de un punto común de partida: el cumplimiento de sus obligaciones por el que resuelve y el incumplimiento por parte del comprador: Arrancan, ambos, del incumplimiento, pero así como en el art. 1.124 el Juez puede examinar, si además del incumplimiento, militan causas justificadas para conceder plazo, en el caso del artículo 1.504 la práctica del requerimiento notarial o judicial cierra el paso a tal posibilidad, como tiene reconocido en gran cantidad de sentencias nuestro Alto Tribunal, y por citar alguna entre las recientes la de 20 de marzo de 1992.

En consecuencia, el recurso a la voluntad rebelde, además de constituir un recipiente conceptual hueco por completo, entrañaba un serio riesgo de distorsión, ya que podía albergar el otorgamiento disimulado de plazos vedados en el 1.504 del C.c., con el agravante de que en la mayor parte de las ocasiones no era necesario para extraer la solución correcta, ya que la verdadera *ratio decidendi* descansaba en otras causas perfectamente congruentes: o porque el vendedor no había cumplido la obligación principal; o bien el comprador había obtenido una prórroga tácita; o acaso por la *exceptio imminetis eviccionis* (1.502 C.c.). Asimismo, era dable constatar alguna que otra aplicación del requisito subjetivo en otros casos en que la resolución pretendíase motivar

(8) *Op. cit.*, pág. 1176.

en un plazo residual, de escasa importancia, por ejemplo 70.000 pesetas, que era lo que faltaba por pagar de los 4.170.973 pesetas en el supuesto de la S. de 9 de enero de 1992, que todavía recoge por inercia la antigua doctrina jurisprudencial; a lo que procede oponer que la justicia de semejante solución no debe enturbiar una exacta visión del problema que lleva a la consideración más ortodoxa y precisa, de repudiar la resolución pretendida por abusiva y contradictoria con la buena fe (arts. 1.528 y 72 C.c.) (9).

El fin de la voluntad rebelde

Llegados a este punto parece conveniente centrar el análisis en esa jurisprudencia renovadora, “más acorde a los tiempos” (S. 23 de abril de 1992) por la que “se matiza”, “mitiga” o en definitiva “se supera” (S. 14 de febrero de 1992) el anterior criterio subjetivo.

23

A) Concepción subjetiva progresivamente preterida.

Naturalmente no es fácil rectificar cincuenta años de voluntad rebelde; todavía de vez en cuando se recoge la máxima como en el caso antecitado de la S. de 9 de enero de 1992, pero ello ha devenido infrecuente: actualmente casi siempre que se cita es para rechazarla.

Incluso aquellas sentencias, cada vez más raras, que traslucen una concepción subjetiva del incumplimiento, renuncian al adjetivo “rebelde” de forma sintomática, cual sucede en la S. de 24 de septiembre de 1992: “es doctrina reiterada de esta Sala la que proclama que para que proceda la resolución del contrato de compraventa con base en el art. 1.504 del C.c. en relación con el 1.124 del mismo cuerpo legal (del que es una aplicación específica referida a la compra-

(9) Vid. Díez-PICAZO en *Fundamentos*, op. cit., pág. 712.

venta de inmuebles) se requiere que el comprador haya iniciado un incumplimiento deliberado, pertinaz y definitivo de su obligación de pago del precio, que es a la postre el fin del contrato (S. 20 de junio 1990, 25 de enero de 1991 y 16 de julio de 1992, por citar alguna de las recientes)”.

El método empleado resulta claro: se sustituye la voluntad rebelde por una descripción atemperada de la misma, en una línea similar, a la anteriormente reproducida, cuando hablaba de la autoinmolación del requisito.

No me voy a detener mucho en el comentario de esta vertiente jurisprudencial, pues pienso que carece de futuro; expresa simplemente una transición.

Así, ya con antelación la S. de 14 de mayo de 1992 señalaba: “independientemente de que, según la más moderna doctrina jurisprudencial, para la resolución del contrato es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte (S. 24 de febrero de 1990, 7 de junio de 1991 y 4 de marzo de 1992) sin que sea preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento (S. 14 de febrero y 16 de mayo de 1991)”.

De parecida manera y de fecha posterior *la S. 22 octubre de 1992*: “y todo ello sin olvidar algo que el recurrente no parece haber tenido en cuenta, cual es su reiterado retraso en satisfacer el precio de la compraventa, lo que se inserta en el ámbito de esta deliberada rebeldía al cumplimiento de referida obligación, bien que en la actualidad la doctrina de esta Sala no requiera siempre para que la resolución se produzca la acreditación de esta resistencia deliberada y persistente al cumplimiento, que en este caso evidentemente existe.”

Hay, pues, conciencia de la nueva doctrina, independientemente de que en el caso concreto, los hechos reflejaran una resistencia persistente al cumplimiento.

B) Concepción objetiva.

Las dos sentencias antecitadas nos dan pie para entrar ya de plano en esa nueva doctrina que anticipaban las SS. 12 de mayo de 1988 y 5 de junio de 1989, cuando equiparaban la exigencia de una voluntad rebelde, a la de dolo en el incumplimiento, so pena de dejar el contrato al arbitrio del comprador en abierta pugna con el art. 1.256 del C.c.

Estas sentencias (del mismo Ponente Sr. Santos Briz) que en otros trabajos (10) cité como antesala de una nueva orientación se han visto absolutamente ratificadas en otras posteriores.

La voluntad rebelde aducida en casación representaba un requisito francamente peligroso para el equilibrio contractual, conforme se desprende, por ejemplo, de la *S. 7 diciembre de 1989* (Ponente Sr. Martín Granizo): “El motivo fracasa, en primer lugar, porque tiene declarado este Tribunal de modo reiterado y para flexibilizar a la vez que impedir que una estricta aplicación de la exigencia «de esta voluntad deliberadamente rebelde» se pudieran frustrar los legítimos intereses de los acreedores, se ha admitido la posibilidad de omisiones, por parte de los deudores, que sin implicar un mero retraso o demora puedan conducir o impedir el cumplimiento de la obligación”.

El riesgo reductor del supuesto del hecho normativo que entrañaba el referido *animus* no se le escapa al Tribunal Supremo, conforme expone en la *S. 16 de mayo de 1991* (Ponente Sr. Almagro Nosete):

“La argumentación impugnatoria de la aplicación del precepto (del art. 1.504 C.c.) intenta apoyarse en la interpretación jurisprudencial *que mantuvo este tribunal* al exigir que se acreditara de manera indubitada la voluntad deliberadamente rebelde del comprador a dar cumplimiento de lo

(10) “El deterioro...”, *supra cit.*, y *Comentario Centenario C.c.* Ministerio de Justicia, art. 1.504.

convenido. *Tal doctrina, que aislada de las peculiaridades del caso podría ocasionar valoraciones reductoras del supuesto normativo, ha sido matizada*, como establece la S. de esta Sala de 21 de julio de 1990 (que cita otras muchas acreditativas de la *nueva orientación*) «aclarando que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con ánimo deliberado de causar tal incumplimiento, bastando que pueda atribuirse una conducta voluntaria —y no sanada por una justa causa que la origine— obstructiva al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó».

Este pronunciamiento no requiere mayor comentario, en lo que concierne al abandono de la voluntad rebelde. Sigue, empero, en este orden de ideas, un camino, el de la exigencia de una conducta voluntaria que conviene estudiar con algún detenimiento:

26 **a) Conducta voluntaria versus voluntad rebelde o deliberada.**

Esta construcción jurisprudencial ha de ser interpretada sin perder la perspectiva correcta, consistente en encontrar una salida para acabar con la voluntad rebelde, que pasa a “matizar” mediante una orientación: —que se confiesa nueva— en cuanto orilla la voluntad rebelde en aras de la voluntad obstativa del fin contractual o la conducta voluntaria, no deliberada y carente de justa causa sanatoria.

Aparte de la S. del 16 de mayo de 1991 antecitada, existen bastantes que se producen en igual sentido; cabe citar las SS.: 5 de septiembre de 1991 (ponente Sr. González Poveda); 18 de diciembre de 1991 (Ponente, como en la de 16 de mayo, Sr. Almagro Nosete); y otras como la S. 27 de enero de 1993 (Ponente Sr. Martínez Calcerrada).

Entresaco como exponente de esta solución la S. 21 de julio de 1990 (ponente Sr. González Poveda) que declara: “... si bien la doctrina jurisprudencial reciente ha venido a matizar tal concepto, aclarando que no es preciso que el

contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar tal incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria —y no sanada por una justa causa que la origine— obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (S. 19 de enero, 6 y 20 de octubre de 1984, 28 de enero de 1988, 2 de junio, y 13 y 21 de octubre de 1989)”.

Obsérvese que este grupo de sentencias introduce algo más que una matización: abandonan el recurso de la voluntad rebelde, el ánimo deliberado, y limítanse a exigir una conducta voluntaria y no sanada por una justa causa que la origine.

Es un paso transcendental en la buena dirección, siquiera perdure un cierto grado de indeterminación: ¿qué se entiende por conducta voluntaria no deliberada y sin justa causa sanatoria?

La respuesta viene dada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo en otras sentencias, alguna de ellas de los mismos ponentes que las anteriores, que, al tiempo que reproducen la doctrina procuran explicar en qué consiste.

27

b) *Coincidencia entre conducta voluntaria e impago objetivo.*

De las sentencias que recojo a continuación cabe, a mi juicio, extraer una doble conclusión: en primer lugar el Tribunal Supremo abandona la voluntad rebelde en méritos de una doctrina presentada como novedosa y unitaria; y en segundo término que no reputa divergentes la exigencia de una conducta voluntaria no deliberada ni sanada por justa causa y el impago en sentido objetivo.

En este orden de ideas, la S. 10 de junio de 1991 (Ponente Sr. Martínez Calcerrada), tras reproducir la nueva doctrina en los términos referidos anteriormente añade: “que naturalmente, todo ello habrá de colmarse con que se precisa, en todo caso se haya producido, para acceder la resolución

instada, la premisa básica que presupone el repetido artículo 1.504, esto es, que se haya producido una falta de pago del precio en el tiempo convenido, *por lo cual es evidente que circunstancia básica determinante* de la correspondiente sanción, sería la de comprobar si en realidad se ha producido esa infracción en su obligación de pago por el comprador, justamente en el tiempo convenido, de tal manera que si ello no pudiera considerarse como indiscutible por existir contienda entre las partes, quiebra la plataforma fáctica, como se dice, de la que deriva la sanción contenida en el susodicho art. 1.504, ya que entonces habría, pues, de aplicarse al respecto el clásico principio de que *non potest improbabilis dideri cui ignorat quid solvere debeat*".

O sea: que la conducta voluntaria no deliberada, ni sanada por justa causa, debe considerarse colmada o cumplida en el caso de que se dé la circunstancia básica determinante: infracción de la obligación de pago en el tiempo convenido; lo que a su vez deriva de que la premisa básica del art. 1.504 consiste en la falta de pago.

Conviene apurar el análisis con la *S. de 16 de junio de 1992* (Ponente Sr. Barcala y Trillo Figueroa), que igualmente agrega: "pero la doctrina más reciente de la Sala viene proclamando que la resolución a tenor del art. 1.504, no requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde» al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, *que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo* sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando con que al incumplidor pueda atribuirse una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó". —Hasta aquí se recogen idénticas consideraciones a las contenidas, por ejemplo, en la *S. de 7 de junio de 1991* (Ponente Sr. Morales Morales).— Además estima: "aconsejable la resolución en la que concurran impago prolongado, duradero, injustificado, o *quedar frustrado el fin*

económico-jurídico que implica el negocio de compraventa y las legítimas aspiraciones del vendedor, y aconsejable, asimismo, mantener el pacto en homenaje a la voluntad contractual, cuando no aparezca definida una decidida voluntad negativa...”

En consecuencia: el incumplimiento objetivo e inequívoco se traduce en una voluntad obstativa al cumplimiento, deducible del impago prolongado, duradero, injustificado “o” de quedar frustrado el fin económico-jurídico del contrato. Es decir, si en la anterior S. 10 de junio de 1991 la conducta voluntaria venía, en la práctica, a colmarse con la falta de pago o incumplimiento objetivo, en la presente el incumplimiento objetivo se consuma en una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento, conducente a la frustración del fin del contrato.

Se cierra el círculo: no se reputan divergentes el impago objetivo y el imputable a una conducta voluntaria no deliberada.

29

Así, la S. 4 de marzo de 1992 (Ponente Sr. Ortega Torres) “según la más reciente doctrina jurisprudencial para la resolución del contrato *es suficiente que se frustre el fin del contrato...* así como que *no es preciso* que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento, *bastando que* pueda atribuírsele una *conducta voluntaria* —y no sanada por una justa causa que la origine— obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó, *siendo, en definitiva*, aplicable el art. 1.504 a los casos en que se da el *hecho objetivo del impago*, la quiebra de la finalidad económica del contrato, el impago duradero, prolongado e injustificado (S. 20 de diciembre de 1989 con cita de otras anteriores)”. Esta doctrina del año 1992 se reproduce y asume también por la S. 22 de marzo de 1993 (Ponente Sr. González Poveda).

Por fuerza hay que concluir que el Tribunal Supremo ha decidido terminar con el viejo requisito subjetivo, para otorgar carta de naturaleza a una nueva construcción, que hace

derivar la resolución del incumplimiento objetivo, representado por una conducta voluntaria no deliberada ni sanada por justa causa que la origine.

La solución es perfectamente coherente si se repara que tan sólo requiere la falta de pago, voluntaria en cuanto libre (no provocada por caso fortuito o fuerza mayor) y carente de justa causa sanatoria (incumplimiento del vendedor, prórroga tácita, excepción del 1.502 del C.c. o contraria al 1.258 y 7-2 del C.c. en el caso de la resolución abusiva por un plazo residual).

Estas consideraciones aparecen reforzadas por otros pronunciamientos que bajo la misma enseña doctrinal resultan terminantes.

Así entendida, la expresión “conducta voluntaria” posee un significado congruente con el planteamiento rectificatorio que guía la nueva construcción jurisprudencial, si bien, conviene reconocer que una lectura apresurada puede inducir a error y orientar al intérprete hacia una configuración subjetiva del impago, en absoluto pretendida en las sentencias reseñadas.

El deseo de buscar una significación lo más armónica posible entre el impago en sentido objetivo y la antigua posición subjetiva explica el interesante recorrido lógico de la *S. de 23 de abril de 1992* (Ponente Sr. Villagómez Rodil).

Esta sentencia descarta, para empezar, la exigencia de la voluntad rebelde, ya que implicaría exigir dolo en el incumplimiento y cuando, a mayor abundamiento este requisito no se expresa literalmente en el art. 1.124, por cuanto: “lo que determina es que no se precisa que concurra a efectos resolutorios una pertinaz y continuada conducta obstativa al cumplimiento, sino que basta que el interesado en una vinculante relación obligacional, frente a la actuación del que cumple, no actúa de la misma manera, produciendo incumplimiento de contrario, revelado por llevar a cabo conductas de contradicción a lo establecido en el pacto negocial relacionante o de no prestación de lo debido, *por decisión de*

su libre voluntad, en cuanto ha de darse ausencia de toda causa, razón o justificación apreciable y concurrente para ello, colocándose de esta manera, bien expresamente o deducción de sus actos y conductas acreditadas, en postura manifiesta de oposición a cumplir lo que convino y obligó por actuación en línea de mala fe”.

Del fundamento transcrito importa subrayar la explicación de que la ausencia de prestación por parte del comprador debe obedecer a “una decisión de su libre voluntad”; por eso es voluntaria, porque es libre ya que no proviene de caso fortuito ni de fuerza mayor; y en este sentido no reviste naturaleza positiva (expresión de un querer) sino negativa, ausencia de causa, razón o justificación apreciable, o lo que es igual, de las justas causas sanatorias, que sanan, porque evitan que la falta de prestación pueda reputarse incumplimiento (las ya señaladas: prórroga tácita, incumplimiento del vendedor, art. 1.502, etc.)

31

Hasta aquí la argumentación desarrollada me parece irreprochable. Sólo un intento, explicable, pero innecesario, de limar asperezas, de aproximar las dos doctrinas que se suceden, le lleva a entrever en el incumplimiento objetivo o “incumplimiento de contrario”, —que es la verdadera *ratio decidendi*—, una *percepción* —que no es una secuencia lógica, sino una mera presunción— de que el comprador se encuentra en línea de mala fe; presunción que no es factor determinante de la resolución, porque anteriormente ha cuidado de negar que deba apreciarse dolo en el incumplimiento. Por consiguiente, la no prestación y la postura subjetiva —cabe deducir según la sentencia— irán corrientemente unidas; pero mientras la primera es causa de la resolución, la segunda deviene meramente circunstancial.

c) *El impago en sentido objetivo.*

El impago en sentido objetivo constituye pues el contenido de la nueva doctrina del Tribunal Supremo, conforme

se desprende de las sentencias ya glosadas junto con las que a título complementario procedo a recoger:

Esta visión está claramente evidenciada en la *S. 11 de julio de 1991* (Ponente, al igual que en la de 23 de abril de 1992 antecitada, Sr. Villagómez Rodil), cuando concluye: “Tal resolución opera sin que sea precisa una actitud dolosa del incumplidor, siendo la finalidad del contrato para los vendedores, la percepción del precio correspondiente a lo vendido, y para que no se frustre el mismo, bastando, como sucede en la presente controversia una pasividad morosa y una desatención persistente en los compradores de cumplir sus obligaciones de pago.”

Asimismo, la *S. 31 de marzo de 1992* (Ponente Sr. González Poveda) reitera: “requisito que ha sido matizado por la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que para la resolución del contrato no se requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es a lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde» al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte que haya *un incumplimiento inequívoco y objetivo*, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte.

Contundente en su adscripción, la *S. 14 de febrero de 1992* (Ponente Sr. Marina Martínez Pardo) declara: “... pero es que además ha de reiterarse que la actual jurisprudencia de esta Sala se separa del anterior criterio subjetivo conforme al cual la voluntad deliberadamente contraria al cumplimiento era requisito inexcusable para la aplicación del art. 1.504”. Se mitiga el rigor del lenguaje por entender que “la voluntad deliberadamente rebelde” es más bien propia del incumplimiento doloso. Las sentencias actuales (entre otras las de 12-5-88, 22-2-88, 5-6-89, 20-12-89, 21-7-90, 5-9-91) afirman que deben entrar en el ámbito resolutorio del 1.504 aquellos casos, como el presente, en que el incumplimiento de la obligación de pagar es duradera, persistente, frustra

para el vendedor la finalidad del contrato y no encuentra para el comprador explicación razonable alguna de su postura.

Finalmente, me parece muy ilustrativa la sentencia del mismo Ponente que la inmediata anterior *de 8 de abril de 1992*, que cierra el paso a toda indagación sobre el grado de voluntariedad por parte del incumplidor: “Pues bien, esta Sala una vez más ha de matizar que la tradicional exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde, que puede identificarse con el impago doloso, ha sido mitigada por el criterio sentado en sentencias (entre otras la de 26-1-88, 29-2-88, 8-2-89, 20-12-89, 24-2-90) según el cual para que la resolución prospere basta que se acredite por el vendedor cumplidor de sus obligaciones que se frustró el fin económico del vínculo contractual y las legítimas expectativas del vendedor, *sin necesidad de penetrar en el grado de voluntariedad del incumplidor en parte importante de sus deberes y tanto por la entidad del impago (un plazo de treinta y un millones) como por su propio tenor debe entenderse que el demandado ha incidido en la esfera de aplicación de los artículos citados*”.

33

In claris nom fit interpretatio, tan sólo, procede constatar el acta de defunción —tal como auguraba Díez-PICAZO— (11) de la voluntad rebelde, que a fin de cuentas se divisaba en base a una generalización inicialmente desaconsejada, más previsible dada la versatilidad incontrolable del requisito, que conceptualmente inadecuado, encubría, sin embargo “actuaciones con manifiesta temeridad” (S. 18 de octubre de 1989) y la contestación a supuestos de resolución provenientes de una “patente e irritante ineffectividad del precio debido y no pagado” (S. 21 de octubre de 1989), a trueque de incurrir en el riesgo “de valoraciones reductoras del supuesto de hecho” normativo (S. 16 de mayo de 1991), motivadoras de aquel estudio sobre el deterioro del pacto resolu-

(11) *Op. cit.* en nota 7.

torio en la jurisprudencia hipotecaria, en el que entiendo haber acreditado que el Tribunal Supremo en numerosísimas ocasiones preservaba nominalmente la máxima sin aplicarla en realidad. En la actualidad nominalmente la rechaza.

Aunque resulta penoso desandar los pasos ya caminados, estimo conveniente reiterar mi anterior criterio sobre el particular.

La Resolución de 19 de diciembre de 1982 se asentaba en dos premisas: la mayor una aplicación indebida de la extinta voluntad rebelde; la menor una cita infundada de la S. 16 de noviembre de 1979, alusiva a un supuesto de resolución unilateral no amparada en un previo pacto resolutorio: La resolución interpretó los términos de la sentencia equiparando “a tal resolución contractual” con la resolución paccionada, cuando, como revelaban los antecedentes, quería decir simplemente “resolución del contrato”, ya que, repito, no había pacto resolutorio.

34

Creía haber dejado suficientemente asentadas las cosas. Por ello me ha sorprendido que recientemente JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (12) y FRANCISCO GÓMEZ GALLIGO (13) consideren inaceptables mis soluciones y propuestas, sobre la base de la reiteradísima doctrina del Tribunal Supremo que reclama una voluntad rebelde al cumplimiento, sin ponderar en lo más mínimo mi estudio sobre este concreto aspecto de la cuestión, ni pasar revista a la errónea invocación de la S. 16 de noviembre de 1979, que silencian y sustituyen por la cita —cada cual de una sentencia— que en conjunto ni expresan lo que pretenden ni aportan nada nuevo.

Bien es verdad que en lo relativo a la voluntad rebelde, GÓMEZ GALLIGO (14) precisa algo más en cuanto que “el Tribunal Supremo, que sigue exigiendo la voluntad deliberadamente rebelde —o al menos voluntaria— al pago....”. Confío que en las anteriores páginas todo este asunto de la

(12) GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral*. T. II, págs. 539 y sgs.

(13) GÓMEZ GALLIGO. *R.C.D.I.* N. 613. Nov. Dic. 1992. Págs. 2475 y sgs.

(14) *Op. cit.*, pág. 2476.

voluntad rebelde y de la conducta voluntaria en las sentencias del Tribunal Supremo haya quedado claro.

Esto supuesto, GÓMEZ GALLIGO (15) reactiva la premisa menor de la Resolución de 19 de diciembre de 1982 que como se recordará decía: “Considerando que, igualmente, y según la Sentencia de 16 de noviembre de 1979, si al hacerse «el requerimiento» no se allana el requerido al mismo, sino que se opone categóricamente, a él, a *tal resolución contractual* no se puede dar eficacia sin que sea estimada y declarada por los tribunales, y es mediante ésta, cuando no existe conformidad en las partes, como debe obtenerse y producirse la declaración resolutoria.”

Tenía la convicción de que la aludida sentencia no podía decir lo que se le imputaba; y en efecto un atento repaso de los antecedentes, como de las otras sentencias aludidas, confirmó que todas ellas se ocupaban de supuestos en los que la resolución no provenía de un pacto de *lex commissoria*. Ello me llevaba a concluir (16):

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

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

(15) *Op. cit.*, pág. 2476.

(16) “El deterioro...”, *op. cit.*, págs. 1191 y 1192.

“Es cierto que la misma se produce tras el incumplimiento —recae a posteriori—, pero es igualmente cierto que la oposición, lo que verdaderamente refleja es esa ausencia de aceptación; y es esta carencia lo que conduce por modo automático el debate judicial sobre el incumplimiento.”

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

36

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

A todo esto, GÓMEZ GALLIGO (17), contraponc tan sólo lo siguiente: “A pesar de que se entiende que en tales casos la resolución se opera automáticamente y no por la facultad de resolver que otorga el art. 1.124 C.c. se estima que si la declaración de resolución se impugna por la otra parte queda sometida al examen y sanción por los tribunales, pues los efectos de la resolución han de ser instados y obtenidos por vía judicial (S. de 4 de abril de 1990). Luego si el propio Tribunal Supremo no declara la resolución, a

(17) *Op. cit.*, pág. 2476.

pesar de darse los requisitos del art. 59 RH, menos se puede practicar la reinscripción sin intervención judicial si existe la oposición del comprador.”

Lo que me preocupa es la inexistencia de una argumentación contradictoria. No se niega la corrección del razonamiento sino por la cita de una sentencia aislada. El método hace aguas por todas partes, tanto más cuanto como refería ya Aristóteles una golondrina no hace primavera.

La sentencia en cualquier caso no está bien traída porque no ha sido rectamente interpretada. Dice su segundo fundamento: “Segundo. Es doctrina reiterada de esta Sala que no procede la aplicación del art. 1.124 del C.c. por no entrar en juego su reglamentación, cuando en el contrato existe pacto de *lex commissoria*, es decir, cuando hay cláusula establecida por las partes que regula y condiciona el ejercicio de la resolución (S. 4 de mayo de 1972); y si se dispone que el incumplimiento de la prestación funciona como condición resolutoria, entonces la resolución se produce automáticamente y no por la facultad de resolver que otorga el dicho art. 1.124 (SS. de 1 de mayo de 1946, 18 de diciembre de 1956, 23 de noviembre de 1964, 8 de mayo de 1965, 24 de febrero de 1966 y 30 de marzo de 1976); por último, cual se recoge en la reciente sentencia de 12 de marzo del corriente año 1990, *la opción entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido corresponde a la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato y puede ejercitarla ya en la vía judicial, ya fuera de ella a reserva de que si la declaración de resolución se impugna por la otra parte quede sometida al examen y sanción de los Tribunales, que declararán si es o no ajustada a Derecho, pues los efectos de la resolución han de ser instandos por la vía judicial* (SS. 24 de octubre de 1941, 28 de enero de 1943, 7 de enero de 1948, 19 de marzo de 1949, 23 de diciembre de 1953, 30 de septiembre de 1955, 16 de noviembre de 1956, 4 de noviembre de 1958, 22 de junio de 1959, 9 de marzo de 1960, 19 de marzo de 1961, 25 de marzo de 1964, 2 de

noviembre de 1965, 6 de octubre de 1967, 3 de julio de 1971 y 21 de mayo de 1976...) *pero la resolución del contrato es acto del contratante que considera incumplido el mismo por el otro (S. de 17 de enero de 1986)* y puede solicitarse mediante voluntad unilateral de quien ha cumplido, siendo la resolución que la acoge, proclamación simple de la resolución ya operada (S. 14 de junio de 1988)."

En resumidas cuentas:

1. La resolución derivada del pacto *lex commissoria* tiene carácter automático a diferencia de la facultad concedida en el art. 1.124 C.c.

2. Dicha resolución no puede ser detenida por ofrecimiento de pago ulterior al requerimiento resolutorio, ya que aquí no juega el art. 1.124.

3. La decisión entre resolver o reclamar el cumplimiento es una opción que compete exclusivamente a la parte perjudicada.

38

Esta es la doctrina real de la sentencia, por lo demás perfectamente lógica y coherente, y ocurre simplemente que, al ventilar la cuestión sobre a quién corresponde el ejercicio de la opción entre el cumplimiento y la resolución, aprovecha el discurso contenido en la Sentencia de 12 de marzo de 1990, recaída pocos días antes y del mismo ponente.

La S. 12 de marzo de 1990 se refería a un contrato mixto de préstamo y suministro en exclusiva de cerveza, reputándose acreditados; el cumplimiento de la actora y el incumplimiento de los demandados, tanto en relación a la amortización del préstamo como en el pago de los suministros, supuesto para el que se prevenía en dicho contrato la resolución, y que las sentencias de instancia y apelación consideran efectivamente resuelto, y colocado bajo el exclusivo ámbito del art. 1.124 del C.c.

El recurrente adujo que no procedía la resolución porque el actor en ningún momento verificó declaración alguna en tal sentido y de esta suerte el fallo, sobre otorgar más de lo pedido, acogía una declaración esencial al margen de lo

deducido por las partes en el procedimiento, puesto que la actora no pidió en la demanda la declaración de resolución del contrato.

El Tribunal Supremo entiende que no es predicable la pretendida incongruencia, dado que la resolución se hallaba implícita en la pretensión deducida en la demanda; y después de rechazada la excepción añade que la opción entre la resolución y el cumplimiento compete al contratante perjudicado; y dentro del marco enunciado por el art. 1.124 refuerza el argumento con la vieja doctrina de la resolución unilateral en vía extrajudicial —que sólo en caso de oposición— necesitará de la confirmación judicial con profusión en la cita de sentencias, alguna de las cuales coincide, desde luego, con las enumeradas en la S. de 16 de noviembre de 1979.

La Sentencia de 4 de abril de 1990, al igual que la anterior, debe ser correctamente interpretada para no transformar en sustancial una cita meramente circunstancial y complementaria y por lo mismo inadvertidamente extensa.

Pues en otro caso: ¿en qué se diferenciaría el automatismo del pacto reconocido en la Sentencia, de la resolución unilateral en vía extrajudicial conforme al art. 1.124 C.c.?

La respuesta no puede consistir en la negación de plazos ulteriores al requerimiento: ésta es una directa secuela del requerimiento; no del carácter automático de la resolución pactada, en la medida en que el art. 1.504 se aplica doblemente, haya o no cláusula resolutoria. En realidad el automatismo significa que la oposición al requerimiento no es susceptible de triunfar sobre lo anteriormente pactado (art. 1.256) ni por consiguiente provoca la detención de la resolución a la espera de una ulterior declaración judicial, contrariamente a lo que acontece cuando no ha sido previamente acordada.

Luego la sentencia dice exactamente lo contrario a lo propugnado por GÓMEZ GALLIGO. Sucede sencillamente que, a la hora de hacer valer la notificación resolutoria frente al

posterior ofrecimiento de pago (tal que en la Sentencia de 12 de marzo al rebatir la incongruencia) agrega *in fine* que la elección entre el cumplimiento y la resolución recae en la parte perjudicada; precisión común al pacto resolutorio y al 1.124 C.c., que facilita la transcripción de la sentencia supracitada, con el inciso relativo a la declaración judicial, la cual recabada en caso de oposición, propiamente se refiere a la resolución unilateralmente realizada en la vía extrajudicial, a pesar de no estar sustentada en un pacto de *lex commissoria*. Este aserto, rectamente entendido, no pasa de un *obiter dictum*, carente de importancia, siempre que no se pierda de vista el fondo real de las cosas.

40

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, expone (18) “que la resolución de la compraventa en la vía extrajudicial no puede ser automática, sino que exige varios requisitos, de sobra conocidos, pero uno de ellos, el más elemental, es que el comprador no se oponga a la resolución.”

“Entre las muchas sentencias que podrían traerse a colación, hay que considerar muy oportuna a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1993 (Aranzadi n.º 4836) que deja bien claro que la resolución judicial no cabe cuando hay oposición del comprador. Luego no basta el requerimiento notificación”. Seguidamente reproduce el fundamento segundo de la sentencia y concluye: “Cada vez se confirma más que lo que algunos han llamado «deterioro del pacto de *lex commissoria*, no es un deterioro en sentido jurídico, sino una solución justa para el equilibrio de los intereses en juego, equilibrio que no permite acudir al automatismo unilateral de la vía extrajudicial cuando hay oposición del comprador. Por esta solución han luchado varios Registradores y es la que ahora avala el Tribunal Supremo». En consecuencia, como nos dice en las primeras líneas del artículo, viene excluyendo de la inscripción y consignándolo en nota a pie del título de las compraven-

(18) Lunes 4'30, n.º 137.

tas con pacto de *lex commissoria* la palabra «basta-
rá» u otras semejantes cuando se estipula que «basta-
rá para que tenga lugar la resolución del contrato...».”

Me parece una cuestión de menor entidad ésta del “bas-
tará” aunque quizás sea conveniente comparar este criterio
con el del Tribunal Supremo en la *S. 5 de junio de 1992*
(*Ponente Sr. Santos Briz*). Se recurre por infracción 1.124 y
1.504. Significa la sentencia: “Tercero: ... por cuanto, para
casos como el presente tienen su arranque fáctico en la
compraventa de bienes inmuebles con condición resolutoria
para el caso de incumplimiento del pago del precio pactado,
tal conducta da lugar a la resolución del contrato con las
consecuencias que dicho art. 1.504 establece, debiendo seña-
larse asimismo en relación con lo indicado: a) que se trata
aquí de un claro supuesto de aplicación de dicho artículo
1.504 C.c., en cuanto si bien no siempre no pueda o deba
separarse de la del art. 1.124 C.c., dado que éste constituye
el principio general en la materia, es de preferente aplica-
ción según la jurisprudencia cuando se trata de bienes in-
muebles, máxime si cual acontece en este caso ha sido pac-
tado interpartes. b) Es también de señalar, que a diferencia
de lo que ocurre con el citado art. 1.124 del C.c. resolución
contractual por falta de pago, se precisa además de haberse
estipulado que el deudor haya sido requerido judicial o no-
tarialmente, requerimiento éste respecto del que es conve-
niente señalar, que lo en él implícito es, no ya sólo marcar
el momento hasta el cual el deudor moroso puede cumplir
su obligación, sino también señalar aquél en que surge la
resolución del negocio jurídico sujeto a tal pacto, así como
igualmente, poner de manifiesto al deudor incumplidor la
intimación del acreedor insatisfecho a que se allane a la
resolución del contrato, *que precisamente y a virtud de ese
requerimiento ha quedado resuelto.*”

Consideraba demostrada la equivocada invocación en la
Resolución de 1982 de la *S. 16* de noviembre de 1979, por
lo que sorprende la contumacia en el error consistente en

omitir los hechos que dan lugar a la Sentencia de 15 de junio de 1993, *en la que tampoco existe un previo pacto resolutorio*.

Pero es que además, sin entrar en los hechos, el propio fundamento segundo —reproducido por el autor— sólo puede ser comprendido si no hay semejante pacto.

Dice el fundamento de marras: “El motivo primero del recurso, acogido al ordinal 5 del art. 1.692 L.E. Civ., alega infracción del art. 1.504 del C.c. Es doctrina reiterada de esta Sala [S. 30-3-1992 (RJ 1993 2038) y en las en ella citadas] la de que la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero, a reserva —claro está— de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada. En el presente caso, rechazada expresamente por el comprador *la declaración resolutoria unilateral* de los vendedores, tal voluntad resolutoria requería para su eficacia una resolución judicial que declarase su procedencia por concurrir en ella los requisitos del art. 1.504 del Código civil; ahora bien, dado el principio de rogación de parte que rige en nuestro proceso civil, esa declaración judicial sólo puede obtenerse mediante el ejercicio de la correspondiente acción resolutoria del contrato, ejercicio que, en este acto, no se ha producido, pues los *compradores* (así se lee en Aranzadi y en el artículo de GARCÍA GARCÍA, pero es una errata, quiere decir “*vendedores*”) demandados no formularon demanda reconventional alguna limitándose, en el suplico de su contestación, a solicitar la sentencia reclamando «1) No haber lugar a las pretensiones del actor por estar resuelto el contrato de que emanan» *lo que implica hacer valer por vía de excepción una resolución unilateral de contrato no sancionada judicial-*

mente al haber sido impugnada, siendo así que a diferencia de la nulidad contractual, la resolución ha de ser hecha valer por vía de acción y *no cabe su alegación como excepción a no ser que se trate de una resolución convencional o ya declarada judicialmente*. Por eso, ante esa falta de ejercicio de la acción resolutoria por los vendedores no puede hacer el órgano jurisprudencial pronunciamiento alguno sobre tal cuestión, cualquiera que sea el resultado probatorio acerca de la concurrencia o no de los requisitos exigidos por el 1.504 C.c.; procede en consecuencia, la desestimación del motivo.”

A riesgo de resultar reiterativo, se sienta la inoponibilidad de la resolución unilateral por medio de excepción, ya que esta vía sólo deviene admisible o en el caso de la resolución convencional (previamente pactada) o en el de la ya declarada judicialmente, a cuyos efectos homologa y equipara ambas suertes de resolución: la excepción es rechazada porque no había cláusula resolutoria; y, en efecto, en el documento privado de 29-9-1986 origen y causa del pleito no estaba prevista.

Las muchas sentencias a que se refiere GARCÍA GARCÍA, deben ser las que reconocen la resolución unilateral en vía extrajudicial, a reserva, en caso de oposición de la correspondiente declaración judicial. Ello no autoriza, sino que veda, toda identificación entre resolución unilateral y convencional.

El pronunciamiento ni es novedoso ni avala la postura, defendida por GARCÍA GARCÍA, con ese ardor que hay que reconocer como meritorio, siguiendo a IHERING, en quienes luchan por el Derecho, aunque accidentalmente, en el apasionamiento del momento, se trastoque o derive hacia senderos más propios del político que del jurista: citar una sentencia desgajada de sus antecedentes básicos resulta, parodiando a UNANUMO, son sin sentido, palabra pura sin razón, válida en el mejor de los casos para crear poesía; o también, cual auxiliar propagandístico de un programa, como

propuesta legislativa; y aun en ésas la solución preconizada me parece bastante menos equilibrada que la que propuse como contrapartida al deterioro sufrido por el pacto resolutorio, a través de remedios convencionales, sin necesidad de sembrar de obstáculos el camino de una institución que puede todavía rendir útiles servicios.

Llegados a este punto me veo obligado a recoger algunos párrafos del “deterioro del pacto resolutorio en la Jurisprudencia Hipotecaria”; aquellos que justificaban sobre el automatismo del pacto una ulterior propuesta de solución convencional (19):

44

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

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

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

(19) “El deterioro...”, *op. cit.*, págs. 1193 y sgs.

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

En una interesante conferencia, pendiente de publicación, JOSÉ LUIS MARTÍNEZ GIL recibió favorablemente la anterior propuesta. Ello conduce a GÓMEZ GALLIGO (20) a elaborar una contestación conjunta, a lo que denomina, posición notarial.

45

Francamente cuando expongo una tesis y además en una revista del prestigio del Anuario de Derecho Civil, no lo hago como representante de la corporación a la que me honro en pertenecer, sino simplemente con el fin de expresar mis ideas, de exponerlas a un debate razonado.

Lamentablemente, tanto GARCÍA GARCÍA como GÓMEZ GALLIGO, omiten el debido análisis sobre el alcance de mi propuesta para una adecuada articulación de los intereses en juego: centran su oposición en una cerrada configuración de las reservas de puesto como *numerus clausus* y en la reveladora alegación de que ello comportaría una insostenible inversión procesal (21).

No creo preciso entrar en profundidad acerca del pretendido *numerus clausus* de las reservas de puesto, hartos dis-

(20) *Op. cit.*, pág. 2475.

(21) GARCÍA GARCÍA. *D. Inmobiliario Registral...*, *cit.*, pág. 547.

cutible admitida la negociabilidad del rango. No voy a entrar porque su observación se combate por sí sola, *ipsis verbis*, en mi trabajo: “no sería, obviamente, una auténtica reserva de puesto, pues en vez de operar sobre el rango, lo que se hace en rigor es dar carta de naturaleza a una modalización contractual de los efectos resolutorios.”

46 Por lo que hace a la supuesta inversión procesal tal como la ven GARCÍA GARCÍA y GÓMEZ GALLIGO (22) me limitaré a recoger las palabras del último necesitadas de una más extensa aclaración: “no se advierte qué acción puede ostentar el comprador, no es al comprador al que incumbe ejercitar una acción de moderación de la pena, sino al vendedor instar una acción de indemnización de daños contra la que el comprador puede reconvenir una moderación de la pena —pero no al revés—. Es al perjudicado al que corresponde pedir la resolución con el resarcimiento de daños (*cfr.* art. 1.124-2 C.c.), y frente a este último resarcimiento puede oponerse la moderación (art. 1.154 C.c.). Pero de todas ellas sólo la acción de resolución instada por el vendedor tiene, si no carácter real —no deja de ser personal, ejercitable contra el comprador y no contra el tercero, sí al menos la transcendencia real que permite la anotación art. 42.1 L.H.—. Por el contrario, las otras —resarcimiento de daños o reconvencción por cumplimiento parcial o moderación de la pena— tienen puro alcance personal y por tanto no son anotables en el Registro de la Propiedad”.

Estas frases denotan el desarrollo de una idea preconcebida, antes que un análisis certero de la realidad. Por supuesto, jamás pensé que pudiera interpretarse que la futura anotación preventiva de demanda, fuera otra que la de oposición a la resolución notificada por el vendedor; me remito al texto anteriormente transcrito.

En cuanto a la inversión propiamente dicha, tal como se pretende, se desmonta con lo que es; porque aquí sí resulta

(22) GÓMEZ GALLIGO, *op. cit.*, pág. 2476.

lícito, dada su rotunda absolutividad, recurrir a una sola sentencia, a un simple botón de muestra para poner de manifiesto quién provoca la inversión.

Me refiero, por ejemplo, a la S. 27 de diciembre de 1991. Según GÓMEZ GALLIGO (23) “no se advierte qué acción puede ostentar el comprador, no es al comprador al que incumbe ejercitar una acción de moderación de la pena, sino al vendedor instar una acción de indemnización de daños, contra la que el comprador puede reconvenir la moderación de la pena...” En la sentencia expresada se advierte, sin mayor problema, que la acción fue planteada por la parte compradora, la cual, sobre aceptar la resolución del vendedor, rechazaba la retención pretendida en concepto de cláusula penal.

El documento privado originario debía ser un compendio de ambigüedades, pues, además de la cláusula resolutoria, secundada por la penal, en otra distinta, la séptima, preveníase una indemnización de daños y perjuicios.

47

El Tribunal Supremo recuerda primeramente que la cláusula penal y la indemnización de daños y perjuicios son incompatibles si no ha sido pactado clara y separadamente lo contrario; y al parecer el tono de lo pactado resultaba bastante oscuro: “Esta evidente oscuridad intencional obliga a buscar la verdadera voluntad de los contratantes en los actos posteriores de los mismos y resulta esclarecedora la conducta de la parte vendedora, hoy recurrente, cuando al efectuar el requerimiento notarial que exige el art. 1.504 del C.c., con fecha 2 de agosto de 1985, ofrece la devolución, e incluso deposita en la notaría el total importe de las cantidades que tenía abonadas el comprador, olvidando la cláusula penal; posición conceptual que se reafirma aún más, a la vista del contenido de la demanda reconvenzional formulada en este procedimiento, en la que se postula el cumplimiento de la cláusula séptima del contrato, exigiendo el

(23) *Op. cit.*, pág. 2476.

abono de 12 millones de pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios, petición que es incompatible con el ahora solicitado cumplimiento de la pena si no se hubiere pactado expresamente y planteamiento petitorio que constituye una cuestión nueva inadmisibile en casación”.

Por una vez, el discurso de la sentencia deviene incidental, pues importa subrayar únicamente que la acción fue planteada por el comprador: y hubo de ser el vendedor quien, además de reconvenir la indemnización de daños y perjuicios, tardíamente, en casación, introdujera la olvidada cláusula penal.

Con todo, la supuesta inversión procesal a la que aluden los autores señalados, se explica a la vista de la R. 29 de diciembre de 1982, que daba en recabar del vendedor para obtener la reinscripción, la consignación del precio sin descontar las cantidades retenidas en concepto de cláusula penal.

48

Esta doctrina debe ser contrastada con la expuesta en las RR. de 5, 6, y 7 de febrero de 1990, 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991, 4 de mayo de 1992, 1, 4, 5, y 29 de junio de 1992, 6, 9, 10, 11, 13, 14 y 17 de julio de 1992.

Todas estas resoluciones parten, efectivamente, de la necesidad de consignar; pero en consonancia, empezando por la del 5 de febrero de 1990, admiten el reflejo en el Registro de la cláusula penal, el argumento es el siguiente:

“Ciertamente, como a efectos registrales es suficiente con la consignación global para la reinscripción a favor del vendedor y ésta no quedará afectada por el resultado de la decisión judicial sobre el porcentaje de lo devuelto que corresponda legítimamente al comprador o a sus sucesores en la titularidad del bien rescatado, podría invocarse la no necesidad de constatación tabular de la cláusula penal estipulada. Mas no puede ignorarse que tal omisión produciría una innegable ambigüedad sobre el alcance del mecanismo subrogatorio implícito en la resolución, respecto de los posibles adquirentes posteriores del dominio o de un derecho

real sobre el bien resoluble; éstos desconocerán si ese silencio registral implica la definitiva extensión de sus expectativas subrogatorias a todas las cantidades abonadas por el comprador o si, por el contrario, habrán de atenerse en cuanto a dicho extremo al contenido contractual estipulado: por todo ello y habida cuenta de las exigencias de claridad y precisión de los pronunciamientos registrales y de la necesaria expresión en el asiento de todos los pormenores del título que definan la extensión del derecho inscrito (arts. 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51.6 del Reglamento Hipotecario) debe mantenerse la consignación registral de las cláusulas penales que acompañan a las condiciones resolutorias explícitas.”

Estoy lógicamente de acuerdo con la constatación tabular de la cláusula penal: mientras se mantenga la obligación de consignar, parece lógico recogerla en la medida en que a su vez opera sobre los efectos restitutorios de la resolución.

49

GARCÍA GARCÍA reacciona contra la inscripción de la cláusula penal en R.C.D.I. Mayo-Junio de 1992 (24) con menos razones de las que enuncia, hasta diez, ya que en el fondo se condensan en el carácter obligacional de la cláusula penal, como excluyente de una expresión registral, que por otra parte, podría producir confusionismo sobre su alcance y carácter.

El primer argumento, el carácter obligacional, hace supuesto de la cuestión. Nadie niega su configuración como tal. El problema está en el juego combinado de la cláusula penal con la consignación preconizada en interés del comprador y de los terceros.

El segundo bloque de razones, el posible confusionismo, tampoco convence ya que, por ejemplo, suponer que la inscripción de la cláusula penal pueda implicar una preferencia

(24) R.C.D.I., n.º 610, págs. 1314 y sgs.; también en *Derecho Inmobiliario Registral...*, pág. 34 y págs. 543 y sgs.

mayor que la propia del crédito escriturario en un supuesto concurso o quiebra del comprador, exigiría del tercero saber mucho y muy poco sobre preferencias, mucho para plantearse, poco para otorgársela a la inscripción, ¿y en último término, quién atribuye carta de naturaleza a los créditos preferentes?

La reproducción registral de la cláusula penal permite el recurso en las escrituras a la *cercioratio*, es decir, excluir de la consignación una cantidad máxima preestablecida con expresa advertencia al comprador sobre la posible moderación judicial; tal como es señalada en mi escrito anterior (25):

50

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

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

“Uno de estos procedimientos fue, de manera similar al registrado en la Resolución de 1988, la renuncia *ex intervallo*, del que no faltan ejemplos en nuestro Derecho, así en sede de rescisión por lesión *ultradimidium* en Cataluña.”

“Pero no hay que poner fin a los remedios. La prueba

(25) “El deterioro del pacto resolutorio”, *op. cit.*, págs. 1203 y sgs.

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

51

“Así, no me parece que resulte inconciliable con la interpretación que hace la Dirección del 175-6 del R.H., proponer la configuración de la cláusula penal (aunque no sea éste nuestro criterio) como indeducible, salvo que por el comprador se renuncie a este beneficio, con conocimiento de los riesgos consiguientes y sometiéndose a sus consecuencias. Lo único que se requiere es que se objeque claramente el conocimiento de causa por parte del comprador, y la cosa, lejos de ser difícil, se traduce, sin perjuicio de otras alternativas, en una simple indicación de la cifra máxima exenta de consignación, unida a una expresa advertencia por el Notario de la posibilidad existente, con todo y con eso, de solicitar judicialmente la moderación de la pena y sobre el indudable riesgo de tener que reclamar, en su caso, la cantidad en que consista el sobrante sin que éste se halle consignado.”

“A mi manera de ver, esta delimitación convencional del *quantum* restituible y sujeto a consignación es también ope-

rante respecto de terceros que inscriban posteriormente, puesto que, como precavidamente indica el art. 51-6 del R.H., las condiciones resolutorias se han de copiar literalmente; y ello postula la inscripción de la cláusula penal que directamente incide en los efectos restitutorios de la resolución. Contra semejante pacto, no pienso que pueda prosperar la invocación del art. 6-2 del C.c., que habrá de ser rechazada por intempestiva, pues, en última instancia, al contenerse tal previsión en la compraventa matriz, no es posible hablar con antelación de terceros perjudicados por la resolución, pues éstos serán siempre, por definición, posteriores.”

52

“Finalmente, la propuesta que me he atrevido a sugerir como una vía de solución, es igualmente compatible con nuestra posición en torno al art. 175-6 R.H., o lo que es lo mismo, para enlazar con el razonamiento anterior, con la existencia de terceros ulteriores.”

“A primera vista, pudiera parecer excesivo habilitar a las partes originarias para aminorar, o deshacer incluso, una garantía estatuida en beneficio de terceros, dotando, por así decirlo, al convenio liberatorio de consecuencias reales. Pero una consideración más profunda evidencia el carácter residual de la garantía que se encuentra supeditada al *quantum* restituible entre las partes, o en otras palabras, que la licitud del pacto anticonsignación viene abonada por la circunstancia de que en dicho acuerdo la repercusión sobre los terceros se instrumenta a través del sacrificio asumido por el comprador, que habrá de ver menguada su propia pretensión. Así, por un efecto reflejo del contrato, la consignación se contrae por modo automático a la cantidad predeterminada por las partes. Ello no requiere aceptación expresa por los terceros, salvo que dicho acuerdo resulte, como en el caso contemplado en la R. 4 de febrero de 1988, cronológicamente posterior a su existencia como tales.”

Disculpese la extensión de la cita previa; me ha parecido conveniente a la luz de las resoluciones, recaídas a

partir del año 1990, que al dar acceso registral a la cláusula penal, permiten vislumbrar soluciones similares a las propuestas.

En conjunto las citadas resoluciones confirman la consignación tabular de la cláusula penal, desechan tanto el contraargumento de la inversión procesal, como el de posibles confusionismos sobre el régimen de preferencias, y a la par excluyen una pretendida vulneración del art. 10 de la Ley de Defensa del Consumidor, materia ajena a la calificación registral.

Las resoluciones de octubre de 1991 fueron severamente criticadas por PABLO VIDAL FRANCÉS (26) tras repetir los reparos consabidos (naturaleza obligacional, posible confusionismo e inversión procesal) porque, a su entender, sancionaban la inscripción de las escrituras respectivas en su integridad sin entrar en el contenido de una estipulación que prevenía la detracción de la cláusula penal de las cantidades a consignar por efecto de la resolución.

53

El hecho es que en las resoluciones de octubre de 1991, en el fundamento tercero, se dice, que el tercero de los defectos ha sido “impugnado exclusivamente en cuanto se refiere a la no inscripción de la cláusula penal, y concretados a este ámbito...” por lo que falla que: “ha acordado revocar el Auto apelado y la Nota del Registrador, en los extremos recurridos, y salvo en cuanto al apartado b) del defecto 3” (sólo se incluía en la obligación de consignar el precio sin abarcar los intereses).

En la Resolución de 4 de mayo de 1992 la Dirección General “acordó revocar el auto presidencial y la nota del Registrador”; y en la escritura en cuestión persistía idéntica estipulación; ahora bien, sucedía que el Registrador sólo opuso la falta de inscripción de la cláusula penal.

Por el contrario, las Resoluciones de junio y julio de 1992 acogen el siguiente fundamento:

(26) R.C.D.I. Enero-Febrero 1992, n.º 608, págs. 178 y sgs.

“3. Igualmente en relación a la inscripción de la cláusula penal y de la estipulación por la que el comprador había de abonar en caso de resolución, una determinada cantidad en concepto de uso y utilización del piso vendido, habrá que estar a lo declarado en las Resoluciones tantas veces mencionadas, que concluyen, en resumen, en la necesidad de la constatación registral de tales cláusulas —en los términos que de tales Resoluciones resulta— en coherencia con las exigencias de claridad y precisión de los pronunciamientos tabulares y de la necesaria expresión en el asiento de todos los pormenores del título que definan la extensión del asiento inscrito. *Únicamente habrá que indicar en relación con el extremo recogido en el apartado a) del defecto segundo —no recurrido— la consignación en caso de resolución, tanto del precio abonado como de los intereses satisfechos, pues uno y otro integran la contraprestación del comprador que equilibra la transmisión dominical perseguida y sin poder hacer deducción alguna.*”

La Dirección General se justifica; significa que si no ha entrado anteriormente en materia es porque el supuesto defecto, la pretendida deducibilidad de la cláusula penal, no había sido, cuando fue interpuesto, recurrido expresamente por el Notario, y en el caso de la Resolución de 4 de mayo de 1992, no había sido opuesto.

Estoy de acuerdo con PABLO VIDAL FRANCÉS en que el tema requiere un análisis más detenido.

El defecto que la Dirección considera no recurrido en las Resoluciones de octubre de 1992 señalaba: “Porque al prever la escritura la deducción directa, por la cláusula penal al consignar el precio pagado, en el momento de ejercitar la resolución, contravienen las Resoluciones de 5, 6, 7, de febrero de 1990, que exigen “la consignación global de todas las cantidades percibidas, sin deducción de ninguna clase.”

Las escrituras de referencia rezaban lo siguiente:

“Como cláusula penal, que forma parte de la estructura misma de la condición resolutoria pactada, ambas partes

establecen y la parte compradora consiente expresamente que, en caso de resolución, la vendedora retenga en su poder, en concepto de pena por incumplimiento, utilización de la finca vendida e indemnización de daños y perjuicios, la mitad de las cantidades que la parte compradora hubiese satisfecho hasta el momento de la resolución; sin que en ningún caso dicha indemnización pueda superar el 20% del precio total de la finca vendida por cada año transcurrido desde la firma del presente contrato. El vendedor, al consignar el precio pagado, en el momento de ejercitar la resolución, *podrá deducir directamente* dichas cantidades, *por entender que*, en caso de ser aplicable el artículo 1.154 del Código civil, correspondería al comprador solicitar judicialmente la moderación de la pena, y no al vendedor perjudicado por su incumplimiento.”

La escritura parcialmente trasladada presupone *la deducibilidad directa* de la cláusula penal, que hace derivar del art. 1.154 del C.c.: fundamenta su detracción directamente en la ley; no se pacta propiamente sino que se explica; o mejor, se acata como correcta la interpretación de un precepto determinado.

Frente a ello la Dirección General, aunque sea de forma colateral, persiste en la necesidad de consignar el importe de la cláusula penal y en las Resoluciones de octubre de 1992, simplemente, mantiene su criterio: no cabe deducir directamente el importe de la cláusula penal.

Frente a esta doctrina —que inauguró la Resolución de 28 de diciembre de 1982— creo que siguen siendo válidas las consideraciones vertidas en mi trabajo anterior. Pero lo que aquí me interesa resaltar es que el Centro Directivo no cierra el paso a la solución que —inspirada en el 1.477 del C.c.— he dado en sugerir a través de la *cercioratio*: asumir la indeducibilidad de la cláusula penal, no impide, sino que presta soporte, a la introducción de una renuncia con conocimiento de causa y de los riesgos que apareja. Una cosa es configurar la deducción como pieza inescindible de la

cláusula penal; y otra, renunciar a la consignación de su importe; o lo mismo, en diferentes términos: la deducción que no puede imponerse como una consecuencia directa de la cláusula penal es, sin embargo, susceptible de una renuncia expresa con pleno conocimiento de causa.

Pienso que la Dirección podría asumir perfectamente este planteamiento. En realidad ha tendido un puente hacia tal posibilidad al reafirmar la constatación tabular de la pena. Es significativo que en la R. de 4 de mayo de 1992, el Registrador, GARCÍA GARCÍA, se aparte de las notas de calificación que originaron las Resoluciones de octubre de 1991 y en vez de incidir en la ineducibilidad de la cláusula penal, se concentra en la cuestión nuclear: su inserción registral, sin añadir más reparos.

Ello es coherente porque recogida la cláusula penal en la inscripción, la posibilidad de renunciar a la consignación de su importe no presenta mayor dificultad.

Pienso que el Centro Directivo ha establecido la base para una configuración evolutiva de la cláusula resolutoria, acompañada a los tiempos actuales, que con las previsiones propuestas, ha de resultar un medio eficaz para asegurar tanto los intereses del vendedor como para paliar los posibles abusos, y es que la doctrina sentada en estas últimas Resoluciones permite, en conclusión, vislumbrar la superación de una crisis para dar paso a soluciones armónicas con la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

**SUBROGACION Y MODIFICACION
DE PRESTAMOS HIPOTECARIOS
(Ley 2/1994, de 30 de marzo)**

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS

Notario

57

Como puso de relieve el Senador IBARZ I CASADEVALL en la Sesión del Pleno del Senado celebrado el miércoles 9 de marzo del año en curso (Diario de Sesiones del Senado, n.º 25/1994) “un artículo publicado en el periódico «La Vanguardia», de Barcelona, suscrito por el Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Cataluña, Don Fernando Méndez González, y el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, Don Alfonso Hernández Moreno, puso de manifiesto las posibilidades que ofrecía el artículo 1.211 del Código civil para propiciar la repercusión del descenso de los tipos de interés en los préstamos con garantía hipotecaria por la vía de la subrogación”. El artículo de referencia llevaba el título de “Coste

del cambio de hipoteca” y fue publicado el 3 de octubre de 1993.

Consecuencia de esta tesis fue la Moción presentada por Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya al Congreso de los Diputados el 2 de noviembre de 1993 y que fue aprobada por unanimidad de la Cámara por el Pleno en su sesión del 8 siguiente. En esta moción se instó al Gobierno a producir en el más breve plazo posible la normativa adecuada sobre transparencia, condiciones financieras y derechos de acreedores y deudores en los préstamos hipotecarios de forma que el descenso en los tipos de interés repercuta directamente en beneficio de las personas físicas titulares de dichas hipotecas y créditos y valore la conveniencia de extenderlo posteriormente a las personas jurídicas.

En todo caso la normativa —continúa diciendo el texto aprobado— deberá incluir los siguientes extremos:

58

a) Habilitar los mecanismos para que los deudores, en aplicación de los artículos 1.211 y 1.212 y concordantes del Código civil puedan subrogar sus hipotecas a otro acreedor.

b) Cuantificar la necesaria reducción de los costes materiales, notariales y registrales de la operación, así como de la reducción de costes fiscales, en los casos de subrogación de hipoteca.

c) Reconocimiento del derecho de los primeros acreedores a resarcirse en todas las condiciones pactadas expresamente en las correspondientes escrituras en caso de vencimiento anticipado por subrogación.

El primer Proyecto presentado para recoger estas directrices se debe al Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió y llevaba como rúbrica la de “Proposición de Ley de reforma parcial de la Ley Hipotecaria”. Fue publicado en el Boletín de las Cortes-Senado el 30 de diciembre de 1993 (Serie IIIA, n.º 8, a) e iba encaminado, por aplicación de los principios de igualdad entre las partes y de equilibrio de los intereses de los contratantes, a hacer extensivos al deudor los derechos que los artículos 131, 132

y 153 de la Ley Hipotecaria confieren al acreedor, mediante la reforma parcial de su articulado.

Las reformas propuestas consistían en:

1.º) Adicionar al art. 144 L.H. un párrafo en el que se establecía que cuando tuviere lugar la subrogación al amparo del art. 1.211 C.c., tal subrogación se haría constar en el Registro de la Propiedad por nota marginal y surtiría efectos respecto de terceros desde la fecha de inscripción de la hipoteca.

2.º) Adicionar un nuevo artículo 151.bis a la propia L.H., estableciendo las reglas a las que debía sujetarse el uso por el deudor del derecho reconocido en el art. 1.211 C.c. y que en síntesis eran:

—obligación por parte del acreedor de dar carta de pago,

—en caso de negativa, el deudor podía acudir a un Notario para que éste, a la vista de la escritura de préstamo, le hiciere la liquidación de la deuda, y requerir, si el acreedor fuese entidad de crédito autorizada, para que ésta le certifique las cantidades satisfechas hasta ese momento,

—subsiguiente notificación, notarial o judicial, al acreedor de la liquidación practicada,

—si no hubiese oposición, consignación, notarial o judicial, de la cantidad resultante de la liquidación formulada, pudiendo seguidamente el deudor o el nuevo acreedor solicitar la inscripción de la subrogación presentando la escritura de préstamo con pacto de subrogación del 1.211 C.c.; copia o certificación de la liquidación practicada; documento acreditativo de la notificación al acreedor de la liquidación; y justificación de la consignación, y

—si el acreedor se opusiere, sólo podría, en el plazo de ocho días naturales, alegar error (en cuyo caso el deudor podía acudir al Juez competente, que lo sería el de la regla primera del art. 131 L.H., el cual, oídas ambas partes, acordará lo que estime procedente dentro de los tres días siguientes en auto apelable en un solo efecto por los trámi-

tes de apelación de los incidentes) o falsedad (que interrumpirá el procedimiento cuando se incoe causa criminal).

Esta proposición de Ley fue retirada por su autor el 9 de febrero de 1994 (Boletín de las Cortes-Senado, Serie IIIA, número 8,b, del 15 siguiente). Retirada quizás debido a la presión ejercida por el Gobierno que no podía perder la ocasión de ser el paladín del abaratamiento de los costes de las hipotecas. El 10 de diciembre ya hubo acuerdo del Consejo de Ministros para que por el Ministro de Justicia se remitiera a los organismos competentes un “Anteproyecto de Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, a fin de que remitieran el preceptivo dictamen. Resultado de dichos dictámenes fue el Proyecto publicado en el Boletín de las Cortes-Congreso del 4 de febrero de 1994 (Serie A, n.º 51-1), del que es autor el Gobierno, y que la Mesa de la Cámara acordó encomendar su aprobación con competencia legislativa plena por el procedimiento de urgencia, estableciendo un plazo de enmiendas hasta el 14 siguiente y que fue posteriormente ampliado un día más (Boletín de las Cortes-Congreso, Serie A, n.º 51-2, del 11 de febrero de 1994).

60

En este proyecto el ámbito de la Ley, tanto por lo que se refiere a la subrogación como a la novación modificativa, quedaba limitado a los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades financieras para la promoción o adquisición de viviendas y locales de negocio o para la rehabilitación de viviendas (arts. 1 y 9).

El Proyecto, al que se presentaron setenta y cuatro enmiendas (*vide* Boletín de las Cortes-Congreso del 17 de febrero, Serie A, n.º 51-3), fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del mismo 17 de febrero, de conformidad con el procedimiento de lectura única, publicándose el texto en el Boletín de las Cortes-Congreso del 22 siguiente (Serie A, n.º 51-4); texto que se remitió al Senado; contra el que se presentaron sesenta y seis enmiendas y que fue aprobado el 9 de marzo. De nue-

vo en el Congreso se aprobaron las enmiendas introducidas por el Senado en la sesión plenaria del 24 de marzo y el texto definitivo se publicó en el Boletín de las Cortes-Congreso el 28 siguiente (Serie A, n.º 51-6) y el 4 de abril en el B.O.E. n.º 80, como Ley 2/1994, de 30 de marzo, entrando en vigor el mismo día de su publicación, de acuerdo con su Disposición final única.

En su Exposición de Motivos —que apenas si fue objeto de modificación, como no fuera en orden a la introducción del inciso final de su párrafo primero (desde “Esta Ley viene además a cumplir...”), consecuencia de la aceptación por el Congreso de la enmienda n.º 1 del Grupo Parlamentario Federal IU-IC, y también del inciso final de su párrafo cuarto (desde “A estos efectos se entenderá...”), producto de la enmienda n.º 52 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de CIU— se destaca la “ratio” de la reforma: el descenso generalizado de los tipos de interés y cuya repercusión en los de los préstamos hipotecarios hacen “razonable y digno de protección que los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos puedan beneficiarse de las ventajas que supone este descenso”. Situación de estos prestatarios agravada por la fuerte comisión de amortización anticipada impuesta por las entidades crediticias y la duplicación de gastos que implican la cancelación de un crédito y la constitución de otro nuevo.

61

¿Medio para alcanzar la solución de estos males? El renacimiento glorioso de la subrogación convencional prevista en el olvidado art. 1.211 de nuestro viejo Código civil, que se convierte en el salvador de la patria, pues según estamos cansados de leer, oír y ver en los medios de comunicación “más de dos millones de familias tendrán la hipoteca más barata a partir del lunes” (“Ultima Hora”, del viernes 25 de marzo).

El estudio que iniciamos seguidamente de esta nueva Ley lo centraremos en el examen crítico jurídico de sus pre-

ceptos, poniendo de relieve las dudas de interpretación que se nos puedan plantear y dificultar, por tanto, su aplicación práctica. No entramos en si el art. 1.211 del C.c. es o no la panacea universal para todos los males de nuestra economía, si la Ley supone una injerencia de la Administración en el libre funcionamiento del mercado, si la comisión de cancelación anticipada pueda ser equiparada a una pena por desistimiento que pueda ser moderada por Ley y no sólo por los Tribunales ex-art. 1.154 C.c., y ni siquiera en si respeta o no todos los principios constitucionales. La Ley ha sido aprobada, creo que puede afirmarse, por aclamación y su propósito es indudablemente plausible. Abandonando, pues, toda idea premeditada de crítica destructiva, nos colocamos adecuadamente nuestros impertinentes jurídico-crítico-constructivos y entramos sin más preámbulos en el fondo del asunto.

62 Sistematizando la materia cabe diferenciar dos partes: la subrogación y la novación modificativa, amén de sus Disposiciones Adicionales.

I. Subrogación

La subrogación implica la entrada o ingreso de un nuevo acreedor en el lugar del antiguo. Es una causa modificativa o de novación impropia de la obligación primitiva, ex-art. 1.203 C.c., según el cual “las obligaciones pueden modificarse: ... 3.º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor”.

1) Ambito.

¿Quién subroga? El deudor. Cualquier deudor. La Ley no distingue, simplemente nos dice en el art. 2.º que “el deudor podrá subrogar...” y en el art. 1.º que “las entidades financieras... podrán ser subrogadas por el deudor...”. Así

pues, y desde este punto de vista, todo deudor, sea persona física o jurídica, español o extranjero (art. 27 C.c.), puede colocar a un nuevo acreedor en lugar del primitivo, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos enumerados en la Ley.

¿En qué clase de préstamos? En los préstamos hipotecarios (art. 1.º). En los préstamos garantizados con hipoteca, es decir, formalizados en escritura pública autorizada por Notario (arts. 1.280 y 1.875 C.c., y art. 3.º L.H.).

Tratándose de préstamos hipotecarios no hay ninguna limitación por razón de su objeto. En el proyecto inicial, como ya indicamos, la subrogación de que se trata quedaba limitada a los préstamos concedidos para la promoción o adquisición de viviendas y locales de negocio o para la rehabilitación de viviendas. El Grupo Parlamentario de Coalición Canaria presentó una enmienda en el Congreso (la enmienda número 7) ampliando este objeto a los préstamos concedidos para la promoción o adquisición de edificios protegidos por la legislación del patrimonio histórico español, con lo que pretendía favorecer la creciente, aunque insuficiente —como indicaba la justificación de la enmienda—, rehabilitación para usos comerciales o de vivienda de edificios incluidos en Catálogo o Planes Especiales de Protección del patrimonio arquitectónico español. Más generosas fueron las enmiendas del Grupo Parlamentario Vasco, Grupo Parlamentario Popular y Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) —enmiendas 15, 26 y 59, respectivamente— en las que se suprimía toda limitación, considerando injustificado y carente de sentido limitar el beneficio de la subrogación. Concretamente en la justificación de la enmienda de CIU se decía “carece de sentido privar de esta ventaja a ciudadanos y empresas que concertaron préstamos para finalidades diversas de las indicadas en el inciso cuya supresión se propone, entre las cuales están la financiación, adquisición y renovación del aparato productivo del país”.

Y añadía “Por otra parte, la distinción entre los préstamos según su finalidad requiere que sea el Notario quien juzgue probada ésta, sin cuyo requisito no podrá autorizar la escritura, y abriría la vía a demandas judiciales, a sustanciar por juicio declarativo, que impugne la aplicabilidad de la presente Ley a aquéllos préstamos cuya finalidad no sea apreciada concorde por el Juez con las definidas en el Proyecto de Ley y que esta enmienda suprime”.

64

La afirmación que acabamos de hacer, de que tratándose de préstamos hipotecarios no hay ninguna limitación por razón del objeto, debe ser matizada en cuanto a ciertos préstamos que “de facto” quizás no puedan considerarse comprendidos. Es el caso de los préstamos subvencionados en los que existe un convenio expreso con determinada entidad crediticia y parece que será imposible la subrogación si la nueva entidad no lo ha suscrito. Más claro aún puede ser el ejemplo de los préstamos concedidos a empleados de ciertas Cajas. También surgirán dificultades prácticas, que quizás imposibiliten la subrogación, en los préstamos hipotecarios en garantía de títulos transmisibles por endoso y al portador (art. 150 y ss. C.H. y concordantes del Reglamento), en los que el derecho hipotecario se entiende transferido con la obligación o con el título, convirtiéndose sus tenedores en los verdaderos prestamistas; así como también en las hipotecas en garantía de operaciones cambiarias y crediticias (art. 153 L.H. y 245 R.H.).

¿Préstamos hipotecarios concedidos por quién? Por las entidades financieras a las que se refiere el art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario (art. 1.º,1). “Subjetivamente —dijo el Ministro de Justicia Sr. BELLOCH JULBE, en nombre del Gobierno, en sus palabras de presentación de este Proyecto de Ley ante el Congreso en su sesión Plenaria n.º 47 del 17 de febrero (Diario de Sesiones del Congreso n.º 48)— el Proyecto de Ley comprende desde el punto de vista pasivo, tanto a las personas físicas como a

las jurídicas y, desde el punto de vista activo, comprende solamente a las entidades financieras agentes del mercado hipotecario. Quizás esto requiera también algún comentario. La universalización en este caso no la propone el Gobierno, no ya sólo por la obvia consideración de que la práctica totalidad del mercado hipotecario está dentro de estas entidades, sino porque, además, en los supuestos en que no es así, la efectividad del mecanismo de suplir el consentimiento del acreedor sería sumamente difícil de lograr”.

El Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda ante el Congreso (n.º 26) y la reiteró ante el Senado (n.º 16) de supresión de este art. 1.º,1, justificándola en ambos casos en que “la razón de ser de la Ley es la aplicación a los préstamos o deudas, en general, garantizados con hipoteca, del supuesto del artículo 1.211 del Código civil. Carece de sentido la restricción subjetiva y sectorial del ámbito de la Ley”. En el Congreso la enmienda 26 fue rechazada con 151 votos a favor, 158 en contra y dos abstenciones. En el Senado, su defensor Sr. CAÑELLAS FONS se allanó, si se nos permite la expresión, afirmando “Dejemos el ámbito. Nosotros entendíamos que había que llegar a lo que dispone el artículo 1.211 del Código civil. Sus señorías opinan que no, que ese es parte, que no quieren el todo, ‘de gustibus et coloribus non est disputandum’, por tanto, lo dejo”.

65

Las entidades financieras del art. 2.º de la Ley de Mercado Hipotecario (según la redacción que le dio el R.D. 1289/1991, de 2 de agosto, dentro del marco de la Segunda Directiva del Consejo de la CEE de 15 de diciembre de 1989, para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las Entidades de Crédito y a su ejercicio —89/646/CEE—), son:

a) El Banco Hipotecario de España y las restantes Sociedades de crédito de capital público estatal.

b) Los Bancos privados.

- c) Las Cajas de Ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros.
- d) La Caja Postal de Ahorros.
- e) Las Entidades de financiación reguladas por el R.D. 896/1977, de 28 de marzo.
- f) Las Entidades cooperativas de crédito.
- g) Las Sociedades de crédito hipotecario que cumplan los requisitos exigidos por el R.D. 685/82, de 17 de marzo.

66 Dentro de la expresión “Bancos privados” hay que entender incluidos, asimismo, las filiales y sucursales de Entidades de Crédito extranjeras inscritas en el Registro Especial del Banco de España. Regula la materia el R.D. 144/1988, de 30 de septiembre y la reciente Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria antes citada y se adiciona un Título V a la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. En esta Ley se enumera expresamente como actividad que podrán ejercer las entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la CEE, bien mediante la apertura de una sucursal, bien en régimen de libre prestación de servicios, las de “préstamo y crédito”, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y la financiación de transacciones comerciales (art. 52,b).

¿A quién puede subrogarse? Únicamente a las entidades financieras a que nos acabamos de referir (art. 1.1).

¿Préstamos a interés fijo y/o variable? La Ley no establece ninguna limitación, por tanto, entran dentro de su ámbito todos los préstamos hipotecarios, ya sean a interés fijo o variable. Así se desprende de sus arts. 1.º y 4.º, y de la interpretación “a contrario” del art. 3.º Con rubor reproducimos las palabras de la Exposición de Motivos —in-

troducidas como consecuencia de la aceptación por el Senado de la enmienda n.º 52 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de CIU—: “A estos efectos se entiende como préstamo de interés variable aquél que modifica su tipo de interés en el transcurso de su período de amortización”.

El Ministro de Justicia Sr. BELLOCH, en su citado discurso de presentación, lo expresó con claridad: “Afecta, y conviene aclararlo, porque en ocasiones se ha dicho otra cosa, tanto a los préstamos hipotecarios de interés fijo como a los préstamos hipotecarios de interés variable; lo que ocurre es que afecta de manera diferenciada... la única diferencia radica, por lo tanto, en que, para el caso de los préstamos de interés variable, se establece, además, la fijación de un tope máximo de un uno por ciento con respecto a la comisión por cancelación, siempre y cuando, naturalmente, el pactado fuere superior a dicho tope”.

67

¿Préstamos pactados, cuándo? La subrogación será de aplicación a los contratos de préstamos hipotecarios, cualquiera que sea la fecha de su formalización y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada (art. 1.º,2).

O sea que, en el tiempo, la nueva ley es de aplicación retroactiva respecto de los préstamos hipotecarios ya formalizados y de aplicación de futuro para los que puedan formalizarse a partir de su entrada en vigor, aun cuando en ambos casos no figure el pacto o cláusula de amortización anticipada. La “ratio” de la norma —protección a los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos de interés— es causa justificante de su aplicación retroactiva, plenamente acorde con lo prevenido en el art. 9.3 de la Constitución y 2.3 del C.c.

2) *Requisitos de la subrogación.*

El “grueso de la Ley” —y reitero palabras de nuestro Ministro de Justicia en su presentación del proyecto— es el mecanismo de la subrogación prevista en el art. 1.211 del C.c., que supone una excepción a la subrogación convencional o negocial que regula dicho cuerpo legal.

La subrogación expresa o convencional, lo aprendimos de CASTÁN, requiere: 1.º El consentimiento del nuevo acreedor, ya que estipula un derecho para sí. 2.º El del antiguo acreedor, que renuncia a su crédito. No se exige, en cambio, el consentimiento del deudor. Así se desprende del art. 1.159 C.c. cuando dice que “el que pague en nombre del deudor, ignorándolo éste, no podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos”; pero del mismo precepto se desprende que éste sí podrá, por su propia voluntad, subrogar al “solvens” en los derechos que él tenía contra el deudor (PUIG PEÑA).

Como excepción a lo expuesto el art. 1.211 C.c. no exige el consentimiento del acreedor en la llamada “subrogación ex mutuo”: “el deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada”.

Esta subrogación —que nació en el Derecho francés en la declaración de Enrique IV (1609), relativa a la llamada conversión de rentas, de donde la tomó el Código napoleónico que ha inspirado al nuestro— es el instrumento asumido para solucionar el problema social que se había planteado como consecuencia de la rebaja de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios.

Prometimos no entrar en juicios descalificadores y mantenemos nuestra promesa. Nos limitamos por ello a reproducir las palabras del Sr. BELLOCH en defensa del proyecto, el cual, tras considerar como temas centrales el del consenti-

miento del acreedor primitivo y el del tratamiento de la comisión por cancelación o amortización anticipada, refiriéndose al primero de ellos dijo: “El dilema que se produce en realidad —que, por otra parte es un tema clásico entre juristas— es, por un lado la obligatoriedad del contrato para las partes que lo han firmado libremente y, por otro lado, la modificación esencial o sustancial de las circunstancias que concurrieron al tiempo de la conclusión de ese contrato. Es un tema clásico en la doctrina que ha despertado —como ocurre siempre en el Derecho, que nunca hay unanimidad— diversas soluciones.= Sin embargo, sí puede afirmarse que la solución prácticamente unánime es entender que ese cambio es perfectamente posible, sobre todo tratándose de contratos de larga duración —que, evidentemente, es el caso de los préstamos hipotecarios— cuando la relación de equivalencia de las prestaciones entre las partes ha sufrido un cambio drástico, en cuyo caso la vía jurídica sería la resolución, o, simplemente, un cambio lo suficientemente relevante para que fuera innecesaria la modificación. Ciertamente se ven diariamente en la vida judicial múltiples contratos firmados de estas características. Sin embargo, el Gobierno, siguiendo la orientación del Parlamento, consideró que no era riguroso dejar el problema en manos del Poder Judicial, por muchas razones, porque afecta a dos millones de situaciones. No tenía ninguna lógica que se fuera a la revisión individualizada, por vía judicial, de todos y cada uno de los préstamos hipotecarios que existían en el mercado. Se trataba, por el contrario, de una situación de carácter general frente a la cual la lógica respuesta es la respuesta normativa, la respuesta legal. Este es, por otra parte, un instrumento usual y tradicionalmente usado por el legislador para atender situaciones de carácter general.= Por tanto, lo que el Proyecto pretende es aplicar un remedio jurídico acuñado por el Derecho, que consistiría en la revisión legal de los contratos de ejecución sucesiva y de larga duración, en atención a la generalidad de sujetos afectados —más de dos

millones de españoles—, al bien jurídico protegido y a la alteración de las circunstancias que sobrevinieron después de concluido ese contrato; situación perfectamente válida, perfectamente ortodoxa, que ya recogía el acuerdo del Congreso de 2 de noviembre de 1993”.

El procedimiento en materia de subrogación quedó perfilado en el Congreso al ser aprobadas las enmiendas transaccionales presentadas por el Grupo Socialista en relación con los números 61 a 66 del Grupo Catalán (CIU) y n.º 2 de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, y que han pasado a ser el art. 2 de la nueva Ley.

Según el Ministro Sr. BELLOCH, en su repetido discurso ante el Congreso, el procedimiento no es innovador o extraño en nuestro ordenamiento jurídico “es la práctica trasposición del procedimiento establecido en el artículo 153 de la vigente Ley Hipotecaria —pocas leyes con más prestigio jurídico—, con las lógicas adaptaciones al sistema”.

70

El “iter” se inicia con las conversaciones o contactos que el deudor (sujeto activo) mantiene con una entidad financiera, a la que le explicará las condiciones del préstamo que tiene concertado con otra entidad análoga (primer acreedor). Si la nueva entidad (segundo acreedor) está dispuesta a subrogarse presentará al deudor una *oferta vinculante* en la que constarán —según leemos en el párrafo 2.º del art. 2.º— “las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario”.

De este párrafo parece desprenderse que la oferta en cuanto a las condiciones financieras no tiene límite alguno, pero evidentemente esta interpretación ha de ser rechazada por cuanto el art. 4.º es categórico y rotundo: “en la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente”. Al examinar este precepto trataremos de precisar su sentido; bástenos adelantar aquí que la interpretación del art. 2.º, pár. 2.º, nos viene impuesta o condicionada por el art. 4.

La oferta que presenta el segundo acreedor es, como explícitamente consta en la Ley, vinculante para él, de tal forma que dicha entidad financiera deberá mantenerla por un plazo prudencial hasta que pueda ser conocida por el deudor. Plazo que puede pactarse “inter partes” y que de no haberse hecho así, y si se hubiese retirado la oferta extemporáneamente, deberá ser fijado o establecido por los Tribunales competentes. No parece lógico entender que la oferta sea “per in vitam aeternam” y que la entidad financiera no pueda retirarla en tiempo alguno.

También parece normal que la entidad presente la oferta por escrito y firmada por apoderado con poder bastante, y que sea aceptada, asimismo, por escrito, por el deudor o representante con facultades para ello, momento a partir del cual dejará de ser oferta pasando a convertirse en consentimiento irrevocable, salvo mutuo disenso (art. 1.262 C.c.).

Además “La aceptación de la oferta por el deudor —según el propio párr. 2.º del art. 2.º— implicará su autorización para que la oferente se la notifique a la entidad acreedora y la requiera para que le entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar”.

No establece la Ley la forma de notificación, pero dado que la recepción de la misma es el “dies a quo” para que la máquina se ponga en marcha, lo menos que cabrá exigir es constancia escrita de este hecho, aunque sea con un mero “recibí” puesto al pie del duplicado de la oferta. La intervención notarial no es necesaria, aunque nadie puede dudar de su conveniencia como “desfacedora” de posibles entuertos.

La notificación se hace por la segunda entidad financiera a la primera. No interviene, por tanto, el deudor. El Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de *Convergència i Unió* presentó la enmienda n.º 54 en la que se proponía que el

requerimiento al primer acreedor de la certificación del importe del débito se hiciera conjuntamente por la entidad dispuesta a subrogarse y el deudor, alegando como justificación que “las entidades acreedoras no pueden facilitar a terceros no autorizados datos relativos a los débitos de sus clientes ya que están obligados a PRESERVAR EL SECRETO BANCARIO”. La enmienda transaccional aprobada suple la falta de intervención del deudor y salva el escollo del secreto bancario, conectando a la aceptación de la oferta por el deudor el efecto de autorización o apoderamiento para que la oferente requiera al primer acreedor para que le entregue certificación del saldo.

Recibida la oferta vinculante aceptada por el deudor, el primer acreedor puede optar por entregar la certificación o por dar la callada por respuesta y/o negarse a entregar la certificación.

72

Si *entrega la certificación* se le reconoce el “derecho a enervar la subrogación si, en el plazo máximo de quince días naturales a contar desde dicha entrega, formaliza con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario (art. 2.º, párrafo 3.º). Este derecho de enervar no figuraba en el texto primigenio del Proyecto. Su origen hay que encontrarlo en las enmiendas 61 y 65 del Grupo Parlamentario Catalán (CIU) del Congreso, que concedían al primer acreedor el derecho a oponerse a la subrogación mediante el ofrecimiento de la inmediata novación modificativa del préstamo “en condiciones idénticas a las contenidas en la oferta de la entidad que pretende subrogarse”. Este derecho fue calificado de “tanteo” al justificarse la enmienda, e igual calificativo le dio el Sr. MARTÍNEZ NOVAL al aceptar en el Congreso en nombre del Grupo Socialista la propuesta y hacerla suya a través de la indicada enmienda transaccional. Lo que ha ocurrido es que al ser aprobada esta enmienda transaccional la idea original se ha desvanecido y no estamos ya ante un verdadero tanteo que permite al primer acreedor dejar sin efecto la oferta vinculante y subsiguiente

subrogación haciendo suyas las mismas condiciones contenidas en la oferta. Lo de “condiciones idénticas” ha desaparecido y la Ley sólo habla de enervar la subrogación y formalizar con el deudor novación modificativa del préstamo originario. Novación modificativa que, en teoría, podrá ser en condiciones distintas, incluso más onerosas, que las contenidas en la oferta vinculante. Lo dicho no obsta para que si se quiere disfrutar de los beneficios que concede el art. 9 de la propia Ley, se cumplan las condiciones en el mismo establecidas: mejora de las condiciones del tipo de interés, pero no mejora en las condiciones contenidas en la oferta vinculante.

Si no se entrega la certificación y no se enerva la subrogación (“en caso contrario” se afirma en el párrafo 3.º del art.) para que la subrogación surta efectos se han de cumplir los requisitos siguientes:

— el deudor deberá formalizar escritura pública de préstamo con la nueva entidad financiera, haciendo constar en ella su propósito de pagar con el dinero obtenido al primer acreedor, conforme a lo dispuesto en el art. 1.211 del C.c. (art. 2, pár. 1.º y 3.º). Escritura que, aun cuando no se diga expresamente, deberá otorgarse una vez transcurridos los quince días naturales a contar desde la entrega de la certificación acreditativa del importe del débito del deudor, plazo dentro del cual el primer acreedor puede enervar la subrogación. Si no se ha entregado la certificación, parece que el único plazo que hay que esperar es el de siete días naturales a contar desde que el posible nuevo acreedor notifique al primero la oferta vinculante. En este sentido consideramos debe interpretarse lo prevenido en el párrafo 3.º del repetido art. 2.º; es decir, si se entrega la certificación habrá un plazo de siete días para efectuarlo y otro de quince días para enervar; si no se ha entregado la certificación, no debe proceder el derecho de enervar,

— en la propia escritura de préstamo con el nuevo acreedor, éste (la entidad subrogada) deberá, además, declarar

“haber pagado al primer acreedor la cantidad acreditada por ésta, por capital pendiente e intereses y comisión devengados y no satisfechos” (art. 2.º, pár. 3.º) y se incorporará a la escritura —según este mismo párrafo— un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria. La exigencia de que a esta escritura se incorpore el resguardo de la operación bancaria realizada con finalidad solutoria supone que el segundo acreedor deberá haber abonado al primero el importe del débito antes de haberse firmado con el deudor la escritura de préstamo del art. 1.211 C.c. ¿Y si el deudor no comparece a firmar? Importante laguna e importantes dificultades y riesgos que, sin duda, obstaculizarán las operaciones de subrogación no consentidas por el acreedor primitivo.

74

Si el pago aún no se hubiera efectuado —señala el párrafo 4.º del propio artículo 2.º— porque la entidad acreedora no hubiese comunicado la cantidad acreditada o se negase por cualquier causa a admitir su pago, bastará con que la entidad subrogada la calcule, bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error, que no serán repercutibles al deudor, y, tras manifestarlo, deposite dicha suma en poder del Notario autorizante de la escritura de subrogación a disposición de la entidad acreedora.

La justificación de este sistema establecido para el supuesto de que el primer acreedor no preste la colaboración debida, se contiene en la Exposición de Motivos, que reitera el criterio ya expuesto por el Ministro Sr. BELLOCH: “El procedimiento instrumentado análogo al previsto por el artículo 153, párrafo 5, de la Ley Hipotecaria, tiene idéntico fundamento que éste, reforzado si cabe por el hecho de tratarse de una liquidación a practicar entre dos entidades financieras a las que hay que presumir, por el mero hecho de serlo, la necesaria lealtad recíproca”.

Depositada la suma en poder del Notario, éste “notificará de oficio a la entidad acreedora, mediante la remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, pudiendo

aquella alegar error en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes” (párrafo 4.º “in fine”, del art. 2.º).

Impone, pues, la nueva Ley a los Notarios la obligación de aceptar un depósito —lo que supone una importante excepción al principio de voluntariedad recogido en el art. 216, pár. 2.º, del vigente Reglamento Notarial— y una subsiguiente “notificación de oficio” —contraria también al principio de rogación que inspira toda la legislación notarial; calificativo que intentó ser suprimido por la enmienda n.º 24 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, alegándose que “el Notario no efectuará la notificación ‘de oficio’, es decir, por decisión suya, sino porque se lo impone este precepto de la Ley”—.

Esta notificación se hará a la entidad acreedora mediante la remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, pudiendo aquella alegar error en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes. Los términos imperativos del precepto (“notificará”) ... parecen imponer como obligatoria la remisión por Correo de copia autorizada. No creemos deba ser así interpretado el precepto y que cabrá la notificación personal en los términos prevenidos en los arts. 202 y 203 del Reglamento Notarial; aunque quizás, por prudencia, sea conveniente atenerse al texto de la Ley, a la vista, además, de lo preceptuado en el art. 206 del propio Reglamento Notarial.

El primer acreedor notificado puede alegar error en la cantidad que se pone a su disposición “en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes” (art. 2.º, pár. 4.º). La frase “en la misma forma” supone que la alegación del error sólo puede hacerse por conducto notarial, bien sea por diligencia a continuación de la escritura de subrogación o mediante un acta independiente.

La alegación del error no será obstáculo para que la subrogación surta todos los efectos (art. 2º, pár. 5.º), aunque sí dará paso a la intervención judicial que regula este mismo párrafo 5.º El procedimiento, especial y abreviado, se

tramitará ante el Juez competente para entender del procedimiento de ejecución y se iniciará a petición de la entidad acreedora (primer acreedor) o de la entidad subrogada (segundo acreedor). El Juez citará a ambas entidades financieras, dentro del término de ocho días, a una comparecencia, y, después de oírlas, admitirá los documentos que se presenten, y acordará, dentro de los tres días, lo que estime procedente. El auto que se dicte será apelable en un solo efecto y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes.

3) *Comisión por amortización anticipada.*

76

En el primitivo Borrador de la Ley la comisión por cancelación anticipada afectaba tanto a los préstamos a interés fijo como variable y no podía exceder de la cantidad que en su día se había percibido en concepto de comisión de apertura por la concesión del mismo préstamo, salvo que se acreditara la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias y que fuera consecuencia directa de la amortización anticipada.

En el Proyecto publicado en el Boletín del Congreso (4 de febrero de 1994, serie A, n.º 51-1) ya aparecía la limitación de su cuantía al 1% y aplicable sólo a los préstamos de interés variable.

A este artículo se presentaron nueve enmiendas en el Congreso de muy diferente signo. La n.º 3 del Grupo Federal IU-IC, la limitaba a los préstamos a interés fijo; las n.º 9 (Coalición Canaria), 13 y 14 (Grupo Mixto EA-EE) y 16 y 17 (Grupo Parlamentario Vasco PNV y Grupo Mixto EA), la extendían a todos los préstamos; la n.º 37 (Grupo Popular) propugnaba la supresión del artículo, lo que justificaba alegando que “no pueden establecerse limitaciones económicas en los contratos por el solo hecho de beneficiar a una parte, por ser contrario al principio de libertad contractual y de mercado”; la n.º 67 (Grupo Parlamentario Catalán CIU)

que mantenía una redacción similar a la propuesta, pero que añadía otros párrafos referidos a los contratos posteriores a la entrada en vigor de la Ley y que, en cierta medida, pasaron a la actual Disposición Adicional Primera; y la n.º 55 del Grupo Socialista que se llevó el gato al agua y, como mejora técnica, se ha convertido en el actual art. 3.º

El Ministro Sr. BELLOCH en su discurso de defensa del Proyecto, afirmó: “Hubo que abordar, de manera inmediata, una cuestión previa importante. Me refiero al polémico problema de la comisión por cancelación o amortización anticipada. Esta comisión, al menos en su actual o muy próxima importancia cuantitativa, es un fenómeno relativamente reciente en el mercado hipotecario, coincide con el momento en que el interés del dinero alcanza su cuota más elevada y tuvo su origen en la enérgica competencia que mantuvieron las distintas entidades bancarias, durante ese concreto período de tiempo, para tratar de captar clientela. Lo cierto es que no tiene regulación legal, sus tipos varían de unas a otras entidades financieras y, ciertamente, en opinión del Gobierno, se hace difícil admitir su justificación en los préstamos a interés variable. ¿Por qué particularmente en los préstamos a interés variable? Porque en este tipo de préstamos, a diferencia de lo que ocurre en los préstamos a interés fijo, el riesgo financiero que asume la entidad es prácticamente nulo... La realidad evidencia, por otro lado, que estas comisiones se pactaron precisamente en los préstamos hipotecarios a interés variable y ciertamente en este caso, opina el Gobierno, se trataba de cláusulas que deberían equivaler a las que se denominan cláusulas penales, es decir, a tener el carácter de pena por el desestimiento”. Tras destacar que los préstamos hipotecarios a interés variable representan el 88,5 por ciento del total de los préstamos hipotecarios, continuó señalando: “Es conocido por SS.SS. que la pena por desistimiento, la cláusula penal, es moderable judicialmente, de acuerdo con lo que prevé el artículo 1.154 del Código civil, y no cabe duda, por otro lado, que, respecto

de los préstamos que pudieran quedar fuera del marco de la Ley, los Tribunales van a tener trabajo en ese terreno. Es evidente, sin embargo, que, si puede moderar el Juez, por vía de análisis individualizado de un caso, estas cláusulas de carácter penal, con mayor razón puede y debe hacerlo el Parlamento soberano. Procede, pues, moderar, por medio de la vía legal, el exceso en que se haya podido incurrir. Para ello, el criterio que propone el Gobierno trata de ser coherente con este planteamiento. Por un lado, modera las comisiones, fijando un porcentaje significativo, el 1 por ciento, el cual no se podrá superar, pero, por otro lado, deja abierta la vía judicial. Esto es necesario, es imprescindible, puesto que, efectivamente, puede darse el caso singular de que la entidad financiera pueda llegar a acreditar que sufre perjuicios distintos de la pérdida de ganancias implícita en la cláusula penal. Para esos supuestos, puede —y así lo permite la Ley— acudir a reclamar la correspondiente indemnización ante los Tribunales, pero, lógicamente, con la salvedad y cautela imprescindible de que semejante procedimiento en modo alguno suspenda la ejecución del proceso subrogatorio, pues, en otro caso, simplemente, la Ley carecería de toda viabilidad”.

De acuerdo con estas líneas maestras el art. 3.º dispone que en las subrogaciones que se produzcan en los préstamos hipotecarios, a interés variable, referidos en el art. 1.º de la propia Ley (los concedidos por entidades financieras), la cantidad a percibir por la entidad acreedora (primer acreedor) en concepto de comisión por la amortización anticipada de su crédito, se calculará sobre el *capital pendiente* de amortizar, de conformidad con las siguientes reglas:

1.ª) Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no habrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto.

2.ª) Si se hubiese pactado una comisión igual o inferior al 1%, la comisión a percibir será la pactada.

3.ª) En los demás casos, la entidad acreedora solamente

podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 1% cualquiera que sea la que se hubiese pactado.

En este tercer supuesto, si la entidad acreedora demuestra la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias (“damnum emergens”), producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada, podrá reclamar aquél por la vía judicial. La alegación del daño no impedirá la realización de la subrogación, si concurren las circunstancias establecidas en la presente Ley, y sólo dará lugar a que se indemnice, en su momento, la cantidad que corresponda por el daño producido.

Suele ocurrir habitualmente que cuando el legislador enumera supuestos se deja alguno en el tintero. En este caso es el de inexistencia de pacto de amortización anticipada. La aplicación del art. 1.127 del C.c. (el plazo se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor) nos debería llevar a la conclusión de que si el acreedor no lo acepta no procederá la cancelación anticipada. Sin embargo, el ya examinado n.º 2 del art. 1.º de la Ley resuelve la cuestión en sentido radicalmente contrario: aunque no conste en el préstamo la posibilidad de amortización anticipada, será de aplicación la especial subrogación en ella regulada. ¿Cabrá la comisión del 1%? Opinamos que no, ya que al no haberse fijado comisión alguna, estaremos en la regla 1.ª

79

4) *Escritura de subrogación.*

Otorgantes de esta escritura serán imprescindiblemente el deudor y el nuevo acreedor. Nuevo acreedor que deberá ser una de las entidades financieras a las que se refiere el art. 2.º de la Ley 2/1981, del Mercado Hipotecario (art. 1.1 y 2 párrafo 1.º).

La comparecencia del primer acreedor no es necesaria. Por definición la subrogación se produce, como señala el párrafo 1.º del art. 2.º, “sin el consentimiento de la entidad acreedora” (primera entidad acreedora). Su intervención, no

obstante, eliminaría el problema, antes expuesto, de que el segundo acreedor hubiere pagado y el deudor no compareciere para otorgar la escritura de préstamo. En este supuesto de presencia del primer acreedor el pago podía hacerse en el acto del otorgamiento y parece que debiere bastar que su representante recibiera en ese momento el importe del débito del deudor, bien en efectivo o mediante cheque bancario conformado. En este caso no sería necesario incorporar a la escritura el “resguardo de la operación bancaria realizada con (tal) finalidad solutoria”, a que alude el inciso final del párrafo 3.º del art. 2.º

80

La escritura será una escritura del préstamo y en la que el deudor hará constar, expresamente, su propósito de subrogar a la nueva entidad en el préstamo que formalizó en su día con la primera entidad financiera, conforme a lo dispuesto en el art. 1.211 del C.c. Escritura a la que se incorporará el resguardo de la operación bancaria realizada con finalidad solutoria, si el pago se ha podido realizar por haberse dado cumplimiento a lo prevenido en el párrafo 3.º del art. 2.º, o, en caso contrario, se completará con el depósito de la suma de la cantidad acreditada en poder del Notario autorizante para que éste notifique de oficio (?) la subrogación ya consumada al primer deudor y le ofrezca el pago de la cantidad de que se trate.

Para que se produzca la subrogación en los términos que la Ley contempla en la escritura “sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones de tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente” (art. 4.º).

En el Borrador el art. 4.º era del siguiente tenor: “En la escritura de subrogación no podrá modificarse en modo alguno el contenido del contrato de préstamo, salvo la rebaja del tipo de interés, tanto ordinario como de demora”. Y en el Proyecto presentado por el Gobierno a las Cortes se decía: “En la escritura de subrogación no podrá modificarse en modo alguno el contenido del contrato de préstamo, salvo el cambio del tipo de interés, tanto or-

dinario como de demora, inicialmente pactado o vigente”.

A esta redacción del proyecto se presentaron en el Congreso ocho enmiendas (n.ºs 4, 10, 18, 24, 39, 40, 41 y 56), encaminadas las n.ºs 10 (Coalición Canaria), 18 (PNV y Grupo Mixto EA) y 24 (Grupo Mixto PAR) a incluir la posibilidad de modificarse también el plazo del préstamo para evitar condiciones limitativas que bloqueen la auténtica liberalización del mercado hipotecario y hacer más operativa la Ley. Tesis que no prosperó, así como tampoco la enmienda 39 del Grupo Popular que, considerando al precepto obvio y redundante, pretendía su supresión. Fue la enmienda 56 del Grupo Socialista la triunfante y la que dejó el artículo en su actual redacción, como mejora técnica frente a la del Proyecto.

El Sr. MARTÍNEZ NOVAL, en la defensa de las enmiendas del Grupo Socialista y, al mismo tiempo, en su intervención para fijar posiciones respecto a las enmiendas presentadas por los otros grupos, afirmaba: “... queríamos modificar también y precisar, en el artículo 4.º, a qué nos referimos cuando hablamos de cambio en el tipo de interés en el caso de subrogación. Pues estamos refiriéndonos, tal como dice nuestra enmienda, a una mejora de los tipos de interés. Entendemos que con este término es suficiente, porque será el deudor hipotecario el mejor intérprete de qué significa para él ‘mejora de los tipos de interés’. Mi impresión es que se pueden dar tres posibilidades, en relación con un cambio en los tipos de interés, que signifiquen mejora para el deudor hipotecario. Que se trate de una hipoteca a tipo fijo, con lo que deberíamos estar en presencia de una reducción del tipo de interés; que se trate de una hipoteca a tipo de interés variable o bien de un cambio en el tipo de interés de referencia de la primera entidad acreedora, o bien que, manteniendo el tipo de referencia inicial, reduzca el margen respecto a ese tipo de referencia. Eso es lo que nosotros entendemos por mejora de los tipos de interés, que hemos querido llevar al proyecto para clarificarlo”.

En el Senado el artículo no se modificó al ser rechazadas las tres únicas enmiendas que al respecto habían presentado el Grupo Parlamentario Mixto (GPMX) y el Popular. La enmienda n.º 2 del GPMX insistía en que se debía incluir la posibilidad de modificar el plazo para hacer más operativa la Ley, y porque a veces resulta tan sustancial la ampliación del plazo, como la modificación de los intereses. Del Grupo Parlamentario Popular la n.º 32, estaba encaminada a añadir tras la expresión “subrogación”, la precisión “de hipoteca”, y la 33, a adicionar un párrafo segundo, para eliminar el carácter aparentemente prohibitivo de la norma, del siguiente tenor: “Sin perjuicio de que en otra posterior puedan modificarse tanto las condiciones del préstamo como las de garantía hipotecaria”. La posibilidad de modificar el plazo nos parece más que razonable y nos convencer a medias las palabras del Senador IGLESIAS MARCELO del Grupo Socialista, que justificaba su rechazo en sede de subrogación y su admisión en sede de novación modificativa por estimar preferible y deseable inducir a los actores de los negocios a que concierten novaciones por dos razones: posibilidad de que las entidades financieras mantengan su clientela evitando la huida de deudores, y menor coste para los deudores, al eliminarse la comisión por cancelación anticipada. Razón de coste muy importante, pero que no cabe generalizar pues hay préstamos en que tal comisión no se da (regla 1.ª del art. 3). El que el artículo 4.º dijera “En la escritura de subrogación de hipoteca sólo se podrá pactar...” no hubiera estado mal; el segundo párrafo que se intentó añadir, por el contrario, nos parece superfluo ya que consumada la subrogación no hay norma alguna que impida “a posteriori” nuevos pactos entre deudor y acreedor.

Volviendo al texto vigente, en la escritura de subrogación “sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente”.

De acuerdo con la “mens legislatoris” expuesta por el Sr. MARTÍNEZ NOVAL:

— en los préstamos a interés fijo, la mejora equivale a reducción del interés pactado,

— en los préstamos a interés variable, la mejora del interés vigente puede obtenerse cambiando el tipo de interés de referencia —lógicamente siempre que sea más beneficioso para el deudor— o, manteniendo el referencial pero reduciendo el diferencial, es decir, los puntos que hay que añadir para determinar el interés resultante.

Nos parece, sin embargo, que la expresión “mejora de las condiciones del tipo de interés” puede dar más de sí. Por ejemplo: cambio de interés fijo o variable o a la inversa; mantener el tipo de interés y cambiar su fecha de vencimiento (de mensuales, a trimestrales, semestrales a anuales; en hostelería, cambio a los meses veraniegos o de temporada alta). ¿Cabrán incluir estos supuestos y otros que sin duda se nos quedan en el tintero en el marco de esta Ley? De seguro que para las Oficinas Liquidadoras el no será la respuesta habitual.

83

Tres precisiones para terminar:

1.^a) La simple mejora en el tipo de interés de demora, no nos parece encajable en el ámbito del art. 4.º, a pesar de su ambigua redacción (tanto ordinario como de demora).

2.^a) Tampoco debe encajar la mejora del interés pactado inicialmente, siempre que suponga un aumento respecto del vigente. La disyuntiva “o” no puede permitir esta interpretación, sino que debe entenderse referida a préstamos a plazo fijo, en cuyo caso será respecto del inicialmente pactado, o a préstamos a interés variable, en el que el interés mejorado debe ser el vigente.

3.^a) En todo caso de interés mejorado se produce la inevitable consecuencia de modificación del T.A.E., lo que deberá hacerse constar en la escritura, y que no impedirá la aplicación de la nueva Ley, sino que, por el contrario, parece que se convierte en condición inexcusable para que se aplique.

5) *Constancia registral.*

Está regulada esta materia en el art. 5.º que desde el Borrador inicial solamente ha sido modificado (al admitirse en el Congreso la enmienda 57 del Grupo Socialista) en cuanto a la circunstancia 2.ª de la nota marginal. En el Borrador se hablaba de “el nuevo tipo de interés pactado” y como mejora técnica la Ley se refiere a “las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés”.

84 Ello no quiere decir que no se hubiesen presentado enmiendas. En el Congreso, además de la ya citada y la n.º 69 del Grupo Parlamentario Catalán (CIU) a la que luego nos referiremos, se presentaron las n.ºs 5 (Grupo Federal IU-IC) de supresión del inciso final (El Registrador no podrá exigir la presentación del título de crédito); y las n.ºs 42, 43 y 44 del Grupo Popular de supresión (por obvio y ser propio de una disposición reglamentaria), de sustitución (“... por medio de nota marginal, en la forma que reglamentariamente se determine”) y de modificación (debiera decir “Registro de la Propiedad” por mera sensatez).

En el Senado se defendieron las enmiendas 4, 5 y 6 del Grupo Parlamentario Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) de modificación y que estaban encaminadas a sustituir la nota marginal por el asiento de inscripción (tanto por la razón práctica de ser insuficiente el espacio destinado a este fin en los libros del Registro a consecuencia de todas las circunstancias que se deban consignar, como por una razón de mejor técnica jurídica, por tener la subrogación sustantividad propia como negocio jurídico); y las n.ºs 34 y 35 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), coincidentes con las presentadas en el Congreso.

El Sr. IGLESIAS MARCELO rechazó la sustitución de la nota marginal por la inscripción porque sí, por ser vos quien sois: “En la plenitud de estas modificaciones no supone ninguna ventaja y, en algunos casos, parece que engendra algún tipo de confusión o ambigüedad, especialmente

cuando los acreedores son varios. Nosotros creemos que una nota marginal cumple todos los requisitos necesarios para la debida garantía y, por tanto, en ese sentido vamos a mantener esa postura”.

Sea cual sea nuestra opinión, de conformidad con el art. 5.º de la Ley “el hecho de la subrogación (más técnico habría sido decir “el acto de la subrogación”, como ponía de relieve la aludida enmienda 34 del GPP) no surtirá efecto contra tercero, si no se hace constar en el Registro (de la Propiedad) por medio de una nota marginal”.

Según el mismo precepto, en la nota marginal se expresarán las circunstancias siguientes:

1.º) La persona jurídica subrogada en los derechos del acreedor.

2.º) Las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés.

3.º) La escritura que se anote, su fecha, y el Notario que la autorice.

4.º) La fecha de presentación de la escritura en el Registro y la de la nota marginal.

5.º) La firma del Registrador, que implicará la conformidad de la nota con la copia de la escritura de donde se hubiere tomado.

De acuerdo con el inciso primero del párrafo 2.º del propio art. 5 “Bastará para que el Registrador practique la inscripción de la subrogación que la escritura cumpla lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, aunque no se haya realizado aún la notificación al primitivo acreedor”.

La lectura de este apartado nos conduce a destacar:

—el que en él se indique que el Registrador practicará la “inscripción de la subrogación”, cuando en el primer párrafo se haya legislado que el asiento a practicar es una nota marginal. Más lógico hubiera sido decir “bastará para que el Registrador extienda la nota marginal de subrogación...”. Pecado venial pues en sentido lato, latísimo, todo asiento que se practica en el Registro es de inscripción,

—la redundancia que supone exigir para practicar la

anotación de la subrogación el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2; extremo sobre el que, sin duda, el Registrador podrá ejercitar sus facultades calificadoras,

—los peligros que entraña el poderse anotar la subrogación aun cuando no se haya realizado la notificación al primitivo acreedor. Es cierto que si no ha cobrado, por la causa que fuere, podrá acudir al juez competente ex-art. 2.º, párrafo final, pero no lo es menos que habrá perdido la situación de privilegio que le concedía su hipoteca inscrita, toda vez que la subrogación ya habrá surtido sus plenos efectos.

86

Respecto de este extremo el Grupo Parlamentario Catalán (CIU) presentó en el Congreso la enmienda n.º 69 —que fue retirada en el Plenario— con la que pretendía reformar la redacción del Proyecto —que es la misma que recoge el transcrito inciso primero del párrafo 2.º del art. 5— exigiendo, como requisito previo para practicar la nota marginal de subrogación que “se haya notificado notarialmente la subrogación al primitivo acreedor sin que éste se haya opuesto por causa legítima” y justificando la enmienda en razones de seguridad jurídica (Desde una perspectiva de garantía para la seguridad jurídica resulta imprescindible la previa comunicación al acreedor de su sustitución como titular de derechos registrales). Ignoramos por qué razones se retiró la enmienda —en el Diario de Sesiones del 17 de febrero de 1994, no se indican—, pero nos imaginamos que sería para facilitar la aplicación de la Ley, para facilitar la subrogación cuasi-automática en ella establecida y evitar que la oposición por causa legítima la obstaculizara. Una vez más el sacrificado ha sido el principio de seguridad jurídica.

Finaliza el art. 5.º con dos normas prohibitivas destinadas a los Registradores de la Propiedad:

1.ª No serán objeto de nueva calificación las cláusulas inscritas del préstamo hipotecario que no se modifiquen. Hemos tenido ocasión de hablar del tema con algún que otro compañero Registrador y se nos ha hecho saber el

profundo malestar con que esta prohibición ha sido recibida. Se considera que la misma es un atentado contra la esencia de su función y que puede ser un portillo abierto por donde sus facultades calificadoras se vean mermadas, con peligro, incluso, de desaparecer. Particularmente entiendo que la norma que examinamos no autoriza esa lectura y que el art. 18 L.H. y las normas reglamentarias que lo desarrollan han sido respetadas en su integridad. En la escritura de subrogación sólo se puede pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, las demás cláusulas del préstamo no se modifican. Las cláusulas de modificación del tipo de interés, así como el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el art. 2 y demás de la Ley, serán objeto de calificación en toda la extensión prevenida por el art. 18 L.H. Lo demás no modificado y ya calificado al tiempo de practicarse la inscripción no tiene razón de ser que sea nuevamente calificado. Nos parece que el principio general “non bis in idem” legitima, sin dañar, el apartado que acabamos de comentar.

2.^a El Registrador tampoco podrá exigir la presentación del título de crédito; indudablemente, el título de crédito anterior que suele estar en poder del acreedor y que éste guarda con celo delirante en su poder, pensando que si no lo tiene ha perdido sus derechos. Si el primer acreedor no presta su colaboración a la subrogación, con mayor motivo no entregará su título. Si fuere necesaria su presentación no se inscribiría (¡mea culpa, mea culpa!) ninguna subrogación. Esta norma es congruente con lo dispuesto en el artículo 6.º: si no se puede presentar el título de crédito, para despachar la ejecución bastará la presentación de la certificación del Registro que acredita la inscripción y subsistencia de la hipoteca. Tampoco vemos, pues, razones para que este apartado pueda propiciar “malos pensamientos” por parte de los Registradores.

6) *Ejecución.*

El texto del art. 6 en cuanto a su primer párrafo ha pasado del Borrador a la Ley sin notificación alguna, al ser rechazadas, tanto en el Congreso como en el Senado, las enmiendas de supresión y sustitución presentadas por el Grupo Popular (n.ºs 45 y 46, y 37 y 38 respectivamente).

La única novedad en este art. 6 ha sido la adición en el Senado de su actual párrafo 2.º; adición más que superflua.

Para que la ejecución de la hipoteca pueda despacharse la entidad subrogada deberá presentar, en todo caso, la primera copia auténtica inscrita de la escritura de subrogación y además, alternativamente, o el título de crédito (revestido de los requisitos que exige la L.E.C. para despachar ejecución —art. 1.429—) o, si no pudiese hacerlo, certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca (de la hipoteca en su día inscrita a favor del primer acreedor).

La ejecución de la hipoteca, como es lógico, se ajustará a lo dispuesto en la L.E.C. (arts. 1.429 y ss.) y en la L.H. (arts. 129 y ss).

7) *Beneficios Fiscales.*

El art. 7.º que regula estos beneficios es idéntico al del Borrador y se ha mantenido así —salvo en cuanto a su rúbrica que era la de “Régimen fiscal” y que fue alterada al ser aceptada en el Senado una enmienda transaccional— al haber sido rechazadas en el Congreso la enmienda 47 del Grupo Popular (que pretendía la sustitución del texto por otro en el que se añadía un nuevo n.º 18 al art. 45.I.B. del R.D. Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) y en el Senado las enmiendas 39 y 40 del propio Grupo Parlamentario Popular (GPP) y la n.º 56 del Grupo

Parlamentario Catalán de Convergència i Unió (GCIU). En esta última el Grupo Catalán pretendió añadir otro párrafo al art. 7.º en el que se establecía que a la exención del párrafo anterior “será de aplicación lo que se establece en el apartado II, n.º 11, del Acuerdo de Política Fiscal y Financiera, de 20 de enero de 1992, sobre el sistema de financiación autonómica en el período 1992-1996”. El Sr. IGLESIAS MARCELO, en nombre del Gobierno, consideró que “esa inclusión es innecesaria, porque están en vigor y porque tienen la plenitud de sus consecuencias los acuerdos de política fiscal y financiera del 20 de enero de 1992, cuyo apartado 2.11, que he leído detalladamente, describe, enumera con toda precisión los casos en que es de aplicación ese principio de compensación cuando hay disminución, bonificación, etcétera, de impuestos cedidos”.

A destacar también el intento del Grupo Parlamentario Vasco PNV (enmienda 21 de las presentadas en el Congreso y 9 de las del Senado), apoyada por el Sr. FERNÁNDEZ DE TROCÓNIZ del Grupo Popular en el Congreso, de reducir con carácter general el gravamen del 0,5 por ciento al 0,1 por ciento, en todo tipo de gravámenes en Actos Jurídicos Documentados. A este respecto el Sr. IGLESIAS MARCELO contestó que “siendo deseable, necesita ser escrupulosamente estudiado”.

En el aprobado art. 7 se declaran exentas las escrituras que documenten la operación de subrogación en la modalidad gradual (0,50%) de “Actos Jurídicos Documentados” sobre documentos notariales. Lógicamente esta exención sólo se reconocerá a las escrituras de subrogación formalizadas cumpliendo todos los requisitos de la nueva Ley, especialmente los de su art. 4.º (sólo mejora de las condiciones del tipo de interés).

Esta exención, así como la reconocida en el art. 9 en materia de novación modificativa, ha sido incorporada al reciente Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (R.D. Legis-

lativo 1/1993, de 24 de septiembre) en la Disposición Adicional Tercera de la nueva Ley y que examinaremos más adelante.

8) *Honorarios notariales y registrales.*

Tampoco ha sufrido modificación alguna el art. 8.º que regula los mentados honorarios. Su no modificación no significa, sin embargo, que no se hayan presentado enmiendas, sino que éstas fueron rechazadas.

90 En el Congreso el Grupo Popular presentó la enmienda 48 (de supresión, por ser el texto propuesto de contenido meramente reglamentario y estar contenidos los aranceles, no honorarios, notariales y registrales en los R.D. 1.426 y 1.427 de 1989, de 17 de noviembre, respectivamente) y la enmienda 52 (de incorporación de una nueva Disposición Adicional en la que se establecía que el Gobierno debía proceder a la modificación de los RR.DD. que se acaban de citar, para acomodar las cuantías de las bases de los aranceles a la misma que corresponda en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados).

También en el Congreso el Grupo Parlamentario Catalán (CIU) firmó la enmienda n.º 74, con la que se pretendía que los aranceles notariales se redujeran en un 25% respecto de la escala ordinaria para los documentos de cuantía y los registrales se bonificaran en cuantía similar respecto de los aplicables en la inscripción de las escrituras de préstamos hipotecarios.

En el Senado el Grupo Parlamentario Popular (GPP) reiteró las enmiendas antes aludidas (ahora n.ºs 41 y 45) y el Grupo Parlamentario Catalán de Convergència i Unió (GCIU) recrudesció su petición intentando que la reducción pasara del 25% al 35%.

El Sr. FERNÁNDEZ DE TROCÓNIZ, por el Grupo Popular, manifestó en el Congreso que el otro gran pilar dentro de este proyecto de Ley (el primero, es el de la transposición

hipotecaria del art. 1.211 del C.c.) es la exención en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y asimismo la reducción de aranceles de Notarios y Registradores de la Propiedad. Con el debido respeto no creemos puedan equipararse ambos extremos, toda vez que los aranceles notariales y registrales son el “chocolate del loro” en toda esta trama.

Según el vigente art. 8 “para el cálculo de los honorarios notariales y registrales se tomará como base la cifra del capital pendiente de amortizar en el momento de la subrogación, y se entenderá que el documento autorizado contiene un solo concepto”.

Limitándonos a comentar la normativa notarial, podemos afirmar que la fijación de la base es clarísima: la cifra del capital pendiente de amortizar en el momento de la subrogación. Cifra que deberá hacerse constar expresamente en la escritura de subrogación, de acuerdo con la certificación entregada por la primera entidad acreedora o el cálculo efectuado, en defecto de aquélla, por la entidad subrogada (art. 2).

La aplicación a esta base de la reducción del 25% contenida en el número 2.2 de los vigentes Aranceles Notariales, nos parece también clara. La nueva Ley sólo modifica la base; los Aranceles no se tocan para nada y, por tanto, su aplicación debe ser tal y como están aprobados. La finalidad de la Ley: ahorrar dinero a los consumidores, nos veda una interpretación distinta.

Añade, además, el precepto otra limitación: “se entenderá que el documento autorizado contiene un solo concepto”. De acuerdo con la expuesta interpretación teleológica de la Ley, creemos que la aplicación de este inciso supone que el depósito de la suma efectuado por la entidad subrogada en poder del Notario para que lo ponga a disposición de la primera entidad acreedora, es un concepto no minutable; y que tampoco lo será la subsiguiente remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación a dicha entidad acree-

dora, ni la diligencia en la que se recoja —en la misma escritura de subrogación— las alegaciones hechas por ésta. Se salvarán de la quema, lógicamente, los suplidos y los derechos de salida (Número 6.3 del Arancel).

La aplicación a las facturas emitidas por los Notarios con motivo de estas escrituras de subrogación de la exención en materia del IVA, prevenida en el art. 20, Uno, 18.º) de la nueva Ley (Ley 37/1992, de 28 de diciembre), no nos presenta dudas, ya que se declaran exentos los servicios de “intervención prestados por fedatarios públicos en las operaciones exentas a que se refieren las letras anteriores”, entre las que se encuentran las concesiones de créditos y préstamos (letra c) y la transmisión de préstamos o créditos (letra e). Recordemos que la anterior Ley del IVA (Ley 30/1985, de 2 de agosto) también declaraba exentos los servicios de intervención en las operaciones financieras descritas en las letras anteriores prestados por Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores de Comercio Colegiados y Notarios (art. 8, I, 18.ºj).

92

II. Novación modificativa

El segundo de los sistemas o medios previstos en la Ley para lograr que los consumidores puedan beneficiarse del descenso generalizado de los tipos de interés con el menor costo posible y que, al mismo tiempo, permite al acreedor mantener su clientela, es el de la novación modificativa del préstamo originario sin cambio de acreedor, mejorando las condiciones del tipo de interés y con posibilidad, además, de alterar el plazo.

El Ministro Sr. BELLOCH en la presentación del Proyecto afirmó que a la posibilidad de subrogación “se ha añadido un mecanismo que entiende el Gobierno es conducente a los mismos fines que se proponía el acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados y que puede ser, en la mayoría

de los casos, el menos oneroso y el más satisfactorio. Me refiero, desde luego, al mecanismo de la novación modificativa ... ello supone, sustancialmente, que en el ámbito de la propia entidad financiera en la que está constituido el préstamo hipotecario, las partes puedan, por vía de novación modificativa, llegar a modificar a la baja no solamente los tipos de interés, que también conviene subrayarlo porque en ocasiones no se ha entendido, sino que también puede afectar a los plazos de amortización. Este podría ser, si nos atenemos a la lógica de las leyes del mercado y al previsible interés del acreedor en seguir manteniendo la relación con su correspondiente cliente, el mecanismo que, además de ser el más barato, como he indicado, probablemente sea el más generalizado”.

“A la materia —continúa diciendo el Ministro— dedica el proyecto el artículo 9 que, en síntesis, se limita a establecer dos criterios: por un lado, declarar exentas del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad gradual, esta clase de operaciones, es decir, las escrituras públicas en las que se instrumentaliza esta clase de operaciones, y, por otro lado, limitar de manera severa los honorarios de los profesionales, puesto que este arancel, de acuerdo con el proyecto, sólo se calculará sobre el diferencial entre el tipo de interés antiguo y el nuevo, aun en el supuesto de que se modifique el plazo”.

En el texto del Borrador el párrafo 1.º del artículo 9 limitaba la exención en cuanto a la modalidad gradual (0'50%) de Actos Jurídicos Documentados a las escrituras de novación de préstamos concedidos para la promoción o adquisición de viviendas y locales de negocio y la modificación afectare a la disminución del tipo de interés. En el Proyecto inicial se mantuvo la limitación objetiva (promoción o adquisición de viviendas y locales, si bien se amplió a los concedidos para la rehabilitación de viviendas), y se introdujo, además, la posibilidad de alterar el plazo.

Las enmiendas presentadas respecto de este párrafo 1.º

en el Congreso fueron: la n.º 11 (Grupo Parlamentario de Coalición Canaria), con la que se intentaba introducir tras el tipo de interés la especificación de “Variable o fijo”; la n.º 19 (Grupo Parlamentario Vasco PNV), para eliminar las limitaciones objetivas; la n.º 49 (Grupo Popular) de supresión; la 58 (Grupo Socialista), de simples mejoras técnicas; y la 72 (Grupo Parlamentario Catalán CIU), que para su clarificación añadía un inciso final referido al mantenimiento o modificación del índice de referencia para el supuesto de préstamos a interés variable.

En el Senado los Grupos Parlamentarios defendieron enmiendas similares (enmienda 7 del Grupo Parlamentario Senadores Nacionalistas Vascos, 42 y 43 del Grupo Parlamentario Popular, 49 del Grupo Parlamentario Socialista y 57 de Convergència i Unió) y a las que se añadió la n.º 65 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria del Senado, insistiendo en que debía consignarse el carácter variable o fijo del tipo de interés.

Consecuencia de la discusión parlamentaria y de la enmienda transaccional aprobada en el Senado —por la que se rectificó la rúbrica de este precepto, al igual que la del 7.º, sustituyéndose la expresión “Régimen fiscal” por la de “Beneficios fiscales”— el art. 9, en su párrafo 1.º, establece la exención en la modalidad gradual de Actos Jurídicos Documentados de las escrituras de novación modificativa de préstamos hipotecarios pactados de común acuerdo entre acreedor y deudor, siempre que el acreedor sea una de las entidades financieras definidas en el art. 1.º de la Ley.

Los préstamos a los que se refiere pueden ser a interés fijo o variable, no tienen limitación objetiva, y el único requisito o condición inexcusable de la modificación es la mejora en las condiciones del tipo de interés. A lo que expusimos en su momento al comentar el art. 4.º, en materia de subrogación, nos remitimos.

Puede también la escritura de novación modificativa afec-

tar al plazo. El último inciso de este párrafo 1.º establece “Conjuntamente con esta mejora se podrá pactar la alteración del plazo”. Conjuntamente, es claro; no es posible sólo modificar el plazo, hay que mejorar las condiciones del tipo de interés y, en este caso y sólo en él, se admite la alteración del plazo. Diferencia importante con el supuesto de subrogación.

Una duda que dejamos en el aire. Tanto en sede de subrogación como en la de novación modificativa, las condiciones del tipo de interés, inicialmente pactado o vigente, deben ser mejoradas. Respecto del plazo en la novación modificativa nada se adjetiviza, es decir, el plazo puede ser alterado, pero no es imprescindible que la alteración suponga mejora, o lo que es lo mismo, se alargue. ¿Podrá, pues, pactarse un plazo de menor duración?

Y otra de mayor enjundia. La ampliación del plazo en caso de haber acreedores posteriores, ¿supone una mera novación modificativa que permita conservar el rango que se tenía o no?

Los honorarios notariales y registrales se regulan en el párrafo 2.º del art. 9: “Para el cálculo de los honorarios notariales y registrales de dicho tipo de escrituras (de novación modificativa), se tomará como base la que resulte de aplicar al importe de la responsabilidad hipotecaria vigente el diferencial entre el interés del préstamo que se modifica y el interés nuevo”.

El transcrito párrafo 2.º se ha mantenido inalterado desde el Borrador, habiéndose rechazado en el Congreso la enmienda n.º 20, firmada por el Grupo Parlamentario Vasco (PNV), y en el Senado la n.º 8 del Grupo Parlamentario Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV), que pretendía limitar el diferencial al 1% con la finalidad de restringir los honorarios notariales en este tipo de escrituras. El Senador Sr. IGLESIAS MARCELO, en nombre del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), manifestó su rechazo a esta enmienda—que luego fue ratificada por la Cámara— contestando al

también Senador Sr. SANZ CEBRIÁN: “En cuanto a la limitación de honorarios notariales y registrales que nos solicita en su enmienda número 8, le hago notar que han sido reducidos al reducir la base sobre la que se calculan, porque sólo se calcularán sobre el capital pendiente de amortización (lo que no es exacto, apostillamos nosotros, en cuanto a las escrituras de novación modificativa del art. 9; sí lo es, respecto de las de subrogación según el art. 8), que puede ser mucho o poco, depende de la vida que tenga el préstamo hipotecario. Si además de esa reducción aplicáramos la reducción que su Señoría pretende de que el diferencial tenga como máximo el 1 por ciento, llegaríamos, en primer lugar, a una reducción que se calcula en algo así como el 90 por ciento de los honorarios notariales y registrales, lo que parece una disminución excesiva. Y, por otra parte, reducir el diferencial —que es un hecho real resultado del mercado— entre los tipos vigentes en el momento de la formulación de los préstamos y los que se firman ahora —son hechos reales— a un límite máximo del 1 por ciento, parece una operación artificiosa que, efectivamente, beneficia a los deudores pero que parece que tiene poca consistencia lógica. Por tanto, nosotros vamos a rechazar esa enmienda”.

En ninguna de las dos Cámaras se discutió la interpretación del repetido párrafo 2.º del art. 9; solamente el Ministro Sr. BELLOCH, en su intervención antes reproducida, afirmó que se limitaba de manera severa los honorarios de los profesionales, puesto que —y lo volvemos a repetir— el arancel “sólo se calculará sobre el diferencial entre el tipo de interés antiguo y el nuevo, aun en el supuesto de que se modifique el plazo”.

Si los padres de la Patria lo tienen claro, nada podemos añadir. La interpretación literal, literalísima, del precepto no puede ser más que la siguiente: La base se calculará aplicando al importe de la responsabilidad hipotecaria vigente el diferencial entre el interés del préstamo que se modifica y

el interés nuevo. Por esta base se percibirán los derechos que resulten de aplicar la escala del Número 2.1 del Arancel Notarial, reducidos en el 25% prevenido en el apartado 2 del propio Número 2.

Vayamos paso a paso:

— ¿Qué se entiende por importe de la responsabilidad hipotecaria vigente? Parece evidente, de acuerdo con el art. 122 L.H. y 240 de su Reglamento, que esta responsabilidad es la originariamente fijada en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria que se nova, salvo que la misma se haya modificado como consecuencia de alguna cancelación parcial. Por tanto, como regla general, la responsabilidad hipotecaria será la que comprende el principal, intereses (remuneratorios y de demora), costas y gastos.

— ¿Qué se entiende por diferencial entre el interés del préstamo que se modifica y el interés nuevo? También parece claro que es la cantidad que resulte de restar del interés vigente, según el Registro de la Propiedad (que puede ser el originariamente pactado o el modificado con posterioridad) el nuevo interés.

— ¿Será de aplicación la reducción del 25%? Por las razones expresadas al comentar el art. 8.º nos parece que así debe ser (“ratio” de la Ley). Recordemos la constante jurisprudencia de nuestro Centro Directivo en materia de cancelaciones de hipoteca.

— A nuestras facturas, ¿se les aplicará o no la exención del IVA? Opinamos que la respuesta debe ser afirmativa. Ya pusimos de relieve cómo la nueva Ley (37/1992) declara exentos los servicios de intervención prestados por fedatarios públicos en las operaciones financieras declaradas exentas (art. 20.Uno.18.º,ñ) y entre éstas la letra c) del mismo precepto enumera la concesión de créditos y préstamos en dinero cualquiera que sea la forma en que se instrumente y la letra d) “las demás operaciones, incluida la gestión, relativas a préstamos o créditos efectuados por quienes los concedieron en todo o en parte”.

Si de la teoría pasamos a la práctica, un ejemplo dejará aún más clarificado lo expuesto:

Responsabilidad hipotecaria vigente:

Préstamo de	10.000.000,-
Intereses vigentes al 16% de 3 años ...	4.800.000,-
Intereses de demora	3.200.000,-
Cantidad para costas y gastos	2.000.000,-
	20.000.000,-
Diferencial entre el interés vigente (16%) y el nuevo (10%)	6%
Base	1.200.000,-
Honorarios reducidos (75%)	11.925,-Ptas.

A la cantidad indicada se añadirá lo que corresponda por folios, suplidos, etc., y no se aplicará el 15% por IVA.

La interpretación que antecede ha sido consultada con múltiples compañeros que se han mostrado conforme con ella. Su autoría —al César lo que es del César— debo atribírsela a EMILIO MULET SÁEZ, compañero de plaza, que me convenció que mi idea originaria estaba equivocada. Idea que se basaba —quizás por deformación profesional— en la normativa sobre el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, según la cual la base está constituida “por el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda” (art. 10 del R.D. Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el T.R. de dicho Impuesto). Esta interpretación me llevó a pensar que la base debía ser la diferencia entre el total interés a satisfacer por el deudor calculado al tipo inicial y el total interés contabilizado de acuerdo con el nuevo tipo de interés pactado. Las dificultades de este cálculo, la imposibilidad de determinar el real tiempo de duración del préstamo —paliada por la posible aplicación del límite de

tres años (art. 10.2,c, del citado T.R.)— y la interpretación literal del párrafo 2.º del art. 9 de la nueva Ley (que debe prevalecer ex-art. 1.281 C.c.), nos han llevado a entonar el “mea culpa” y a reconocer nuestro error inicial.

III. Disposiciones Adicionales

El Borrador y el Proyecto inicial carecían de ellas. El Texto aprobado por el Congreso sólo contenía una Disposición Adicional Unica (la que actualmente es la Adicional Primera), si bien el contenido de la hoy Adicional Segunda aparecía esbozado en su art. 10 (hoy desaparecido al haberse aceptado, parcialmente, la enmienda 50 del Grupo Parlamentario Socialista presentada en el Senado).

Veámoslas por separado:

99

1) *Disposición Adicional Primera.* (“En los préstamos hipotecarios, a interés variable, a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, la entidad acreedora no podrá percibir por comisión de amortización anticipada no subrogatoria más del 1 por 100 del capital que se amortiza aunque estuviere pactada una comisión mayor”).

Esta Adicional fue introducida en el Congreso y su origen lo encontramos en la Enmienda n.º 6 firmada por el Grupo Federal IU-IC, si bien en la misma se limitaba la comisión por amortización anticipada al 1% respecto de los préstamos de interés variable “concertados antes de la entrada en vigor de esta Ley”.

Según el texto aprobado la limitación al 1% del capital que se amortiza por comisión de amortización anticipada es aplicable a todos los préstamos de interés variable, ya se hubieren formalizado antes de la entrada en vigor de la nueva Ley o después. Así se desprende de la propia literalidad de la Adicional (“aunque estuviere pactada una comisión mayor”) y de su remisión al art. 1.º (que en su n.º 2

habla de contratos de préstamo hipotecario “cualquiera que sea la fecha de su formalización”).

La única limitación, de ámbito subjetivo, es que el préstamo esté concedido por alguna de las entidades financieras a las que se refiere el art. 2.º de la Ley 2/1981, del Mercado Hipotecario.

Una precisión: ¿qué pasará cuando en el préstamo no se haya pactado comisión por cancelación anticipada o la pactada sea inferior al 1%? Si no se ha pactado, parece indiscutible que no podrá cobrarse cantidad alguna por este concepto, ex-art. 1.258 C.c. Si la pactada es inferior al 1%, tanto de la letra de la Adicional (“No podrá percibir... más del 1 por 100”), como de las normas generales relativas al cumplimiento de los contratos (art. 1.258 y concordantes del C.c.), parece evidente que sólo deberá abonarse la pactada (es el mismo criterio que se ha aplicado en el art. 3 para el caso de subrogación).

2) *Disposición Adicional Segunda.* (“1. Se añaden los siguientes apartados al artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito: “e) Efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios.= Sin perjuicio de la libertad de contratación, el Ministro de Economía y Hacienda podrá establecer requisitos especiales en cuanto al contenido informativo de las cláusulas contractuales definitorias del tipo de interés, y a la comunicación al deudor del tipo aplicable en cada período, para aquellos contratos de préstamos a interés variable en los que se pacte la utilización de índices o tipos de interés de referencia distintos de los oficiales señalados en el párrafo precedente.= f) Extender el ámbito de aplicación de las normas dictadas al amparo de los apartados precedentes a

cualesquiera contratos u operaciones de la naturaleza prevista en dichas normas, aun cuando la entidad que intervenga no tenga la condición de entidad de crédito”.= “2. Las normas que se dicten al amparo de lo dispuesto en el apartado precedente de esta disposición adicional serán de aplicación a los préstamos y operaciones que se concierten con posterioridad a la entrada en vigor de tales normas”).

Esta Adicional se incorporó a la Ley en el Senado. En el Congreso y en el Senado el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria (enmiendas 11 y 66, respectivamente) insistió en la necesidad de que el Banco de España, en colaboración con el Ministerio de Economía y Hacienda, fijara los sistemas de tipo de referencia aplicables a las entidades financieras al objeto de evitar oscilaciones perjudiciales para los consumidores. En el Senado el Grupo Parlamentario Socialista, en la enmienda n.º 50, propuso un texto muy similar al que ha pasado a ser Ley, si bien por error o por lo que fuere, vaya Vd. a saber, el propuesto párrafo 2.º de la letra c) debió poner los pelos de punta hasta a los calvos. Decía la enmienda, “Sin perjuicio de la libertad de contratación, el Ministerio de Economía y Hacienda podrá establecer requisitos especiales en cuanto al contenido y forma de otorgamiento del contrato, y a la comunicación al deudor del tipo aplicable en cada período...”. La cuestión no pasó de ser anecdótica y la Ley ha centrado las facultades del Ministerio de Economía en el “contenido informativo de las cláusulas contractuales definitorias del tipo de interés”.

La normativa aprobada resulta clara y está encaminada a dotar de la máxima transparencia a las operaciones de préstamos a interés variable:

—publicando regularmente el Ministerio de Economía y Hacienda, por sí o a través del Banco de España, los índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito,

—posibilidad de que por el mismo Ministerio se esta-

blezcan requisitos especiales respecto al contenido informativo de las cláusulas definitorias del tipo de interés, y a la comunicación al deudor del tipo aplicable en cada período cuando se hubiere pactado la utilización de tipos de interés de referencia distintos de los oficiales,

—posibilidad, asimismo, de extender las normas precedentes, cuyo destinatario son las entidades de crédito del repetido art. 2 de la Ley del Mercado Hipotecario, a otras entidades que no tengan tal condición,

—y la precisión —a nuestro juicio, innecesaria— de que todo lo precedente sólo será de aplicación a las operaciones que se concierten con posterioridad a la entrada en vigor de las normas que se dicten. Faltaría “plus” que se olvidara el principio básico de la irretroactividad (art. 9.3 de la Constitución y art. 2.3 del C.c.).

102

3) *Disposición Adicional Tercera.* (“Se añade un nuevo párrafo al artículo 45.I.c.) del R.D. Legislativo 1/1993, de 20 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, con el siguiente texto:= “23.^a La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”).

También se introdujo esta Adicional en el Senado. El Grupo Parlamentario Vasco (PNV) ya lo intentó en el Congreso (enmienda n.º 22) y el Senado (enmienda n.º 10); siendo finalmente incorporada a la Ley en el mensaje motivado dirigido al Congreso por el Senado (“Se incorpora una nueva Disposición Adicional (3.^a) para incluir las exenciones contenidas en el Proyecto dentro del reciente texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”).

El Sr. CAÑELLAS FONS, del Grupo Parlamentario Popular, en el Senado calificó a la letra C del art. 45.I del citado Texto Refundido —en donde se enumeran los beneficios fiscales que para Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos

Documentados establecen 22 disposiciones— como “algo genial”, “florilegio de leyes” y “retahíla incompleta hoy en día, puesto que le vamos a añadir la de este Proyecto de Ley, y pasado mañana seguirá siendo incompleta”.

Estamos totalmente de acuerdo con estos calificativos, pero nos vemos en la imperiosa necesidad de recomendar —con todos los respetos— a SS.SS. que se preocupen de ingerir “rabos de pasa”, que dicen son buenos para no perder la memoria. La afirmación del Sr. CAÑELLAS FONS de que la retahíla es incompleta hoy, puesto que se le va a añadir un nuevo número, debió ser que “ya es incompleta hoy porque el n.º 23 ya está añadido”. ¿Por qué? Pues porque, tanto él como los integrantes del Grupo Parlamentario Vasco, olvidaron que la Disposición Adicional Vigésimo Séptima de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos del Estado para 1994, ya había añadido a la repetida retahíla la norma 23.^a relativa a los Fondos de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios, en Cajas de Ahorro y en Cooperativas de Crédito, que continuarán disfrutando de la exención establecida en el R.D. Ley 4/1980, de 28 de marzo, y en el R.D. Ley 18/1982, de 24 de septiembre.

103

No se equivoquen, por tanto, los lectores y se olviden de que el número 23 ya se había añadido y que la Ley de subrogación debe ir precedida del 24. A menos que alguien se saque de la manga la derogación del anterior n.º 23, por la Ley de subrogación, lo que nos parece un absurdo metafísico.

4) *Disposición Adicional Cuarta.* (“Se autoriza al Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la debida aplicación de esta Ley”).

Última novedad introducida en el Senado y como quien dice por la puerta falsa o por cansancio. En la Sesión del Pleno celebrada el miércoles 9 de marzo de 1994 (pág. 1.174, “in fine”, de Diario de Sesiones n.º 25) el Presidente de la

misma, Sr. LABORDA MARTÍN, dijo: “Se propone también la inclusión de una Disposición Adicional Cuarta nueva con el siguiente texto: Se autoriza al Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la debida aplicación de esta Ley.= ¿Puede entenderse aprobada por asentimiento? (Pausa). Queda aprobada”.

IV. Apocalipsis

104

Calificamos como tal dos preguntas que se nos han venido a la mente: ¿La Ley está pensada para una subrogación y una novación modificatoria, o, al no establecer limitaciones, son posibles múltiples subrogaciones y/o novaciones modificatorias sucesivas con aplicación a todas ellas de los beneficios fiscales y reducción de honorarios notariales y registrales? Tras una subrogación del 1.211 del C.c. ¿Cabrará una novación modificativa posterior con el segundo acreedor y después otra subrogación, etc., etc.?

— — —

Comenzábamos afirmando que no íbamos a hacer crítica destructiva y creemos que hemos mantenido esta línea. No podemos, sin embargo, finalizar este breve comentario sin preguntarnos cuál será la repercusión social de la nueva Ley y si se formalizarán muchas subrogaciones “ex mutuo” y/o novaciones modificativas.

Como Notario en ejercicio puedo afirmar que desde el 4 de abril (fecha de entrada en vigor) hasta hoy (fecha en que pongo el punto final (12 de mayo) no he autorizado ninguna escritura ni de subrogación ni de novación y que ningún compañero de Mallorca lo ha hecho.

Como estudioso del Derecho (¿me permiten esta vanidad?) me atrevo a pronosticar que subrogaciones habrá pocas y que las novaciones modificativas serán más numero-

sas, pero... que no se formalizarán en escritura, sino que se harán con una simple carta de Banco a cliente.

Si me exigen un resumen final les diré que para mí la Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios puede ser bautizada como "Ley palanca". Es decir, que será el medio que van a utilizar los consumidores para conseguir que su entidad financiera les actualice el tipo de interés. Si era esto lo que se pretendía, el éxito de la Ley está asegurado. En caso contrario... el tiempo lo dirá.

**PROBLEMATICA DERIVADA
DE LA SUBROGACION PREVISTA
EN EL ARTICULO 1.211 DEL CODIGO CIVIL,
Y SU APLICACION A LOS CREDITOS
HIPOTECARIOS**

107

JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Jaén

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRESUPUESTOS LEGALES DE LA SUBROGACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1.211: 1) Pago realizado por el deudor; 2) Un préstamo; 3) Necesidad de intervención notarial; 4) La expresión del fin perseguido con el préstamo; 5) La expedición de recibo o carta de pago con expresión de la procedencia del dinero; 6) Los presupuestos para el acceso al Registro de la subrogación operada a través del art. 1.211 C. civil. III. EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN DEL ART. 1.211 C. CIVIL.

1. Introducción

En los últimos tiempos, se ha planteado en nuestro país, como consecuencia de una generalizada bajada en los tipos de interés usuales en el mercado, la posibilidad de abaratamiento de los créditos hipotecarios preexistentes. La intención ha sido acceder a créditos hipotecarios con una tasa de interés más baja de la que hasta entonces mediaba entre el prestatario —titular casi siempre de un inmueble urbano gravado con hipoteca— y el banco prestamista, titular a su vez del derecho real de hipoteca. Fruto de esta coyuntura ha sido la recientísima promulgación de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, con la que se ha pretendido dar una respuesta rápida y contundente a las demandas de un número muy importante de sujetos deudores de préstamos garantizados con hipoteca, quienes aspiran a rebajar de forma sustancial las dificultades en la devolución de las sumas debidas. El mecanismo jurídico fundamental del que se sirve la nueva Ley es, curiosamente, un viejo precepto del Código civil, hasta ahora prácticamente en desuso, colocado entre las normas sobre la subrogación por pago como modo de cambiar la persona del acreedor: nos referimos al artículo 1.211 del Código civil (1). En concreto el artículo 2, párrafo primero, de la citada Ley hace girar toda la reforma alrededor de esta norma, al decir: “El deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las mencionadas en el artículo anterior sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código civil”. Precisamente es al estudio del fun-

(1) La referencia a este concreto precepto legal ya aparecía de forma indubitada en la Moción del Congreso de los Diputados de 2 de noviembre de 1993 (que fue el germen de la presente Ley), aprobada por unanimidad a propuesta del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida.

damento, presupuestos y consecuencias jurídicas del citado artículo del Código civil a lo que vamos a dedicar el presente trabajo, en lo que pretende ser simplemente el medio de dar a conocer los problemas que un precepto legal tan poco conocido puede plantear en su aplicación a los cambios de acreedor hipotecario (2). La específica problemática derivada de la aplicación de dicho precepto a las situaciones previstas por la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios la haremos, no en forma de Anexo o como capítulo aparte, sino al hilo del comentario a los distintos aspectos del citado artículo 1.211 del Código (3).

Efectivamente, el artículo 1.211 C. civil, aunque sistemáticamente colocado entre las normas de la novación (como causa de extinción de las obligaciones), recoge un supuesto muy especial, inexistente en algunos ordenamientos jurídicos (4), de cambio de acreedor, en concreto de subrogación por

109

(2) Conviene tener presente que la nueva Ley no se ha preocupado sólo de los cambios de acreedor hipotecario, permitiendo la entrada de aquellos bancos o entidades financieras que, por su mayor competitividad, estén dispuestos a ofrecer mejores condiciones (más bajos tipos de interés, sobre todo) que los acreedores hipotecarios preexistentes. También ha recogido la posibilidad de que el propio acreedor hipotecario acepte rebajar el tipo de interés de su préstamo, mediante la modificación convencional del contrato originario, como modo de impedir la pérdida de sus clientes (prestatarios); es más, se ha previsto en la Ley una suerte de derecho preferente de la entidad acreedora primitiva para evitar su salida de la relación, ofreciendo las mismas o similares condiciones a las ofertadas por una tercera entidad financiera (o incluso sin necesidad de que hubiera habido tratos preliminares con ésta).

(3) Concretamente, vamos a seguir una fórmula seguramente no muy ortodoxa, pero que creemos fructífera. Se trata de incluir en nota a pie de página, y sobre la marcha, todos los comentarios a la nueva Ley de 1994. Con ello pensamos que se consigue, por un lado, dar mayor profundidad y solidez a nuestras ideas sobre la reciente normativa al conectarla con las opiniones tradicionalmente asentadas sobre el art. 1.211, y, por otro, conocer el grado de coordinación entre esta norma y las peculiaridades introducidas por la Ley en el ámbito de los créditos hipotecarios.

(4) Por ejemplo, en el Derecho alemán. Allí la fórmula más usual de cambiar de acreedor es a través de la cesión de créditos, y excepcionalmente, mediante cesión legal, cuando determinados terceros efectúan el pago de la deuda ajena al acreedor. Concretamente, los parágrafos 267 y 268 BGB admiten la subrogación sólo a los propietarios de cosas susceptibles de verse afectadas por una ejecución forzosa, o a los que corran el riesgo de perder un derecho sobre esa cosa del deudor, pero no a quienes prestan dinero al deudor. Sobre el régimen jurídico de la subrogación

pago (5), junto los más usuales de los artículos 1.209 (regulador de la tradicionalmente llamada subrogación convencional (6)) y 1.210 (subrogación legal). Su contenido exacto es el que sigue: “El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada”. Sobre si dicha norma va a resolver todos o buena parte de los problemas que suscita el cambio de hipoteca (más exactamente: de acreedor hipotecario y, al mismo tiempo, de algunas de las condiciones del préstamo), es lo que vamos a averiguar en las páginas que siguen (7). Téngase en cuenta,

en Alemania, *vid.* MEDICUS, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, quinta edic., München, 1990, págs. 75-77, 320 y 330; VOLLKOMMER, *BGB.Bürgerliches Gesetzbuch*, quinta edic. actualizada, München, 1990, págs. 232-234; HEINRICHS, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 49. edic., München, 1990, págs. 300-301.

(5) VATTIER, “Notas sobre la subrogación personal”, *R.D.P.*, 1985, 493, señala que el elemento aglutinador de los distintos supuestos de subrogación previstos legalmente es no tanto el hecho de que el pago lo efectúe un tercero distinto del deudor, cuanto que sea dicho tercero el que cuando menos despliegue una actividad dirigida a satisfacer el crédito, aunque no sea él quien materialmente pague al acreedor.

(6) Mal llamada “subrogación convencional”, habría que matizar, ya que, a nuestro juicio, el art. 1.209, cuando regula la hipótesis de pago de la obligación por un tercero y acuerdo con el acreedor satisfecho para subrogar al tercero en su lugar, no está admitiendo una propia subrogación convencional, esto es, subrogación en la que las partes acuerdan libremente el cambio de acreedor con las condiciones y efectos que les parezcan oportunos, en uso del principio de autonomía privada. Se trata más bien de una subrogación que se alcanza A TRAVÉS DE un acuerdo subrogatorio entre acreedor y tercero pagador, sin intervención del deudor, pero sin que sea el acuerdo mismo lo que la produce, ya que, además, siempre es preciso UN PAGO exacto y preciso de lo que se debía al acreedor; sólo tras este pago, habrá subrogación. En esta dirección, *vid.*, entre otros, HERNÁNDEZ MORENO, *El pago de tercero*, Barcelona, 1983, págs. 40-41; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. II, cuarta edic., Coimbra, 1990, pág. 327 (nota 1). Además, los efectos del cambio de acreedor no puede ser libremente convenido por las partes: es la ley misma la que prevé las consecuencias jurídicas (aunque, ciertamente, las partes pueden pactar una reducción o limitación de dichas consecuencias).

(7) Por lo pronto, es conveniente destacar que la historia de la norma jurídica contenida en el art. 1.211 viene a abonar la idea de nuestros legisladores de que se trata de un mecanismo adecuado para propiciar el cambio generalizado en los créditos hipotecarios que una situación económica como la presente está planteando. El origen de la misma hay que encontrarlo en el Derecho histórico francés, concreta-

por lo pronto, que a todas las formas de subrogación por pago, incluyendo ésta regulada en el art. 1.211, les es de aplicación la regla contenida en el art. 1.212, de acuerdo con el cual el tercero subrogado en el lugar del acreedor pasa a disfrutar, en cuanto nuevo acreedor, de las mismas garantías y privilegios de que gozaba el antiguo; así pues, si había hipoteca, se convertirá en nuevo titular del derecho de hipoteca preexistente, dada la accesoriedad de ésta en relación al crédito que garantiza.

La principal particularidad de la subrogación del art. 1.211 reside, como puede comprobarse con la simple lectura de la norma, en que es la persona del deudor quien promueve y parece dirigir toda la operación de cambio de acreedor. Ello no significa recoger un supuesto anómalo de subrogación (8), poco justificado, ni tampoco una ruptura inexplicable con los dos anteriores preceptos del Código civil, en los cuales, como sabemos, la intervención del deudor suele ser escasa, nula o incluso contraria a la subrogación. Como ha sido puesto de manifiesto por un autor italiano, “acordar

111

mente en un Edicto del rey Enrique IV, del año 1609, en el que se permitió la subrogación de nuevos prestamistas en lugar de los primitivos cuando, dada una general bajada de tipos (concretamente fue del 8 por ciento al 6 por ciento), los primeros ofrecían a los prestatarios deudores esa rebaja, mientras los segundos no lo hacían. Posteriormente, el texto de este Edicto fue modificado y mejorado en su redacción, a través de un reglamento del Parlamento de París de 1690, y pasó finalmente al actual artículo 1250, número 2 del Code francés, de donde procede nuestro artículo 1.211. *Vid.* al respecto, LAURENT, *Principes de Droit civil français*, tomo 18, París-Bruselas, 1876, págs. 56-57; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tomo XXVII, París, 1881, págs. 334-335. En España, *vid.* DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo II, Madrid, 1993, pág. 831; VATTIER, *ob. cit.*, pág. 498.

(8) A pesar de la opinión de algunos autores, para quienes este precepto carece de un sentido lógico, ya que se estaría permitiendo al deudor disponer de un crédito del que no es titular (sino justamente el sujeto pasivo). A nuestro juicio, hay que deshacer un primer malentendido: el deudor, en el art. 1.211, no dispone de nada, no realiza acto dispositivo alguno del crédito, simplemente “promueve” el cambio de acreedor, y la Ley lo autoriza por razones prácticas (puede beneficiar a todas las partes implicadas —deudor, acreedor y tercero—, y no perjudicar a terceros —acreedores del deudor—). Este malentendido es consecuencia de una concepción errónea de esta forma de subrogación, que la considera el resultado de una convención entre deudor y tercero prestamista.

una facultad tal al deudor (facultad de promover el cambio de su acreedor), que es parte en la relación obligatoria, es menos anómalo que consentir a un tercero, seguramente extraño a la relación, determinar con su comportamiento una análoga modificación subjetiva”, como sucede en los casos de subrogación ex art. 1203 (correlativo, aunque no idéntico, al 1.210 español) (9).

Por otra parte, y entrando en el análisis de los intereses en juego regulados por la norma, conviene señalar que en la misma el interés del acreedor primitivo no es precisamente el más digno de protección jurídica a juicio del legislador. En contra de una cierta tendencia a considerar precisa la intervención del acreedor originario para colocar en su puesto a un tercero, el precepto viene a desmentir esa idea, y a establecer que dicho sujeto únicamente tiene, como han dicho algunos autores (10), un derecho a obtener la plena y exacta satisfacción de su crédito, y poco más (11); por lo tanto, y en principio, la posición del acreedor no debe ser objeto de protección jurídica, al menos hasta el punto de hacer eficaz una posible negativa suya a recibir el pago de lo debido por parte de un tercero.

Ahora bien, una cosa es que el interés del acreedor no

(9) FRAGALI, *Mutuo*, Commentario del Codice civile a cura di Scialoja-Branca, segunda edic. ampliada y puesta al día, Bologna-Roma, 1966, págs. 264-265.

(10) Vid. al efecto, con mayor o menor explicitud, PONSARD, voz “Subrogation”, en *Encyclopédie Dalloz*, pág. 4; PLANIOLRIPERT, *Curso elemental de Derecho civil*, tomo III, traducc. espa. de D. de Buen, Madrid, 1987, pág. 199; LAURENT, *ob. cit.*, págs. 56-57; DEMOLOBBE, *ob. cit.*, pág. 340; FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 264.

(11) En realidad, esa tendencia a atribuir al acreedor primitivo un poder o facultad general de control sobre su propia sustitución no es más que el reflejo de la admisión en los diversos códigos de la llamada subrogación convencional (y en cierto modo también, de la cesión de créditos), puesto que en ella los legisladores consideran decisiva la intervención de aquél en el cambio de acreedor, sin cuyo consentimiento no sería éste posible. Vid. sobre el tema MAGAZZU, “Surrogazione per pagamento”, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XLIII, Varese, 1990, pág. 1531. Pero en absoluto significa que tenga que intervenir en toda modificación subjetiva de la obligación, como lo demuestran los casos de subrogación legal del art. 1.210, en donde no se precisa su consentimiento, y éste del art. 1.211.

Sobre ese “poco más” que se dice en el texto —y que en realidad no es tan “poco”—, hablaremos más adelante.

sea especialmente digno de protección cuando de poner a un tercero en su lugar se trata, y otra bien distinta que la sustitución sea irrelevante para el acreedor (12). A éste le interesa seguir una relación que le produce unos beneficios económicos (en los préstamos hipotecarios, un determinado porcentaje de intereses) que quizás ya le resulte muy difícil conseguir, como consecuencia de una alteración de la situación económica. Lo que ocurre es que el interés del acreedor por la pervivencia de su relación obligatoria con el deudor tiene un carácter secundario respecto al de los demás sujetos implicados, salvo que del contenido del contrato generador de la obligación (en la que el tercero aspira a subrogarse) se deduzca alguna estipulación impeditiva de la subrogación.

En principio, tampoco está especialmente protegido el interés del deudor que promueve el cambio, fuera del hecho de que la propia ley le otorga la facultad de iniciar los trámites de modificación del acreedor, lo que indudablemente lo hará a la vista de las ventajas que indiscutiblemente obtendrá con ello, sobre todo en cuanto a la reducción del tipo de interés dinerario (13). Por lo tanto, si no

(12) Como ha dicho algún autor, concretamente FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 265.

(13) En contra de lo que nos pudiera hacer pensar el texto de la nueva Ley de Subrogación en los préstamos hipotecarios, el artículo 1.211 es una vía que no sólo puede ser útil para pagar menos intereses alterando la persona del acreedor. También, y de forma simultánea, se puede lograr una mejora en las condiciones del préstamo, con obtención de nuevos plazos, períodos de amortización más interesantes, y cualesquiera otras condiciones contractuales más aceptables. En tales casos, el negocio entre deudor y tercero servirá tanto para subrogar a éste último en lugar del primer acreedor, como para provocar una modificación de tipo "objetivo" en la relación obligacional, más amplia que la sola alteración del tipo de interés.

En cambio, la Ley aprobada, en un alarde claro de inexactitud técnica, parece querer impedir la constancia notarial y registral de cualquier alteración que no sea la del tipo de interés (remuneratorio o incluso moratorio), cuando en el artículo 4 se establece: "En la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente". A nuestro juicio, una norma como ésta carece completamente de valor, por lo siguiente: la Ley no ha querido en absoluto modificar el art. 1.211, sino conservarlo aunque completado con otras reglas (pero aplicables sólo al campo regulado en la propia Ley, y en tanto en cuanto se quieran obtener sus beneficios —fiscales,

es el interés del primitivo acreedor el que la ley prima en el artículo 1.211, ni tampoco el del deudor, sólo cabe suponer que será el tercero que presta el dinero quien resulte especialmente protegido por la norma (14). Y ésta ha sido la respuesta más apoyada por la doctrina, por ser la más acorde con la letra de la ley (15): téngase en cuenta que estamos ante una forma de subrogación, y que las normas generales sobre subrogación tienden primariamente a proteger al “solvens”.

Sin embargo, la superposición a la norma del artículo 1.211 del Código del mandato constitucional, contenido en el art. 51 de la Constitución, de proteger a los consumidores y usuarios, ha venido a dar una nueva orientación al espíritu de aquel precepto del Código, al menos en tanto en cuanto el “deudor” que promueve la entrada de un tercero en la posición acreedora sea un “consumidor final” a los efectos de la Ley de 19 de julio de 1984, lo que sucederá sin duda en número elevadísimo de casos (16). Luego la interpretación finalista de la norma, que es la que con fre-

reducción de honorarios notariales y registrales, etc.—); luego sigue siendo perfectamente lícito apoyarse en el art. 1.211 para introducir cuantas alteraciones se quieran, al hilo del cambio de acreedor, inclusive dentro del ámbito de los préstamos hipotecarios regulados por la Ley (sólo que entonces no se podrán lograr exenciones económicas); por lo tanto, y en conclusión, la autonomía de la voluntad sigue permitiendo a las partes (deudor y tercero prestamista) modificar el objeto y condiciones del contrato originario, a pesar de los términos tajantes del citado art. 4 de la Ley nueva. Esa modificación objetiva de la relación podría ir incluida en el mismo contrato de préstamo, o —con menos probabilidad— en otro negocio posterior.

(14) En tal sentido, MAGAZZU, *ob. cit.*, pág. 1.527

(15) *Vid.* FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 264; MAGAZZU, *ob. cit.*, pág. 1.527; DEMOLOMBE, *ob. cit.*, pág. 341.

Hay incluso quien, como VATTIER, *ob. cit.*, pág. 494, habla del “señalado privilegio a favor del prestamista que consagra todavía el artículo 1.211”.

(16) La propia Ley de subrogación de préstamos hipotecarios no es, en el fondo, sino una ley que bien puede considerarse como desarrolladora, en un campo concreto, de aquel principio constitucional recogido en el art. 51 de la Constitución. No obstante, hay que recordar que el art. 1 de la misma extiende sus beneficios a cualquier préstamo con garantía hipotecaria efectuado por las entidades señaladas en la Ley del Mercado Hipotecario de 1981; así pues, a préstamos suscritos tanto por particulares-consumidores con aquéllas, como por comerciantes, industriales o entidades mercantiles, integrados en el proceso productivo.

cuencia nos da la respuesta a muchas de las dudas interpretativas de los preceptos legales, debe conducirnos a una ponderación o equilibrio entre los intereses del tercero, por un lado, y los del deudor-consumidor, por otro; así como a la utilización de la legislación especial para resolver sobre la licitud o ilicitud de las cláusulas incluidas en el préstamo que da pie a la subrogación (17).

No hay que olvidar tampoco la interferencia, en las situaciones que se nos van a presentar, de otra suerte de intereses: los de terceros no intervinientes en el proceso subrogatorio, ya sean terceros con derechos inscritos o susceptibles de inscribirse en el Registro de la Propiedad (otros acreedores hipotecarios, anotantes de embargo, terceros subrogados por otras vías, etc.), ya de terceros ajenos al Registro (tales como acreedores del deudor, garantes personales de la deuda). Sin embargo, a nuestro juicio, y con reserva de la explicación que más adelante se dará, tales sujetos, en líneas generales, no tienen sus intereses protegidos específicamente en la norma analizada, por lo que pensamos que su defensa debe canalizarse a través de los cauces generales que les son propios (acción pauliana o revocatoria, acción de simulación, protección registral de los derechos inscritos frente a los no inscritos, etc.) (18).

115

(17) Veamos un ejemplo de esto, en el concreto campo de la Ley 2/1994 sobre subrogación de préstamos hipotecarios: ¿será lícito incluir en los contratos de préstamo entre la entidad que pretende subrogarse y el deudor una cláusula en la que imponga a éste último una cantidad concreta en concepto de “comisión de apertura” del préstamo? La Ley no ha tratado específicamente este asunto. A nuestro juicio, la necesidad de dar protección a los consumidores, asumida por la nueva normativa, debe conducir a una respuesta negativa: si en ella se limita imperativamente la cuantía a percibir en concepto de comisión de cancelación (art. 3), y si además se busca reducir al máximo los costes del cambio de acreedor hipotecario, habrá por lógica que sostener que es ilícita tal estipulación. Además, sirve, como argumento de refuerzo, el hecho de que el fenómeno jurídico regulado en la Ley sea el de “subrogación en un crédito preexistente”, y no propiamente el de celebración de un nuevo préstamo hipotecario.

(18) Esto que defendemos aquí, por el momento de un modo genérico y sin argumentar, no ha sido sostenido por un sector de la doctrina, para el que determinados presupuestos de esta subrogación por iniciativa del deudor (sobre todo, el

Por último, no se puede concluir este apartado introductorio sin hacer alusión a las posibles conexiones de la fórmula subrogatoria del art. 1.211 con las otras vías de subrogación recogida en el Código civil, concretamente a las del art. 1.210. En éste, se contienen tres supuestos de auténtica subrogación legal (o de presunciones de subrogación, en opinión de otros autores) que pueden guardar relación con el del 1.211. Sin descartar los números 1 (subrogación de acreedor en el puesto de otro acreedor preferente) y 3 (pago por tercero interesado en la obligación), a los que haremos breves alusiones más abajo, es indudable que el número 2 del art. 1.210 (referido a la subrogación por pago de tercero no interesado con aprobación del deudor) puede presentar grandes concomitancias con la hipótesis de subrogación del art. 1.211, y ser, por tanto, un punto de referencia importante a la hora de estudiar los presupuestos de ésta última, así como los problemas de su traslación al ámbito de los créditos con garantía hipotecaria. Por el momento, quede constancia de que un primer dato separa al supuesto recogido en el 1.211 de todos los del art. 1.210: lo normal es que el otorgamiento de un préstamo para subrogar al prestamista sea el vehículo para conseguir al mismo tiempo tanto un cambio del sujeto acreedor, como una alteración de alguna o algunas de las condiciones básicas de la obligación primitiva (modificación objetiva); por contra, en el art. 1.210 aparecen reguladas formas genuinas de cambio de acreedor puro y simple.

requisito de la constancia notarial del préstamo o del recibo de la suma prestada) han sido establecidos legalmente para la protección de los terceros, fundamentalmente los acreedores del deudor (para la cita de autores que sostienen esta postura, remitimos a las páginas siguientes).

II. Presupuestos legales de la subrogación prevista en el artículo 1.211

El artículo 1.211 del Código establece una cantidad muy importante de presupuestos para alcanzar la subrogación del prestamista en el lugar que ocupaba el acreedor satisfecho, algunos de ellos claramente dispuestos en la norma, pero otros, como veremos, implícitos en su contenido. Expuestos con carácter enunciativo, se pueden señalar los siguientes: celebración de un contrato de préstamo; constancia en el mismo de la finalidad de pago (del crédito preexistente); otorgamiento de escritura pública de dicho préstamo; la deuda objeto de modificación ha de ser deuda dineraria; pago de la deuda por el deudor mismo; emisión de recibo por el acreedor con constancia en él de la procedencia de las sumas; anterioridad o, como mucho, simultaneidad del préstamo al momento del recibo.

117

Seguramente, tan elevado número de requisitos ha llevado a algunos autores a manifestar que es la tremenda rigidez y formalismo de la norma lo que la ha hecho prácticamente inoperante desde su promulgación (19). A continuación se verá hasta qué punto es ello cierto, así como el fundamento y el sentido exacto que creemos debe darse a cada uno de los presupuestos del art. 1.211 C. civil. Para ello, los analizaremos individualizadamente.

1) Pago realizado por el deudor.

La primera particularidad de la subrogación prevista en el artículo 1.211 en relación a las demás formas de subrogación por pago, reside, a juicio de toda la doctrina, en el hecho de que es el deudor mismo, y no el tercero, quien

(19) Así se manifiesta respecto del artículo 1250,2 del Código francés —regulador de la llamada subrogación consentida por el deudor, que fue el precedente de nuestro 1.211— *GESTIN, ob. cit.,* pág. 38.

materialmente paga al acreedor (20); con el efecto de que el crédito/deuda no se extingue por pago, sino que ese pago hecho por deudor es el determinante, si concurren los demás requisitos previstos en la norma, de la subrogación del tercero (el prestamista) en la posición del acreedor primitivo, manteniéndose viva la relación obligatoria. Aunque literalmente, el art. 1.211 no dice de forma expresa que sea el deudor quien pague, parece que debemos considerarlo sobreentendido en la frase "... cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero ..." Así pues, en la hipótesis del art. 1.211, el pago no produce la extinción de la obligación a pesar de haber sido efectuado por el propio deudor, precisamente porque la suma utilizada para satisfacer al acreedor "procedía" del tercero prestamista (21).

Existe, sin embargo, una importante corriente doctrinal, sobre todo en Italia, que considera que no hay diferencia sustancial entre la subrogación promovida por el deudor (art. 1.211 español) y los demás casos de subrogación por pago hecho materialmente por tercero, sean casos de subrogación convencional o legal. A su juicio, la realización de la prestación debida proviene "formalmente" del deudor, pero "sustancialmente" es el tercero prestamista quien la realiza (22), ya que el deudor lo único que hace, para que

(20) Así, MICCIO, "Commentario del Codice civile", Libro IV, Tomo primero. *Delle obbligazioni in generale*, reimpresión de la segunda edic., Torino, 1966, págs. 150-151; TONDO, "Commentario teorico-prattico al Codice civile" diretto da Vittorio de Martino, Libro IV, Arts. 1173-1217, Roma, 1970, pág. 422. En España, SANCHO REBULLIDA, "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales", tomo XVI, vol. 1, segunda edic., Madrid, 1991, pág. 787.

(21) Justamente esta peculiaridad (el que sea el deudor quien pague, y no el tercero), es lo que ha llevado a la doctrina a concebir la subrogación por pago, no como un caso de cambio de acreedor por consecuencia del pago hecho por un tercero, sino como de cambio de acreedor por pago de tercero o de deudor con bienes procedentes de tercero.

(22) Vid. entre otros CARPINO, *Pagamento con surrogazione*, Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, págs. 61-62. Muy claramente FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 266, para quien la situación del tercero en este tipo de subrogación es asimilable a la de las otras modalidades, ya que en todas ellas se produce el mismo efecto de permanencia en el patrimonio del deudor de unos bienes que deberían haber ido al acreedor, así como una disminución patrimonial correlativa del tercero.

el acreedor pueda cobrar su crédito, es o bien tomar materialmente el dinero puesto a su disposición por el tercero y entregarlo inmediatamente al acreedor, o bien emitir un cheque de la cuenta en la que el banco prestamista había dejado a disposición del deudor la suma prestada. El deudor, al pagar, actuaría, pues, como un mero ejecutor material o transmisor de la suma (o el cheque), de manos del prestamista (el verdadero “pagador”) al acreedor.

Este punto de vista, tal como está planteado por sus defensores, parece implicar que, en el momento de satisfacer al acreedor, la suma no provenga del patrimonio del deudor, sino directamente del patrimonio del tercero (23). Luego entonces —siguiendo ese hilo argumental— sería improcedente la subrogación si ese dinero ya estaba en el patrimonio del deudor cuando el acreedor recibió lo que se le debía.

Según nuestra opinión, la Ley, en el artículo 1.211 (o en los correlativos de otros ordenamientos jurídicos), no hace distinciones al respecto, y únicamente dispone que el pago lo efectúe el deudor, por lo que en ningún momento exige que el dinero pase jurídicamente del patrimonio del tercero al del acreedor sin pasar por el del deudor; sólo ordena que “proceda” efectivamente del tercero, quedando clara constancia de ello. Así pues, no es descartable la hipótesis, relativamente frecuente en la práctica, de recepción material del dinero por el deudor y subsiguiente entrega al acreedor (24). En tales circunstancias, habrá subrogación a nuestro

119

(23) Así expresamente CARPINO, *ob. cit.*, pág. 61; también FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 266, para quien son en todo caso del tercero prestamista las cosas entregadas por el deudor al acreedor.

(24) En la Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, ha sido intención del legislador que la cantidad prestada pase directamente del patrimonio del tercero (la entidad que presta para subrogarse) al del acreedor, sin pasar por manos del deudor. El párrafo tercero del art. 2 exige, para que surta efectos la subrogación, que la entidad prestamista declare en la escritura haber pagado (ella, y no el deudor) la suma debida a la acreedora. Se trataría con ello de evitar que la entidad prestamista (“entidad subrogada”, como llama inexactamente a ésta la nueva Ley) se desprendiese del dinero prestado sin obtener inmediatamente la titularidad

juicio, a pesar de que, con la toma de posesión material del dinero por el prestatario (deudor), éste pase a ser propietario del mismo, de acuerdo con las reglas generales de adquisición de la propiedad por título y modo. Bastará con que a la hora de expedir el recibo, se exprese por el deudor —y el acreedor lo recoja en el texto de aquél— el origen de la suma recibida.

Es cierto que la razón fundamentadora de la tesis defendida por los autores antes citados seguramente radica en que, si la suma ya ha entrado en el patrimonio del deudor, dada la fungibilidad total del dinero, sería imposible conocer con certeza (salvo raras excepciones), si “ese” preciso dinero que recibió el acreedor era justamente el que provenía del contrato de préstamo. Sin embargo, creemos que el hecho de hacer constar en el préstamo la finalidad de pago de la deuda, así como la expresión en el recibo de que lo entregado procedía de dicho préstamo, es prueba suficiente —si se quiere, entendida como prueba de “presunciones”— de la “procedencia” del dinero, que es lo único exigido por la norma (no la prueba de la titularidad actual del dinero por parte del prestamista, que en ningún momento se exige legalmente). Cuestión diferente sería que, de las circunstancias del caso, se pudiera deducir que el dinero, en el preciso instante anterior a su entrega al acreedor, era todavía del

de la hipoteca que garantizaba el crédito objeto de subrogación, con el riesgo de que el deudor destinase la suma a otro fin. El inconveniente del nuevo régimen reside en que no queda muy clara en la Ley la articulación de las distintas fases de la subrogación allí regulada (oferta vinculante del tercero, entrega de certificación del importe del débito, pago con entrega de resguardo y otorgamiento de escritura de subrogación), lo cual puede plantear algunos problemas.

A la vista de lo anterior, si se analiza a fondo el art. 2 de la Ley se llega fácilmente a la conclusión de que no hay coincidencia plena entre la idea original del Parlamento (utilización del cauce del art. 1.211 C. civil) y el resultado final. Por cuanto en éste, es decir, en el texto de la Ley, desaparece cualquier referencia a la iniciativa y al pago realizado por el deudor —espíritu indudable del art. 1.211—, y ello es sustituido por una compleja operación, dirigida básicamente por la entidad que se pretende subrogar, en la que la remisión al art. 1.211 (*vid.* párrafo primero del art. 2) puede llegar a parecer más formal que real. De todos modos, sobre esto seguiremos profundizando más abajo.

prestamista a pesar de realizar el deudor el acto de pagar al acreedor. Por ejemplo, si en el contrato de préstamo se pactó, expresa o implícitamente, la necesaria intervención del prestamista en la entrega material del dinero al acreedor, como modo de impedir el desvío del dinero por el deudor a otros posibles fines.

Ahora bien, una cosa es que el dinero sea, en el momento del pago, del deudor o del tercero —lo cual es indiferente, en nuestra opinión, para producir la subrogación—, y otra bien distinta que el que “jurídicamente” pague sea el tercero. A nuestro juicio, el artículo 1.211 regula esta forma de subrogación, con las particularidades que allí aparecen, justamente porque es EL DEUDOR MISMO quien paga (25). Si fuese el tercero quien pagase, carecerían de justificación los requisitos introducidos por la norma, ya que habría que remitirse a algunos de los supuestos de subrogación legal (por pago de TERCERO) del artículo 1.210, en donde, como sabemos, la rigidez de formas está prácticamente ausente. Por lo tanto, la razón primera de la exigencia de los presupuestos del art. 1.211 reside en esta particularidad, esto es, en el hecho de que es el deudor quien ha de pagar necesariamente. Téngase en cuenta que cuando éste entrega al acreedor la prestación, lo normal sería concluir que la obligación se ha extinguido; para evitar esa conclusión, habrá que demostrar —y de ahí los requisitos de la norma— que desde el principio se quiso conservar la relación obligatoria en beneficio de un tercero (el que prestó). En cambio, si el tercero pagase, aunque también podría extinguirse por pago la obligación (arg. ex art. 1.158 C.c.), sería más probable imaginar una intención suya de preservar el crédito para subrogarse en él, subrogación que se pro-

(25) El deudor debe ser, ya lo hemos dicho, el que “jurídicamente” pague. Lo cual no significa que sea quien “materialmente” lo haga. Puede suceder, pues, que el deudor se sirva de un tercero (mandatario o sujeto con autorización suya) para que realice el acto material de entrega del dinero; tercero que incluso podría ser el propio sujeto (el prestamista) de quien proviene el dinero con el que paga.

ducirá con más o menos formalidades, según cada ordenamiento jurídico (26).

2) Un préstamo.

Resulta llamativo que el Código civil restrinja esta suerte de subrogación a los casos de préstamo de dinero (o contratos crediticios en general) otorgado por el tercero al deudor con la finalidad específica de pagar al acreedor (27).

(26) A la vista de todo, cabe pensar que la fórmula seguida por el legislador en la nueva Ley 2/1994 resulta del todo inadecuada. Ya hemos comprobado cómo en el art. 2 de la misma toda la iniciativa la lleva la entidad prestamista (el tercero), hasta el punto de ser ella quien entrega la suma al acreedor primitivo. Pues bien, si esto es cierto, resultará que hay una inadecuación total entre el fin y los medios empleados. Se busca subrogar a la entidad prestamista, y se acude a la fórmula del art. 1.211, fórmula ésta pensada exclusivamente para el caso de pago realizado por el deudor; y al mismo tiempo, se establece que sea aquella entidad la que pague, y no el deudor. La vía que entonces debería haberse utilizado, sería la del artículo 1.210, número 2 (u otra similar a ésta, establecida por la nueva normativa). Por tanto, tal como la Ley concibe el pago a la entidad acreedora, sobra la remisión al art. 1.211, y sobran todas las exigencias del mismo (escritura pública, constancia del fin del préstamo, expedición de carta de pago con expresión del origen del dinero, etc.).

La única forma de salir airoso de este círculo vicioso, sería sostener que, aunque sea la entidad prestamista la que pague, no es ella la que "jurídicamente" lo hace, sino el deudor; esto es, que el deudor es quien autoriza u ordena a la entidad pagar lo que debe. Ahora bien, para ello, en la escritura de préstamo habría que introducir una cláusula que especificase claramente el carácter de mero ejecutor de la entidad prestamista. Si no, habría en todo caso subrogación de ésta con la simple aprobación (para el pago) del deudor, y nada más (art. 1.210,2), siempre, claro está, que esto se pudiese probar en un proceso judicial al efecto.

(27) En cambio, lo que en ningún momento exige el art. 1.211 es que el crédito en el que el prestamista pretende subrogarse sea a su vez un crédito procedente de préstamo. Por lo tanto, puede ser —será lo más frecuente— un crédito nacido de un anterior préstamo con el acreedor, o bien un crédito procedente de otro contrato (por ejemplo, deuda del comprador frente al vendedor por la venta de un bien determinado, productora de una concreta cuantía de intereses, y asegurada con hipoteca u otra garantía). *Vid.* al efecto PLANIOL-RIPERT, *ob. cit.*, pág. 198.

Frente a ello, el art. 1 de la Ley restringe su ámbito de aplicación a los casos de subrogación de entidad prestamista en el crédito antecedente de otra entidad prestamista, procedente también éste último de un préstamo con garantía hipotecaria. Esto significa excluir de los beneficios de la Ley (beneficios fiscales y reducción de honorarios) aquellos supuestos de subrogación en créditos hipotecarios que no provengan de préstamo, lo cual carece de una justificación razonable. Por ejemplo, supóngase que el crédito es el correspondiente al precio de venta de un inmueble,

En realidad, no es tan sorprendente, ya que resulta difícil imaginar otras situaciones a las que se podría extender esta forma de subrogación a iniciativa del deudor: hay que tener en cuenta que es el deudor el que paga con dinero procedente de un tercero, y éste tercero, salvo que entregue sumas a título de liberalidad, sólo lo hará como consecuencia de un préstamo.

Así pues, tal como está redactado el precepto, es imprescindible que tal contrato exista realmente. No caben, por tanto, los préstamos simulados, en los que se celebre formalmente un contrato crediticio pero no haya voluntad alguna de traspasar dinero de un sujeto al otro; ni tampoco, en general, las hipótesis, expuestas por la doctrina francesa (28) de préstamo NULO por cualquier causa en el que sin embargo el dinero ha llegado a manos del deudor (29).

Puesto que la ley no hace ninguna distinción, creemos que podría valer también un préstamo con cualquier tipo de interés, sea fijo o variable (30), e incluso uno GRATUITO, es

123

cuando dicho crédito se garantizó con hipoteca sobre el mismo inmueble (o sobre otro distinto). En estas circunstancias, no cabe utilizar la normativa recientemente promulgada, aunque sí —como venimos señalando— el artículo 1.211, dado que éste se aplica paralelamente a la nueva normativa en los campos no regulados por ella. Es cierto que se trata en la práctica de situaciones residuales, pero no tiene buen sentido haberlas excluido de la Ley.

(28) *Vid. MARTY-RYNAUD-JESTAZ, ob. cit.,* pág. 357; *PONSARD, ob. cit.,* pág. 4.

(29) No obstante, dicho tercero acaso podría subrogarse en el lugar del acreedor por otra vía distinta, la del número 2 del artículo 1.210 (tercero que paga con consentimiento expreso o tácito del deudor), en cuanto que podría haber en la celebración del contrato nulo una cierta autorización del deudor al tercero para pagar su deuda y hacerse su nuevo acreedor. De todos modos, esta posibilidad habría que analizarla caso por caso, atendiendo a la concreta causa de nulidad del préstamo, para saber si, a pesar de la ineficacia del contrato, puede determinarse que hubo una libre y consciente aprobación del deudor para el pago.

(30) Una de las grandes dudas que va a plantear la nueva Ley 2/1994 es precisamente la de si entran dentro de su ámbito los préstamos a interés fijo, concertados entre un particular y una de las entidades a que alude la Ley del Mercado Hipotecario. En principio, el artículo 1, relativo al “ámbito” de la Ley, habla simplemente de “préstamos hipotecarios”, sin distinción entre los de interés fijo o variable. El artículo 2 tampoco alude a este tema, aunque, ciertamente, introduce una serie de prolijos trámites para liquidar la suma que se va a prestar, lo cual sólo puede valer para los préstamos a interés variable. Pero es sobre todo el artículo 3

decir, sin interés dinerario alguno en favor del tercero prestamista. No por el hecho de excluir un pacto de intereses le va a estar vedado a dicho sujeto la posibilidad de subrogación. Lo único que ocurrirá será que, en la escritura del préstamo, habría una renuncia implícita a exigir intereses dinerarios, tanto en aplicación de su concreto contrato de préstamo, como en ejercicio del crédito en el que finalmente se subrogó, aun cuando éste devengase intereses (31). El interés del prestamista por subrogarse residiría simplemente en la obtención de mejores garantías para la restitución (hipoteca, prenda, fianza) o en el carácter privilegiado del crédito en el que se subrogó el prestamista.

Más dudoso es el supuesto de contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, dadas las diferencias del mismo con el préstamo normal. El Tribunal Supremo, en la única sentencia existente sobre el art. 1.211 C. civil, la sentencia de 27 junio 1989, ha negado que pueda entrar dicho contrato en el ámbito de la norma. La citada resolución judicial, contraria a la inclusión de las cuentas corrientes de crédito en el 1.211, nos merece una opinión desfavorable, ya

el que provoca la duda. Dicha norma se refiere a la reducción de la comisión por amortización anticipada, y comienza diciendo algo sorprendente: "En las subrogaciones que se produzcan en los préstamos hipotecarios, a interés variable, **referidos en el artículo 1 de esta Ley ...**" (subrayado nuestro). Así pues, parece que la intención del legislador, ratificada por el art. 3, ha sido la de limitar su ámbito de aplicación a este tipo de préstamos. La Disposición Adicional Primera viene a ratificar esta idea.

A nuestro juicio, sin embargo, aun a riesgo de ir en contra del "espíritu de los legisladores", todavía fresco y perceptible, la Ley es aplicable tanto a unos como a otros tipos de préstamo. Resumidamente, las razones serían éstas: 1) el artículo 1, que es el decisivo, no limita su ámbito; 2) el art. 3 y la D.A. Primera se refieren a las comisiones de amortización y su posible reducción (que sólo es aplicable a los préstamos de interés variable); 3) la Moción del Congreso de 2 de noviembre de 1993, base de la Ley, no hacía distinciones; 4) carece de toda lógica excluir los préstamos a tipo fijo, y hacer pagar a los deudores de los mismos cantidades de dinero (por comisiones, si las hay, o por honorarios notariales y registrales, o por impuestos) superiores a los otros deudores con tipo variable.

(31) Sólo excepcionalmente, si el préstamo se concertó con la específica finalidad de subrogarse en el crédito primitivo, y en todas y cada una de sus condiciones, cabría pensar en la obtención de intereses; aunque éstos los conseguiría sólo a partir del momento mismo de la subrogación, no a partir de la fecha de concertación del préstamo gratuito.

que en el caso había determinadas circunstancias que influyeron en la decisión del Alto Tribunal (por ejemplo, en el contrato no constaba la finalidad de pago de deuda ajena; las sumas prestadas se destinaron al pago de deudas laborales, en las cuales existe subrogación a favor del Fondo de Garantía Salarial) (32).

Por lo demás, no sería descartable, como ha dicho algún autor (33), que el tercero que presta la suma al deudor fuese uno de los “terceros interesados en el cumplimiento” de que habla el número 3 del artículo 1.210 (deudores solidarios, fiadores o garantes personales en general), en cuanto podrían servirse de esta vía para conseguir por el art. 1.211 una subrogación que resultaría más incierta a través de aquella otra norma. Ahora bien, ello exigiría que la situación o relación jurídica justificadora del “interés” del prestamista permitiese la celebración de tal contrato. Además, tendría que tratarse de un préstamo real, del que naciese un derecho de crédito NUEVO cuyo reembolso fuese posible a través de la subrogación; por tanto, no podrá ser puramente simulado por las partes, siendo pues un medio inaceptable para asegurarse el cobro del crédito antecedente. A la vista de estos datos, aunque no es descartable, resultará poco probable la utilización del 1.211 por tales sujetos, si exceptuamos aquellas situaciones en las que con las presuntas garantías del crédito objeto de subrogación alcanzase para pagar los dos teóricos créditos del prestamista (el teórico primitivo, justificador del “interés”, y el nuevo, derivado del préstamo concertado).

125

3) Necesidad de intervención notarial.

Una de las exigencias más peculiares de la subrogación del artículo 1.211 consiste en la formalización del préstamo entre deudor y tercero en escritura pública notarial. Hay

(32) Vid. al respecto CABANILLAS SÁNCHEZ, comentario a STS 27 junio 1989, en C.C.J.C., núm. 20, págs. 625 ss.

(33) FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 265.

que recordar que ninguna otra forma de subrogación prevista en la ley es tan estricta en cuanto a sus exigencias formales. Ni las hipótesis generales de subrogación legal previstas en el art. 1.210 C.c., ni siquiera la subrogación convencional a que alude, sólo de pasada, el art. 1.209, configuran de una manera tan rígida la subrogación de un tercero en la posición preexistente de un acreedor. Es más, si algo ha provocado el cada vez más frecuente empleo de la subrogación por pago como medio de modificación subjetiva de los sujetos acreedores, ha sido sin duda su menor formalismo (34) en relación a la otra modalidad posible, la cesión de créditos (35). Ello nos lleva a plantearnos las razones de la introducción de este presupuesto en el artículo 1.211, así como otras cuestiones anejas (así, la de si se trata o no de un requisito de forma esencial (36), y, por lo tanto, si se podría prescindir de la escritura pública para obtener el mismo efecto subrogatorio).

La justificación más extendida, sobre todo entre los autores franceses e italianos, acerca de la necesidad de constancia en escritura pública notarial del préstamo entre deudor y tercero prestamista (o en cualquier otro documento fehaciente), es la que atiende a una intención del legislador de evitar posibles fraudes (37). Cuando la parte deudora aspira

(34) Cfr. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, segunda edic., París, 1989, pág. 294; STARCK, *Droit civil. Obligations* 3. Régime général, tercera edic., París, 1989, pág. 24.

(35) Lo cierto es que ese mayor formalismo achacado a la cesión de créditos, ha sido fruto de concepciones doctrinales erróneas acerca de la naturaleza y estructura de dicha figura, las cuales afortunadamente ya han sido superadas por los más recientes estudios. Vid. por todos PANTALEÓN, "Cesión de créditos", *A.D.C.*, 1988, IV, págs. 1033 ss., en relación a la exigencia de *cuasitraditio*, o al requisito de la notificación al deudor, o la inscripción en el Registro de la Propiedad (respecto de créditos hipotecarios).

(36) A favor de la consideración de la escritura pública del préstamo como requisito de forma esencial, VATTIER, *ob. cit.*, pág. 510; en Italia, PROSPERETTI, "Il pagamento con surrogazione", en *Trattato di Diritto Privato*, dir. por P. Rescigno, tomo 9, Torino, 1984, pág. 128; TONDO, *ob. cit.*, pág. 423.

(37) En Francia, STARCK, *ob. cit.*, pág. 28; DEMOLOMBE, *ob. cit.*, pág. 352; MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *ob. cit.*, pág. 358. En Italia, FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 264;

a colocar a un tercero en la posición acreedora, lo normal es que dicho tercero prefiera ser acreedor nuevo en una relación obligatoria previamente existente, si ésta gozaba de garantías suficientes (por ej., hipotecarias o pignoraticias), que ser un nuevo acreedor de ese deudor, por cuanto entonces tendrá —en su caso— unas garantías reales de fecha posterior y, por tanto, más difícilmente realizables. Ese posicionamiento, beneficioso para este concreto sujeto, pudiera ocasionar perjuicios a otros sujetos implicados (acreedores del mismo deudor, acreedores hipotecarios posteriores en rango al titular del crédito objeto de subrogación) en el caso de que fuese fácil crear una apariencia de subrogación, ya que, pensando en varios créditos con hipoteca sobre un mismo inmueble, no avanzarían en rango si no se extinguiese por pago el crédito del preferente (38). Para impedir la creación de préstamos aparentes, que no reales, o de préstamos con fecha posterior a la del pago de la deuda (pero estipulándose como celebrados anteriormente), es por lo que nuestro Código —y otros códigos civiles— han introducido el requisito de la escritura pública notarial. Otros autores han completado este punto de vista añadiendo que se busca con ello proteger los intereses de terceros, a quienes no sería oponible la subrogación producida mientras no se otorgue escritura notarial del préstamo (39).

127

Desde nuestro punto de vista, las afirmaciones tradicionales de la doctrina sobre el fundamento de la exigencia de escritura pública notarial deben ser matizadas. No es propia ni directamente el interés de terceros lo que se protege

TONDO, en "Commentario teorico-pratico al Codice civile" diretto da Vittorio de Martino, Libro IV, Arts. 1173-1217, Roma, 1970, pág. 423; MAGAZZU, *ob. cit.*, pág. 1534 (en términos más generales); RUGGIERO, "Instituciones de Derecho civil", tomo II, vol. 1, Madrid, 1977, pág. 110.

(38) *Vid.* sobre esta hipótesis, las interesantes afirmaciones de LAURENT, *ob. cit.*, págs. 62 ss.

(39) *Cfr.* GESTHIN, "La transmission des obligations en droit positif français", en el volumen *La transmission des obligations*, Travaux des IX Journées d'études juridiques Jean Dabin, París, 1980, págs. 40-41.

aquí. En el supuesto del art. 1.211 la subrogación del prestamista es la consecuencia de haber observado un determinado "iter" o proceso subrogatorio, proceso que comienza con un préstamo en que se busca destinar la suma prestada al pago de una deuda del prestatario, sigue con la entrega de dicha suma al deudor, y culmina con el pago efectivo de la deuda con ese dinero. El cumplimiento de todas esas etapas (préstamo con fin de pago, entrega del dinero al deudor, y pago de la deuda con ese dinero, acompañado de recibo) es lo que permite al prestamista colocarse en lugar del acreedor. Y ello sólo será posible cuando haya una constancia clara de la plena observancia de todas esas condiciones. Es por ello, es decir, para que haya la máxima claridad, por lo que el legislador exige el otorgamiento de escritura notarial, ya que, a través de ella, quedará constatado que la fecha de celebración del préstamo fue cronológicamente lo primero, y que luego le siguió la entrega del dinero al deudor y, por último, el pago de la deuda ajena con ese dinero. Si con ello se protegen los intereses de terceros (otros acreedores del deudor con hipoteca sobre la misma finca, demás acreedores del deudor), es sólo un efecto añadido, pero no la razón misma del requisito de la escritura pública. Dichos terceros tienen siempre a su alcance la posibilidad de probar en juicio que el préstamo fue en realidad de fecha posterior, o que fue un contrato simulado (de modo que el crédito objeto de presunta subrogación se había extinguido ya con anterioridad, por consecuencia del pago hecho por el deudor mismo con dinero propio).

Como bien se puede comprender a la vista de estas ideas, la constancia del préstamo en escritura notarial no puede considerarse como un requisito de forma "ad substantiam". Ni esa fue la intención originaria del legislador francés (40), ni creemos que fuese la voluntad de nuestro

(40) Téngase en cuenta que el originario Edicto francés del rey Enrique IV, del año 1609, no decía nada de la necesidad de constancia del préstamo en escritura pública notarial. Fue luego, en 1690, cuando el Parlamento de París lo introdujo

legislador (41). Por lo pronto, conviene no perder de vista que la norma del art. 1.211 tiene una larga tradición histórica, y por ello bien puede pensarse que, como ha ocurrido con otras muchas reglas jurídicas de antiguo origen, los distintos legisladores de los códigos civiles no quisieron alterarlas, y han preferido mantenerlas intactas o con leves modificaciones (42). Asimismo, son muchas, como sabemos, las normas de nuestro Código civil que parecen “exigir” la escritura pública (u otras condiciones similares) como requisito de forma sustancial, y luego se ha interpretado que no era así, sino una simple facultad de compelerse a utilizar tal formalidad (43); pues bien, el artículo 1.211 puede encajar perfectamente en ese esquema (44), máxime si se tiene en cuenta lo que a continuación se dirá.

Según nuestra opinión, la exigencia de escritura notarial en el art. 1.211 C. civil casa muy mal con los preceptos

129

con el objeto de dar fe de la anterioridad, o como mucho simultaneidad, del préstamo al pago efectivo de la deuda. *Vid.* al efecto DEMOLOMBE, *ob. cit.*, págs. 337-338.

(41) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III, Madrid, 1852, pág. 143, insiste en la justificación tradicional de evitar fraudes (junto al deseo de conceder al deudor la facultad de encontrar un acreedor menos riguroso), pero en ningún caso habla de requisitos de forma.

(42) De parecida opinión es el profesor Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II *cit.*, pág. 831: “La finalidad y el alcance de la norma —dice— no aparecen, sin embargo, con la suficiente claridad y su explicación es probablemente de carácter histórico”.

(43) Piénsese, por poner los dos ejemplos más próximos al precepto que se analiza, en el artículo 1.280 del Código civil, que es unánimemente interpretado por la doctrina y la jurisprudencia como una norma que no exige el documento público como requisito de validez de todos los negocios allí señalados, sino la simple facultad de compelerse a otorgar escritura pública, pudiendo el juez suplir la voluntad de la parte que se niegue, en ejecución de sentencia. O en los arts. 1.526 y 1.527 (completados con los arts. 149 y 151 de la Ley Hipotecaria), respecto del negocio de cesión de créditos (normales o hipotecarios), en donde la gran mayoría de la doctrina rechaza la exigencia de documento público, o de inscripción registral como requisito de forma “ad substantiam”.

(44) De modo que lo que habría en él sería más bien una facultad de prestamista y prestatario (sobre todo, del primero) de compeler al segundo a elevar a escritura pública notarial un préstamo hipotéticamente celebrado en documento privado, como medio de dar acceso al Registro el cambio de titularidad en el crédito y, por derivación de ello, el cambio de titular en la hipoteca que garantizaba ese crédito objeto de subrogación.

colocados a su alrededor. Por ejemplo, pensemos en la subrogación convencional del art. 1.209, realizada por convenio entre acreedor y tercero pagador. Aquí, como admite la totalidad de la doctrina, no se exige formalidad alguna para el cambio de acreedor; y sin embargo, se puede defraudar, de la misma manera que a través del 1.211, las expectativas de cobro de otros acreedores del deudor, ya que el acreedor, al tener la facultad de poner en su lugar a un tercero, podría fraudulentamente (v. gr., acordándolo con el deudor mismo, que podría haber sido el verdadero pagador) convertir a un tercero en acreedor con primera hipoteca sobre el inmueble gravado, lesionando así los intereses de los acreedores hipotecarios posteriores. La ley no pone ningún freno a esta posibilidad en el artículo 1.209. ¿Cómo solventar una situación tan poco admisible jurídicamente? Pues simplemente dejando a esos terceros la posibilidad de emplear los medios generales de defensa de sus derechos: las acciones de simulación, abiertas como se sabe a cualquier sujeto interesado, o, en última instancia, la acción revocatoria, en su caso.

Comparemos ahora la exigencia de escritura pública de la subrogación del 1.211, con otra vía subrogatoria: la del número 2 del art. 1.210, muy próxima a aquella (45). En el art. 1.210,2 se ordena la subrogación legal del tercero cuando éste paga con aprobación expresa o tácita del deudor. Aquí el tercero se puede colocar en lugar del acreedor cuando conste esa aprobación del deudor, sin ninguna formalidad especial. Es decir, que cabe que en un proceso judicial se demuestre que el deudor dio su consentimiento al pago, ya sea por escrito, público o privado, verbalmente, o incluso por hechos concluyentes; y entonces habrá queda-

(45) Tan próxima, que lo único que separa el supuesto del art. 1.211 del número 2 del art. 1.210, es que en éste es el tercero quien paga materialmente al acreedor, y, como ya hemos visto, esa pequeña diferencia puede desaparecer si se entiende, como hacen algunos autores, que, en el caso del art. 1.211, quien realmente paga es el tercero prestamista (aunque formalmente lo haga el deudor).

do claro el supuesto de la subrogación. Esta forma de subrogación no casa en absoluto con la muy parecida del 1.211, si interpretamos ésta como una forma en la que resulta esencial el otorgamiento del préstamo en escritura pública. Luego esto nos debe llevar a una primera conclusión: la exigencia de escritura notarial en el art. 1.211 no puede entenderse como requisito de forma esencial, si es que queremos darle algún valor práctico a esa fórmula subrogatoria; porque, si no, siempre se elegirá bien la “convencional” del 1.209, si es posible, o en última instancia, la más cómoda y sencilla del 1.210, número 2 (46).

A la vista de todo esto, parece sensato concluir que la justificación tradicional del requisito (finalidad de evitar fraudes a terceros afectados) no es plenamente apropiada, siendo más esta exigencia de escritura notarial el resultado de una larga tradición histórica, aunque no suficientemente calibrada en su traslación al sistema español de subrogación por pago. Ello nos impide materialmente la defensa de una fundamentación distinta y mejor sustentada del art. 1.211; lo único indudable es que la referencia a la escritura pública no puede en absoluto considerarse como un requisito de forma esencial. Es más —y en este punto contradecimos la opinión de LAURENT—, creemos que la ausencia, en un caso dado, de escritura pública del préstamo no puede impedir la demostración, por cualquier medio probatorio, y en un

(46) Téngase en cuenta que nuestro Código civil recoge en el art. 1.210, número 2, una forma de subrogación legal inexistente en los códigos francés e italiano. En éstos últimos, el único medio para que el deudor tome la iniciativa del cambio de acreedor es a través del préstamo concertado entre deudor y prestamista para subrogar a éste en la posición acreedora. En nuestro Ordenamiento, el deudor lo puede hacer además cuando conmine a un tercero a pagar al acreedor, y se pueda probar que el primero consintió ese pago expresa o tácitamente (art. 1.210,2 C.c.). Dejar abierto un campo tan amplio, y sin ninguna formalidad legal, a la iniciativa del deudor, supone restringir mucho más que en otros ordenamientos el ámbito de actuación práctica del supuesto contenido en el art. 1.211. Luego, parece sensato sostener que el legislador de nuestro Código simplemente introdujo la norma sin percatarse de las consecuencias de su correlación con el art. 1.210, número 2, y seguramente guiado por el deseo de asumir incondicionalmente el modelo francés (art. 1250, número 2 Code).

proceso judicial en el que así se plantee, de que se cumplieron los otros requisitos del 1.211, aquéllos que nosotros creemos verdaderamente básicos en la norma (el préstamo efectivo, anterior o simultáneo al pago, la entrega de lo debido al deudor, la referencia al origen del dinero), y de que en consecuencia hubo subrogación aun cuando en ningún momento hubiera habido tal escritura pública del préstamo (47). Lo contrario supondría presumir la intención fraudulenta de las partes al concertar un contrato privado de préstamo (con fin subrogatorio), y, paradójicamente, no suponerla cuando, por ejemplo, se concierta, también en documento privado, una subrogación convencional (art. 1.209) o la aprobación del deudor para el pago de un tercero (art. 1.210,2).

132

Por supuesto, la finalidad que un sujeto o entidad crediticia persigue al prestar dinero a un sujeto para liberarse de una deuda, es conseguir una posición privilegiada para la devolución de lo prestado, lo que normalmente supondrá alcanzar la titularidad de un derecho real de hipoteca que favorecería al primer acreedor. A la vista de ello, será muy conveniente para aquel sujeto o entidad, que el préstamo conste en una escritura pública, pues con ella se accederá fácilmente al Registro de la Propiedad, evitando los problemas de su falta de inscripción (48) y pudiendo acceder a partir de entonces a alguno de los procedimientos de ejecución hipotecaria, si la deuda no es pagada. Pero ni puede

(47) LAURENT, *ob. cit.*, págs. 73-80 opina que, en última instancia, hay que observar la exigencia de escritura notarial, aunque sea "a posteriori". A nosotros nos parece, sin embargo, que tal requisito es prescindible, en tanto en cuanto se puede demostrar por cualquier otro medio de prueba, que no hubo simulación y que realmente se prestó antes de pagar al acreedor.

(48) Por ejemplo, los efectos de una venta de la finca hipotecada. Si el deudor hipotecario vende el inmueble hipotecado a un tercero, y en ese momento en el Registro la hipoteca consta a nombre de un sujeto que luego resulta ser pagado, pero no aparece la titularidad registral a favor del tercero pagador, el tercer adquirente podrá ser considerado tercero hipotecario frente al nuevo acreedor no inscrito, de acuerdo con lo previsto en el art. 32 de la L. Hipotecaria. El caso, sin embargo, reconocemos que es dudoso en cuanto a su correcta solución.

considerarse imprescindible la escritura notarial (49), ni, con mayor motivo, la inscripción en el Registro (50).

Lo que sí debe quedar claro es que, al no haber normas en nuestra Ley Hipotecaria sobre el acceso al Registro de los cambios de acreedor hipotecario producidos mediante subrogación por pago (sí mediante cesión del crédito hipotecario), la tenencia de una escritura pública del préstamo será tremendamente útil para agilizar la toma de razón registral de ese cambio de titular, lo cual, sin embargo, puede resultar más dificultoso si la subrogación se produjo por otra vía (v. gr., la de los arts. 1.209 ó 1.210 en general) (51).

(49) Por ejemplo, no tendría buen sentido rechazar una tercería de mejor derecho planteada por un prestamista cuyo préstamo se concertó en documento privado (y se observaron los demás requisitos del 1.211 C.c.) frente a otro acreedor del deudor ejecutado, inclusive aunque fuese acreedor hipotecario (segundo o ulterior), en tanto en cuanto pudiese demostrar que hubo subrogación por cumplirse todo el "iter" subrogatorio, y a pesar de no constar en el Registro su derecho de hipoteca (esto no sería necesario, entre otras cosas porque la hipoteca es un accesorio del crédito, y si éste ha cambiado de manos, su titular podrá servirse del derecho anejo de hipoteca aun cuando no apareciese en el Registro su titularidad). Y si era acreedor hipotecario el demandado, no podría aducir en su favor el principio de fe pública registral, siempre que la inscripción de su hipoteca se hubiese producido con posterioridad al momento de la subrogación del prestamista.

(50) Ya que, utilizando el argumento analógico derivado de los arts. 149 y 151 de la Ley Hipotecaria (referidos, como se sabe, a la constancia registral de la cesión de créditos), no es requisito de forma el acceso al Registro para la eficacia del cambio de acreedor operado mediante la cesión de créditos. No se olvide que éstos son los únicos preceptos hipotecarios relativos a las condiciones para el cambio de titular en los créditos hipotecarios.

(51) El tratamiento que la Ley de subrogación de préstamos hipotecarios da a la exigencia de escritura pública no difiere del contenido en el Código civil, por lo que ahonda, a nuestro juicio insatisfactoriamente, en el problema del valor real de tal presupuesto. Así, el art. 2 habla de "tomar prestado el dinero por escritura pública", y remite a la regulación del art. 1.211 del Código. Más adelante la confusión legal se acrecienta al hablarse, en los párrafos siguientes de ese mismo artículo, de "escritura de subrogación", con lo que parece —aunque eso es sólo apariencia, en nuestra opinión— haber dos documentos notariales diferentes, la escritura de préstamo, por un lado, y la escritura de subrogación, por otro. Creemos que, en la mente del legislador, sólo hay una escritura, la del préstamo definitivo (no la de la llamada "oferta vinculante", que en realidad no es otra cosa, a nuestro juicio, que un auténtico contrato de mutuo, sólo que obligacional y constando en documento privado), pero préstamo en el que se contiene, como un contenido básico del mismo, una cláusula de subrogación expresa del prestamista.

A la vista, pues, de nuestras anteriores conclusiones acerca del requisito de la

Nuestra postura resulta en buena medida ratificada por la regulación dada a esta forma subrogatoria por un Código moderno, como el portugués (52), cuya estructuración de los casos de subrogación legal por pago es, por lo demás, bastante similar a la española. En los arts. 589 ss. del Código civil portugués, se recogen las formas y efectos de la subrogación. Allí hay dos formas de subrogar a un tercero por iniciativa del deudor (arts. 590 y 591): la primera, más general, la del pago del tercero con el solo consentimiento (expreso) del deudor, sin necesidad del correspondiente al acreedor (supuesto muy próximo a nuestro art. 1.210, número 2); la segunda, la del préstamo del tercero al deudor para que éste destine lo recibido a pagar la deuda con el acreedor (correlativo del 1.211 español). Pues bien, dadas estas dos formas de subrogación con intervención del deudor, el legislador portugués, muy sensatamente, ha prescindido del requisito de la escritura notarial del préstamo, en la segunda vía subrogatoria; es más, ni siquiera ha exigido la constancia del préstamo en documento fehaciente, como ordena, por ejemplo, el Código italiano. La razón de fondo es que, de otro modo, la subrogación a través de préstamo (en escritura pública) tendría una nula aplicación práctica, pues las partes siempre preferirían acudir a la más simple del art. 590 portugués (subrogación con simple consentimiento del deudor, sin formalidad alguna) (53).

escritura pública, creemos que habría que defender la existencia de subrogación en el crédito hipotecario, de acuerdo con la nueva Ley, si, por las razones que sean, esa "oferta vinculante" de que habla el párrafo segundo del art. 2 —que no es sino un contrato perfecto, condicionado a que la entidad acreedora no use su derecho de preferencia de modificar el contrato, y en donde la cuantía exacta queda a la determinación de un tercero, el banco acreedor—, no es elevada a escritura pública notarial, pero se cumplen las demás condiciones del art. 1.211.

(52) O en menor medida, por el art. 1202 del Código italiano, que prescinde de la exigencia de escritura pública, y sólo exige documento de fecha cierta.

(53) *Vid.* al respecto ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, pág. 331 (nota núm. 1).

4) La expresión del fin perseguido con el préstamo.

Otra de las exigencias del artículo 1.211 —y desde luego no la menos importante— para que se produzca la subrogación del prestamista en la posición acreedora, es que, dentro del contrato de préstamo, se especifique —en terminología del Código— el “propósito” del mismo. La expresión de esa concreta finalidad es lo que permitirá poner en conexión el préstamo con el subsiguiente pago que efectúe el propio deudor, al objeto de impedir la que sería normal extinción de la obligación por pago hecho por el deudor.

El primer problema que se deriva de este requisito consiste en determinar qué es exactamente lo que debe hacerse constar en el préstamo entre deudor y tercero. Porque, a nuestro juicio, la norma es tan poco precisa que el “propósito” a que se refiere el 1.211 puede consistir en dos cosas: o bien la intención de las partes DE SUBROGAR al prestamista en la posición del acreedor, o bien la más simple voluntad contractual de prestar PARA PAGAR la deuda pendiente entre el prestatario y su acreedor. Se trata, en el fondo, de dilucidar si es precisa lo que pudiéramos llamar, abreviadamente, una “cláusula subrogatoria”, esto es, una estipulación en la que expresamente las partes manifiesten que su deseo es prestar un dinero con el objeto de subrogar al prestamista (obteniendo al mismo tiempo el deudor alguna ventaja, fundamentalmente la reducción del tipo de interés); o si basta con que únicamente se señale como finalidad contractual la de pagar una concreta deuda del prestatario, alcanzándose la subrogación cuando se cumplan los demás requisitos legales.

A este respecto, conviene señalar, con la mayoría de la doctrina, que cuando menos esto último es imprescindible: es decir, en el contrato de préstamo hay que especificar que se presta para cubrir una concreta deuda del prestatario, de modo que no será válido a efectos subrogatorios un contra-

to en el que no se especifique la deuda concreta que va a ser satisfecha (54).

En cambio, no encontramos tanta unanimidad en la doctrina acerca de si también es necesaria una cláusula o estipulación subrogatoria, de si es fundamental para subrogar al tercero establecer con claridad que el fin de las partes al dar y tomar en préstamo es justamente la de subrogar al prestamista (55).

A nuestro juicio, la poca claridad de nuestro texto legal debe dar pie para admitir la subrogación vía art. 1.211 tanto si hubo como si no tal cláusula subrogatoria. La razón que apoyaría este punto de vista residiría en las nulas repercusiones prácticas que acarrearía la falta de expresión de la finalidad subrogatoria. Tal como aparece redactada la norma, el prestamista ocupará la posición del acreedor primitivo incluso aunque no incluyan en el contrato la cláusula subrogatoria, y sí sólo la finalidad de pago de la deuda pendiente. La sola expresión del fin de pago de una concreta obligación del prestatario será suficiente para lograr la conexión, imprescindible en todo caso, entre el préstamo y el pago. Obviamente, esa conexión no podrá establecerse si en el préstamo no se contiene referencia alguna a la finalidad de su otorgamiento (56).

(54) *Cfr.* al respecto DALLOZ-VERGE, "Les Codes annotés. Code civil", tomo 1, París, 1873, pág. 1069; DEMOLOMBE, *ob. cit.*, pág. 357; LAURENT, *ob. cit.*, pág. 67; CARPINO, *ob. cit.*, pág. 63.

(55) Así, a favor de la necesidad de un pacto subrogatorio expreso, FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 265 (quien considera que son dos cosas distintas la expresión de la finalidad del préstamo, por un lado, y el convenio subrogatorio, por otro); MAGAZZU, *ob. cit.*, pág. 1533 (aunque hace la matización de que la declaración subrogatoria puede existir ya en el contrato de mutuo, ya en la carta de pago).

En cambio, no consideran imprescindible la cláusula subrogatoria, MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *ob. cit.*, pág. 358; SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, pág. 788. Seguramente también, aunque no lo afirman expresamente, la mayor parte de los autores clásicos franceses (DEMOLOMBE, LAURENT, DALLOZ-VERGE...).

(56) La recientemente promulgada Ley sobre subrogación de préstamos hipotecarios se inclina claramente por la estipulación de una cláusula subrogatoria expresa; es más, utiliza el término, poco técnico por lo demás, de "escritura de subrogación", cuando en teoría debería hablar de escritura de préstamo (con cláusula o pacto

Evidentemente, defender la no necesidad de una cláusula subrogatoria supone condicionar de manera crucial el debate sobre el carácter convencional o legal de la subrogación regulada en el artículo 1.211, objeto de tantas discusiones en la doctrina (57). Si no es preciso un pacto subrogatorio en el supuesto del art. 1.211 C. civil, eso significa que nos hallamos ante un caso de subrogación *LEGAL*. Si la subrogación se produce sin necesidad de pactar el fin subrogatorio del contrato de préstamo, será porque es la ley misma la

subrogatorio). En general, nos parece acertado que haya una referencia explícita en el préstamo a la finalidad de subrogar a la entidad prestamista, por cuanto ello permitirá resolver algunos problemas derivados de la ausencia de referencia expresa al fin subrogatorio, a los que luego aludiremos. No obstante, no resuelve la Ley con total claridad la expresión concreta que deberá utilizar la escritura notarial para dejar patente ese aspecto del préstamo, por lo que, en ocasiones, la redacción que se dé a este punto en el clausulado del contrato acaso no sea demasiado claro, pudiendo presentarse a veces un préstamo con simple manifestación del fin liberatorio del prestatario.

(57) Las posturas doctrinales sobre la naturaleza convencional o legal de la subrogación prevista en el art. 1.211 (o correlativo de otros ordenamientos) han sido muy diversas. Así, entre quienes defienden, con mayor o menor explicitud, que es un caso de subrogación convencional, cabe citar a PONSARD, *ob. cit.*, pág. 2; PLANIOL-RIPERT, *ob. cit.*, pág. 194; DEMOLOMBE, *ob. cit.*, pág. 340 (aunque con matices); PROPERETTI, *ob. cit.*, pág. 126. También los hay que defienden que se trata de una sustitución *NEGOCIAL* del acreedor. Así, FRAGALI, *ob. cit.*, págs. 264-265, quien sostiene que el cambio se produce por una actuación voluntaria del deudor, actuación que no se le puede negar, al menos mientras no perjudique al acreedor. A su juicio, el deudor, en el préstamo, no hace más que manifestar su voluntad de quedar obligado frente al prestamista (en la relación primitiva), aunque reconoce que el efecto subrogatorio queda diferido hasta el momento en que dicho deudor pague lo debido al acreedor, con las demás condiciones exigidas por la ley. En España, Díez-PICAZO, *ob. cit.*, pág. 831 (la subrogación es fruto, a su juicio, de una declaración de voluntad unilateral del deudor); SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, pág. 787.

Son, por contra, partidarios del carácter legal de esta forma de subrogación, CARPINO, *ob. cit.*, pág. 64; MAGAZZU, *ob. cit.*, pág. 1527; PASCUAL ESTEVILL, "El pago", Barcelona, 1986, pág. 273; VATTIER, *ob. cit.*, pág. 510.

Inclusive la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios ha llegado a terciar en la polémica, y en la Exposición de Motivos considera que el art. 1.211 recoge una hipótesis de "subrogación convencional", lo que, como a continuación se verá, resulta inadecuado técnicamente. Esta referencia al carácter "convencional" de la subrogación del 1.211 no puede ser desorbitada, hasta el punto de convertirse en criterio de "interpretación auténtica" procedente del mismo legislador. A nuestro juicio, es, por decirlo de alguna manera, una suerte de "obiter dictum" del legislador, carente de valor; máxime si se tienen en cuenta los importantes desatinos jurídicos contenidos en la Exposición de Motivos de la Ley.

que concede tal efecto, en tanto en cuanto concurren las condiciones legales.

Pero además, precisamente en base a esta idea, no hay más remedio que defender que se trata de una subrogación legal. Para demostrarlo, piénsese del siguiente modo: si la subrogación fuese convencional, bastaría la celebración de un contrato de préstamo con la adición de una cláusula subrogatoria, para que hubiese cambio de acreedor. Pues bien, a nuestro juicio, la ley en ningún momento permite esta posibilidad. A lo más que llega es a admitir que el deudor consienta al tercero PAGAR la deuda ajena y efectivamente éste último LO HAGA, sin ninguna otra condición (58). Pero aquí nos hallamos ya, no ante la hipótesis del 1.211, sino ante el supuesto previsto en el art. 1.210, número 2, que es, no se olvide, una hipótesis de subrogación legal; y es legal, y no convencional, porque además del teórico acuerdo entre deudor y tercero para subrogar al que implícitamente pudiera aludir esta norma, se requiere el pago efectivo; luego sin pago no hay subrogación, por mucho que la hubiesen pactado los sujetos interesados (deudor y tercero, en este caso). Para que el artículo 1.211 regulase una hipótesis de auténtica subrogación convencional (más exactamente, regulase un negocio jurídico subrogatorio, esto es, un negocio en el que las partes establezcan una voluntad de subrogar con las consecuencias jurídicas que ellas mismas preordenen), debería bastar con el solo acuerdo de voluntades entre deudor y tercero prestamista; lo que en ningún caso sucede, puesto que siempre se precisa que el acreedor primitivo vea satisfe-

(58) Salvo que admitamos que el artículo 1.209, regulador de la llamada subrogación convencional, admite en su interior una subrogación convenida, no ya entre tercero y acreedor, que es el caso en el que piensa la norma, sino entre tercero y deudor (sin contar con el acreedor), cuyos efectos se produzcan de forma automática sin necesidad de más requisitos. Lo cual parece altamente improbable, ya que entonces sobraría tanto el artículo 1.211 mismo, mucho más complejo en cuanto a sus presupuestos, como seguramente alguna otra vía de subrogación (sobre todo, la del número 2 del art. 1.210).

cho su interés con la obtención de la prestación debida (59).

Finalmente, conviene advertir que la no necesidad de una expresa estipulación subrogatoria en el contrato de préstamo, no implica que sea irrelevante jurídicamente la concurrencia del mismo. Como ya se irá viendo más abajo, existen algunos campos en los que puede ser de interés el que se hubiese incluido o no en el contrato una cláusula subrogatoria expresa.

Otra de las cuestiones básicas que conviene analizar al hilo de este presupuesto del art. 1.211 es la de la calificación jurídica de la inclusión en el préstamo del “propósito” perseguido por las partes, así como las repercusiones a que puede conducir esa calificación.

Está claro que no es un préstamo normal, sino especial, aquél en el que se adiciona a su contenido habitual una estipulación relativa, ya al destino de las sumas prestadas (pago de deuda del prestatario), ya al fin último perseguido (la subrogación del prestamista). Pero, ¿qué supone, desde el punto de vista jurídico, la inclusión de una cláusula tal? ¿Supondrá un factor que incidirá en la “causa” del contrato de préstamo? ¿Será la aposición de una condición resolutoria (o incluso suspensiva) de carácter potestativo? ¿Se tratará más bien de una “obligación” adicional impuesta al

139

(59) Esto es justamente lo que ha llevado a algunos autores italianos a prescindir de la disyuntiva tradicional de “subrogación convencional-subrogación legal”, ya que, han dicho, la primera nunca es propiamente “convencional”, por cuanto es la ley la que en última instancia marca tanto los requisitos como los efectos, sin que haya ningún margen a la autonomía de la voluntad. Téngase en cuenta que en la llamada subrogación “convencional”, hay que PAGAR en todo caso, además de convenir la subrogación; luego el acuerdo subrogatorio no es elemento suficiente para conseguir el cambio de acreedor. *Vid.* al respecto MAGAZZU, *ob. cit.*, pág. 1.527.

A nuestro juicio, quienes han defendido que el art. 1.211 acoge en su interior un caso de subrogación convencional parten implícitamente de la idea, errónea técnicamente, de que el deudor, al contratar con el tercero prestamista, dispone —porque la Ley lo autoriza para ello— del crédito en favor de éste último. Lo cierto es que, en el precepto analizado, ni hay tal disposición sobre el crédito, ya que el deudor no es su titular, y por tanto, no puede transmitir lo que no le pertenece; ni la Ley autoriza la disposición. La Ley lo que hace es simplemente dar luz verde a la iniciativa del deudor y permitir —con las condiciones legales— el cambio de acreedor por esta vía.

prestatario? La cuestión, como puede pensarse, tiene cierta relevancia práctica, ya que no serán idénticas las consecuencias derivadas de una u otra calificación (nulidad, pendencia de efectos, exigencia de daños y perjuicios...).

Desde nuestro punto de vista, nos hallamos ante un caso concreto de lo que la doctrina italiana llama un “mutuo a scopo” (mutuo de fin) (60) una categoría o subtipo del mutuo, caracterizada por prestar y tomar dinero prestado para destinarlo a una concreta finalidad (agraria, constructiva, de adquisición de determinados bienes muebles o inmuebles). En estas situaciones, lo normal es entender, mientras otra cosa no se estipule, que el prestatario asume UNA OBLIGACIÓN nueva (61), añadida a la principal de devolución de capital más intereses, y consistente en emplear lo prestado con una concreta finalidad (62): en el caso que analizamos, la finalidad de pagar una concreta deuda del prestatario, y permitir así al prestamista situarse en el lugar del acreedor, con las garantías anejas a ello (63).

En consecuencia, las repercusiones prácticas de un punto de vista como éste parecen, en principio, claras: si el deudor no emplea el dinero en pagar al acreedor la deuda

(60) *Vid. FRAGALI, ob. cit.*, pág. 263 y más en concreto págs. 69 ss.. En contra, *CARPINO, ob. cit.*, págs. 61 y 63.

(61) Esta es, al parecer, la fórmula empleada en otros contratos crediticios de entidades financieras en los que las sumas entregadas se destinan a un fin concreto. *Vid. al respecto AVILA NAVARRO, La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Madrid, 1990, págs. 88-90. Cuestión distinta es la del acceso al Registro de estas cláusulas, que en principio les está vetado, dada su eficacia puramente personal. Para conseguir el acceso habría que estipular una específica condición resolutoria, para el caso de que el deudor no emplease el dinero en la finalidad perseguida.

(62) En contra de que se trata de una obligación adicional incluida en el contrato de mutuo, *MAGAZZU, ob. cit.*, pág. 1534, aunque no aclara cuál es su postura.

(63) Una cuestión tan importante como ésta no la ha resuelto la Ley sobre subrogación de préstamos hipotecarios, cuando estaba a su alcance el haber zanjado de forma definitiva las dudas de cierto sector de la doctrina (italiana, sobre todo). Así pues, las entidades financieras o los notarios redactores de la escritura de subrogación tienen en sus manos, dada la libertad que proporciona la redacción del art. 1.211 C. civil, la facultad de configurar como mejor crean esa exigencia legal de que conste el “propósito” del préstamo (como obligación adicional, como condición resolutoria o suspensiva, etc.).

pendiente que motivó el otorgamiento del préstamo, el prestatario tendrá que indemnizar al prestamista por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de su obligación (64). Sin embargo, otras cuestiones pueden plantearse cuya solución no resultará ya tan sencilla. Por ejemplo: ¿podría el prestamista reducir (o ampliar) la cantidad prestada si se demostrase que la suma pendiente de pago con el acreedor era distinta de la estipulada en el préstamo? ¿Podría el prestamista pedir la resolución del contrato si el deudor decide no utilizar la suma pactada para el fin previsto?

A pesar de las dificultades, creemos que estas cuestiones pueden ser resueltas de forma satisfactoria. En primer lugar, respecto a la posibilidad de reducir o aumentar la suma prestada si a la hora de cuantificar lo debido no había coincidencia con aquélla, creemos que todo dependerá de una interpretación de lo estipulado por las partes en el préstamo. Si fue intención de las partes subrogar al acreedor íntegramente en el crédito del primitivo acreedor, ello supone que se estipuló implícitamente la posible variabilidad de lo prestado (según a cuanto ascendiese finalmente el conjunto de cantidades adeudadas), y a tal suma habrá que atenerse aun cuando en el préstamo constase una cuantía determinada (65). En cambio, si no hay constancia de que la voluntad contractual de deudor y prestamista fue subrogar a este último en el todo, de manera que se quiso proporcionar

141

(64) No es descartable, sin embargo, que esa especificación del fin concreto perseguido por las partes en el préstamo pueda incidir en la "causa" del contrato. Por ejemplo, si la finalidad fuese contraria a Derecho, puesto que fue establecida concordemente por las dos partes contratantes, provocará la nulidad del contrato por "ilicitud de la causa" (art. 1.275 C. civil). Aunque lo cierto es que no será nada frecuente en la práctica una situación como ésta, ya que, como hemos visto, lo normal es que la adición al préstamo de una finalidad específica simplemente suponga un compromiso expreso o tácito de destinar las sumas a concretas actividades económicas (agrarias, industriales, constructivas...), todas ellas lícitas.

(65) En este sentido, puede ser de mucho valor en la indagación de la intención de las partes el haber estipulado o no una "cláusula subrogatoria", ya que, de haberse hecho, seguramente habría que entender que la voluntad fue la de subrogar en el todo.

al deudor una suma concreta e inamovible, nos encontraríamos ante una subrogación PARCIAL, perfectamente lícita según nuestro Ordenamiento, como se deduce del art. 1.213 de nuestro Código civil (66) (67).

Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de pedir la resolución del préstamo si no se destina el dinero al fin

(66) Por supuesto, conviene advertir que esa subrogación parcial por la vía del art. 1.211 presentará ciertas dificultades. La primera, que el acreedor puede negarse a recibir un pago parcial, ya proceda del deudor mismo o de un tercero (a través del deudor), tal como dispone el art. 1.169 C. civil, de modo que el tercero no conseguiría la subrogación mientras el acreedor no aceptase el pago parcial. No obstante, si la deuda estaba configurada como una deuda dividida en varios plazos, a pagar en distintos periodos temporales, la subrogación ya sí sería factible, como regla, por cuanto el acreedor ya no podría negarse al pago parcial, es decir, al anticipo de esos plazos (salvo que el plazo hubiese sido dispuesto en su solo beneficio: art. 1.127 C. civil).

La otra dificultad proviene de los efectos previstos en el Código para la subrogación parcial, que, según el citado art. 1.213, implican una preferencia de cobro del acreedor originario (por la parte subsistente) sobre el nuevo acreedor (el prestamista, en nuestro caso), lo cual seguramente no será del agrado de éste último. Desde luego, se echa en falta un art. 1.213 con una redacción más razonable y adaptada a las circunstancias económicas actuales, sobre todo al objeto de equiparar a acreedor primitivo y nuevo acreedor (parcialmente subrogado) a la hora de cobrar, tal como establece, por ejemplo, el artículo 1.205 del Código italiano vigente.

(67) Sobre este punto la nueva Ley de Subrogación de marzo de 1994 trata de conseguir para la entidad prestamista la subrogación en el todo. Para ello, sigue un procedimiento complejo y un tanto atípico, en el caso de que el acreedor se niegue a comunicar a las partes en el nuevo préstamo la cantidad que se le debe, estableciéndose que es la entidad prestamista la que la calculará por su cuenta, y bajo su propia responsabilidad. Esto significa que, en un caso dado, puede no haber coincidencia entre lo que se le debía al acreedor y lo que se estipuló en el nuevo préstamo. Esa falta de coincidencia debería jugar siempre a la baja, esto es, debería suponer que se fijase por el tercero prestamista una suma próxima, aunque preferentemente un poco inferior a la debida, como modo de impedir que quede fuera de la subrogación (y por tanto sin garantía hipotecaria) una parte de lo entregado. De todos modos, si no hubiese coincidencia, y la suma finalmente fijada en el mutuo fuese menor, habría una subrogación parcial, y se producirían las consecuencias negativas de ésta, sobre todo la aplicación del art. 1.213. La Ley recientemente promulgada debería haber previsto, a nuestro juicio, esta eventualidad, y haber reformado el citado precepto (aunque creemos que se trata de una norma disponible por las partes).

Téngase en cuenta, finalmente, que, a la vista del párrafo tercero del art. 2, la responsabilidad hipotecaria puede no alcanzar a algunas de las cantidades satisfechas al acreedor (v.gr., las comisiones bancarias; aquellos intereses no asegurados por la hipoteca), aun cuando sí se dará respecto de ellas la subrogación del tercero en lugar del primitivo acreedor.

pactado (pago de la deuda), creemos que, en principio, no es posible, dado que no nos hallamos ante una relación obligatoria bilateral en la que sólo hay obligaciones para una de las partes (el deudor prestatario). Ahora bien, no sería descartable que la entidad prestamista incluyese en el clausulado del contrato una estipulación permisiva de la resolución, a instancias suyas, cuando en un plazo prudencial de tiempo el dinero prestado no se emplease para dicho fin, o se hiciese pero para otro distinto (68); sólo que esa estipulación sería escasamente útil en muchos casos, concretamente en aquellos en que todo o parte del dinero ya ha sido dispuesto por el prestatario (y no existen otros bienes que embargar, o, existiendo, pesan ya sobre ellos otros gravámenes preferentes) (69).

Al hilo del análisis de este requisito del art. 1.211 (especificación del “propósito” para el que se prestó el dinero), se puede ver ya uno de los posibles inconvenientes de este modo de subrogación: el del gran riesgo que asume el prestamista. Riesgo en un doble aspecto: en primer lugar, el tercero presta SIN GARANTÍAS, dado que precisamente lo hace pensando en unas garantías que va a conseguir, pero sólo cuando se complete todo el “iter” subrogatorio; en segundo lugar, asume la posibilidad de que el prestatario no cumpla el fin pactado, en cuyo caso el prestamista tendría que ini-

143

(68) La fórmula podría ser diversa. Por ejemplo, podría ser una simple estipulación concediendo al prestamista una facultad de desistimiento unilateral del contrato cuando concurra tal circunstancia (no uso del dinero, o uso para un fin distinto), facultad, pues, de ejercicio opcional. O bien, concebirla como una condición resolutoria explícita, que conllevaría la automática resolución del contrato cuando se diese la condición (condición negativa de no usar el dinero para el fin pactado, o positiva, si se usa para otro diferente).

Esta estipulación podría venir acompañada de una cláusula penal para el caso de incumplimiento de la “obligación de destino” de la suma prestada.

(69) Aunque la Ley sobre subrogación de préstamos hipotecarios pretende evitar la existencia de un lapso de tiempo entre la entrega del dinero y la inversión del mismo en el fin pactado, no sería del todo desacertado que los contratos que se concertasen al amparo de la nueva normativa incluyesen cláusulas del tenor antes expresado.

ciar un pleito con él para resarcirse del incumplimiento de su obligación (70).

Por supuesto, todo lo anterior es, digámoslo así, la hipótesis más simple y, en teoría, “normal”. Evidentemente, nada obsta para que el prestamista adopte convencionalmente las medidas tendentes a evitar estos inconvenientes. Por ejemplo, que establezca garantías personales (fianzas, en cualquiera de sus modalidades; cláusulas penales en garantía del buen fin de la operación) o reales, en aseguramiento del buen fin de la operación. Sin embargo, frente a las garantías personales, perfectamente posibles aunque no tan seguras como las reales, la estipulación de éstas últimas sería un contrasentido en la hipótesis del 1.211, ya que lo que realmente inspira la participación del tercero prestamista en esta complicada operación es la colocación de su dinero a un interés concreto (más o menos el actual del mercado), y con una fuerte garantía hipotecaria, que normalmente se tratará de una primera hipoteca (la hipoteca que aseguraba al acreedor originario) (71).

(70) Esto es lo que ha tratado de evitar la Ley aprobada, haciendo que el dinero se entregue (por la propia entidad prestamista) en un momento lo más próximo posible al del otorgamiento de la llamada “escritura de subrogación” (que no es sino el préstamo constatado notarialmente, con la cláusula subrogatoria incluida). El resultado es que se invierte la estructura del art. 1.211, ya que ahora el pago al acreedor se efectúa antes del otorgamiento de la “escritura de subrogación”, de manera que la subrogación produce sus efectos desde la fecha de ésta última, y no desde el momento del pago. Las consecuencias de ello son que la entidad prestamista sigue asumiendo un riesgo, ya que habrá pagado, pero no se subrogará, ni adquirirá la hipoteca, hasta un momento normalmente posterior. Salvo que se entienda, como se sostuvo más arriba, que la escritura notarial no era precisa para que el tercero se subrogase.

(71) Ese contrasentido vendría ratificado también por el mayor coste que a las partes les supondría constituir una hipoteca sobre el inmueble ya gravado (en favor del acreedor), cuando lo normal es que se consiga enseguida la subrogación en la hipoteca de éste último tras el correspondiente pago de su crédito.

Tras la Ley de Subrogación, uno de cuyos objetivos es justamente la reducción de los costes por el cambio de hipoteca, lo lógico es igualmente que las partes no estipulen ninguna nueva hipoteca (provisional, si se quiere) para evitar el riesgo de un préstamo sin garantías reales hasta el momento de la subrogación.

Así pues, esta posición tan —relativamente— arriesgada del tercero prestamista, en cuanto que al concertar el préstamo no es titular actual de ninguna garantía real, y sólo de una simple expectativa de adquirir una hipoteca, puede haber sido una de las causas fundamentales de la escasa acogida práctica de esta forma de subrogación. Claro que, frente a este inconveniente, el tercero tiene, a nuestro juicio, una salida en general bastante satisfactoria para sus intereses: la de, nada más concertado el préstamo con el deudor, y cuando surgiera la más mínima duda sobre la correcta actuación de éste, pagar por sí mismo al acreedor con el dinero prestado (subrogándose en su lugar en cuanto tercero que paga con consentimiento —implícito— del deudor). Ahora bien, esto demostraría el escaso valor de la fórmula subrogatoria contenida en el artículo 1.211, ya que el tercero tendría que servirse frecuentemente de otras vías para convertirse en acreedor, tales como, primordialmente, la regulada por el número 2 del art. 1.210 (72), mucho más sencilla y expedita para el tercero una vez otorgado el contrato de préstamo con finalidad subrogatoria (o con simple finalidad de pago) (73).

145

En conclusión, pues, la determinación en el contrato de préstamo del propósito o finalidad perseguidos por las partes constituye, con las matizaciones ya vistas, un presupuesto esencial para conseguir colocar a un tercero en la posición acreedora por la vía prevista en el artículo 1.211. Sin él, no habría subrogación, ya que es un factor imprescindible en el “iter” subrogatorio de la citada nor-

(72) Claro que esto lo podrá hacer el tercero prestamista cuando el dinero todavía no haya salido de su órbita de control (por ejemplo, todavía esté depositado en la cuenta corriente normal o de crédito abierta a favor del prestatario). De lo contrario, tendría que desembolsar de nuevo la suma adeudada.

(73) Las perspectivas de utilización de la fórmula contenida en el art. 1.211 se vuelven aún más pesimistas si, pensando en la subrogación de entidades financieras en créditos hipotecarios, nos fijamos en un dato puramente práctico: la necesidad de redactar un específico clausulado dedicado a préstamos con fin subrogatorio.

ma. Lo cual no significa que el otorgamiento de un simple préstamo, sin otras especificaciones, impida al prestamista llegar a ocupar el lugar del acreedor primitivo; lo podrá hacer, pero a través de otro de los caminos que la propia ley prevé, sobre todo el del tan citado art. 1.210, número 2.

5) La expedición de recibo o carta de pago con expresión de la procedencia del dinero.

El inciso final del artículo 1.211 dispone que, además de las condiciones antes señaladas, debe “expresarse en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada”. De nuevo hay que preguntarse por los motivos para la introducción de este nuevo elemento, así como por los problemas derivados del mismo.

146 Lo primero que sorprende de la redacción que nuestro Código da a este punto, si lo comparamos con su precedente, el art. 1250,2 del Código francés (o con el art. 1202 del vigente Código italiano), es que no se dice nada acerca de la forma en que ha de constar la manifestación del acreedor de haber recibido el dinero. En estos otros ordenamientos se exige bien que el recibo (con la expresión del origen de la suma) conste en documento notarial (art. 1250,2 francés), bien que conste en documento de fecha cierta (art. 1202 italiano). La distinta regulación introducida por nuestro Código, al no exigir la constancia del recibo en acta notarial, carece de una justificación aceptable en relación a su antecedente francés, máxime después de haber exigido la constancia del préstamo en escritura pública. Esto puede llegar a plantear un grave problema cuando se pretenda el acceso al Registro de la Propiedad del cambio de acreedor hipotecario, ya que ni el Código resuelve la cuestión de si basta o no un simple recibo, en documento privado, con expresión en él de la fecha de recepción del dinero y de la procedencia del mismo, ni es posible tampo-

co encontrar en la Ley Hipotecaria normas que aclaren este punto (74).

La razón de ser de que haya un recibo en el que conste claramente la procedencia de la suma, no puede ser otro que el de corroborar que el préstamo, concertado entre deudor y tercero con el fin de subrogar a éste en lugar del acreedor, ha llegado a buen término. Es decir, no se trata de un requisito con propia individualidad, sino estrechamente conectado con el préstamo, ya que constituye la confirmación de que el deudor, cuando pagó (no se olvide que en el Código es él quien efectúa materialmente el pago), lo hizo no con la intención de extinguir su deuda, sino con el objeto de dejar abierta la posibilidad de subrogar al prestamista, si éste lo considera oportuno, en cumplimiento de lo pactado en el contrato de préstamo. Sólo tras la expedición de un recibo con constancia del origen del dinero, es posible conocer el cumplimiento preciso y completo del "íter" subrogatorio.

147

A la vista de lo anterior, hay que pensar que no nos hallamos ante un requisito establecido en interés de terceros (75), al menos no de forma directa. Es claramente a las partes implicadas (prestamista y deudor, fundamentalmente) a quienes afectará la emisión de un recibo con estas características, ya que, caso de no contenerse en él la referencia

(74) Tampoco la recién promulgada Ley de subrogación de créditos hipotecarios ha dado respuesta satisfactoria a este asunto. Sólo se nos habla de que a la escritura de subrogación ha de acompañarse el "resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria". Esto significa que el Registrador no debe exigir un documento notarial en el que conste la declaración del acreedor de haber recibido el dinero debido; bastará el documento (privado) del banco acreedor en donde conste la cantidad pagada. No es que dudemos del valor del documento bancario; lo que sucede es que la constancia de un elemento fundamental en esta forma de subrogación —la FECHA concreta en que se pagó— no resulta suficientemente garantizada con el simple resguardo bancario, y ello puede dar lugar a algunos litigios entre las partes implicadas. La intención del legislador al no exigir acta notarial del pago creemos que está bastante clara: no encarecer más el coste del cambio de hipoteca.

(75) Como, sin embargo, opinaba una parte de la doctrina tradicional: DALLOZ-VERGE, *ob. cit.*, pág. 1069; TONDO, *ob. cit.*, pág. 423; aunque comprensiblemente, dada la redacción de sus respectivos preceptos legales.

al origen del dinero, habría que entender que el tercero prestamista, aun habiendo pagado el deudor con dinero procedente del préstamo, no podría subrogarse en la posición del acreedor primitivo, por faltar una condición creemos que esencial del artículo 1.211 (76). Ahora bien, quizás ello no traiga necesariamente consigo la extinción de la obligación (por pago), ya que podría acudirse —una vez más— a la vía subrogatoria del número 2 del 1.210 cuando en el contrato de préstamo hubiera constancia de que quien jurídicamente pagaba era el sujeto o entidad prestamista, y no el deudor. Por supuesto, los terceros afectados siempre tienen en sus manos la posibilidad de probar que hubo algún defecto que impidió la subrogación: por ejemplo, que realmente no hubo entrega de dinero, que se entregó menos, o que se hizo pero para simular, que la fecha del recibo no coincide con la de la entrega real (ésta última fue anterior al préstamo), etc.; pero esa demostración tendrá que seguir los cauces generales de protección de los intereses de terceros, como ya señalamos en su momento.

En esta fase del “iter” subrogatorio (pago y emisión del recibo) son diversos los problemas y cuestiones que se pueden plantear en la práctica. Por ejemplo, ¿qué sucedería si el deudor, que ya ha recibido del prestamista las sumas necesarias para cubrir su deuda con el acreedor originario, NO PAGA al acreedor y, en consecuencia, no hay expedición alguna de recibo o carta de pago con constancia en él de la procedencia del dinero? El Código no proporciona la respuesta precisa, pero los autores han considerado que el requisito del recibo (con referencia en él al origen del dinero) se cumple consignando el deudor la suma debida a disposición de la autoridad judicial; y haciendo constar en el recibo expedido por ésta, a requerimiento del deudor, la

(76) Ello sin perjuicio de la posible responsabilidad por daños y perjuicios en que podría incurrir el deudor frente al tercero prestamista por incumplir el pacto o convenio subrogatorio suscrito contenido en el contrato de préstamo, y al que podría haberse comprometido el deudor.

procedencia del dinero empleado, con lo que se cumplirían así todas las condiciones exigidas legalmente para que haya subrogación (77). Esta opinión doctrinal, con ser correcta, presenta el problema de determinar si la declaración sobre el origen de las sumas entregadas tiene que hacerla el acreedor o el pagador (ya sea el deudor o el propio tercero), así como el valor de la misma, sobre lo cual trataremos a continuación.

Por otra parte, en el caso de que el deudor (o quien deba hacerlo) pague efectivamente al acreedor, pero éste se niega radicalmente a emitir cualquier recibo justificativo de la recepción del dinero, habría que aplicar las reglas generales sobre la exigibilidad del recibo por parte del sujeto pagador, ya sea el deudor o el tercero que paga en su lugar, sobre las cuales la doctrina se ha mostrado siempre unánime (78).

Finalmente, supongamos que el acreedor es pagado (por el deudor o por el tercero), éste emite la carta de pago correspondiente, pero no incluye en ella el contenido exigido por el art. 1.211, sino un simple recibo en donde únicamente consta la cantidad recibida, el sujeto pagador y la fecha del recibo. Aquí, aunque la norma del art. 1.211 no habla de un deber jurídico u obligación legal de expedir un recibo con el contenido antes referido (a diferencia de otros ordenamientos, v. gr., el italiano, que sí lo impone), es indudable que ese deber u obligación vendrá impuesto por exigencias de la buena fe en la contratación (art. 1.258 C. civil).

Por lo demás, la negativa del acreedor a incluir en el recibo el origen de la suma recibida del deudor (o de la persona autorizada para ello) puede tener, como ha dicho

(77) Cfr. DALLOZ-VERGE, *ob. cit.*, pág. 1069; DEMOLOMBE, *ob. cit.*, págs. 359-360; LAURENT, *ob. cit.*, pág. 82; PONSARD, *ob. cit.*, pág. 5.

(78) Vid. por todos el reciente trabajo de MORENO-TORRES HERRERA, "La obligación de entrega de recibo", *R.D.P.*, diciembre 1993, págs. 1.136 ss. (y bibliografía allí citada).

la doctrina, una clara razón de ser: la de que el acreedor no puede hacer constar en el recibo algo que normalmente desconocerá, a saber, que la suma recibida era el fruto de un contrato de préstamo entre el deudor y el tercero que pretende la subrogación. Ello nos pone sobre la pista de a QUIEN debe corresponder la manifestación sobre la procedencia del dinero. En principio, debería ser el acreedor el que incluyese en la carta de pago esa referencia, con el consiguiente problema de la posible negativa del acreedor a incluir en el recibo la referencia al préstamo. Sin embargo, en Italia, los problemas derivados de una probable negativa del acreedor a aludir al origen del dinero lo ha solventado el legislador italiano, con mucha lógica, estableciendo que dicha declaración procederá DEL DEUDOR (del pagador en general); solución ésta que no hay inconveniente en trasladar al Derecho español, dada la poca explicitud de nuestro texto legal. En estas circunstancias, no es que serán precisas dos declaraciones separadas, el recibo del acreedor, por un lado, y la declaración del deudor manifestando que el dinero proviene de su préstamo con el tercero; a nuestro juicio, habrá una sólo, la del acreedor, pero haciendo constar en esa carta de pago que el deudor le manifestó cuál era la procedencia de la suma recibida (79). De esta manera, el acreedor no tendrá motivo razonable para rechazar la realización de un recibo transcribiendo esa declaración del deudor, y se cumplirán los presupuestos de la fórmula subrogatoria del art. 1.211.

Si, a pesar de todo lo anterior, el acreedor se ha negado a hacer constar en su recibo lo que la norma reclama, no habrá técnicamente subrogación, ya que faltará un presupuesto que, en nuestra opinión, el legislador del Código civil ha considerado como imprescindible para que cambie

(79) Como puede pensarse, esa "manifestación" del pagador reproducida por el acreedor en su carta de pago, tiene un valor jurídico muy relativo en un proceso judicial, habida cuenta que no ha tenido por qué intervenir en ella un notario, de acuerdo con la redacción de nuestro artículo 1.211.

de acreedor vía art. 1.211. Sin embargo, ello no supondrá considerar la obligación extinguida por pago, por cuanto, dado el sistema español de subrogación legal por pago (art. 1.210), nada impedirá que entre en funcionamiento alguna de las más sencillas fórmulas subrogatorias del artículo 1.210 (80) en concreto, la reiterada del número 2 (pago de tercero no interesado con aprobación del deudor), o incluso la del número 3 del mismo precepto (habida cuenta que el prestamista, tras la celebración del préstamo, bien pudiera ser un “tercero interesado en el cumplimiento de la obligación”, ya que ese cumplimiento será lo que le abra las puertas a la subrogación deseada (81)).

Esto que decimos pone de manifiesto que la relativa intercomunicación existente entre las distintas maneras de subrogar a un tercero en la posición acreedora juega en perjuicio de la eficacia práctica del supuesto recogido en el art. 1.211, cuya cierta rigidez obligará a veces a las partes implicadas o a la autoridad judicial a tomar como punto de referencia a las demás vías legales para resolver la falta de alguno de los presupuestos legales exigidos en el citado del 1.211 C. civil. Trasladando esta idea a la hipótesis de falta de referencia en el recibo al origen del dinero, habría que concluir que hubo cambio de acreedor a pesar de este defecto, ya que ni sería admisible una alegación del defecto por parte del acreedor primitivo, por carecer de interés protegible, ni por parte del deudor (dado que autorizó la subrogación en el contrato de préstamo, y además porque iría en contra de sus propios actos) (82).

151

(80) O la subrogación convencional del 1.209, si de algún modo consta el consentimiento del acreedor. En esta línea, CARPINO, *ob. cit.*, pág. 65, para quien hay subrogación sin necesidad de carta de pago si las tres partes (prestamista, deudor y acreedor) consintieron al cambio de acreedor.

(81) Evidentemente, la utilización de esta vía (art. 1.210, número 3) depende del sentido de la expresión “interés en el cumplimiento”, de muy difícil concreción, y de la mayor o menor amplitud que se le dé en la práctica a este modo de subrogación.

(82) La reciente Ley sobre subrogación de préstamos hipotecarios, al elegir la vía del art. 1.211 como fórmula para procurar el cambio de acreedor, no ha tenido

6) Los presupuestos para el acceso al Registro de la subrogación operada a través del art. 1.211 C. civil.

Una de las ventajas que presenta el art. 1.211 en relación a los restantes supuestos de subrogación (arts. 1.209 y 1.210) es justamente que la Ley impone el otorgamiento de escritura pública del préstamo que da pie a la subrogación, con lo que, en principio, está expedito el acceso al Registro de la Propiedad del cambio de acreedor en un crédito con garantía hipotecaria.

152 Precisamente, la constancia en el Registro de las subrogaciones producidas en créditos hipotecarios, cualquiera que sea la vía utilizada, constituye uno de los principales inconvenientes para el buen funcionamiento de las normas sobre subrogación por pago, cuando con ésta se pretende el cambio de acreedor hipotecario. No hay en nuestra legislación hipotecaria ninguna norma que prevea cómo pueden llegar al Registro los cambios de acreedor por la vía de la subrogación. Tan sólo está regulado, y no demasiado claramente, el cambio de acreedor a través de la cesión del crédito hipotecario. Esto debe hacernos pensar que cuando se pretenda la constancia registral de una subrogación de un tercero en un crédito hipotecario, producida por alguna de las vías del art. 1.210, son pocas las soluciones que se pueden dar. Una sería la de la aplicación analógica de las reglas de la cesión de créditos, pero ésta presenta el inconveniente de que, en las cesiones de crédito, nos hallamos ante un contrato entre acreedor y tercero, que, aun constando en documento privado, puede ser elevado a escritura pública aplicando el precepto general contenido en el art. 1.279 del C. civil, en cuanto que la parte interesada

suficientemente en cuenta las repercusiones de esa elección, y quizás hubiera sido deseable una simplificación de los trámites del 1.211, dado que, con frecuencia, resultarían inútiles. Dicha Ley, al contrario, ha venido a complicar el procedimiento, añadiendo nuevas exigencias a las ya derivadas del empleo del 1.211, lo que puede provocar incertidumbre jurídica y rechazo general.

podría compeler a la otra a otorgar la escritura pública; en cambio, en las subrogaciones legales, no tiene por qué haber contrato, sino que casi siempre habrá un simple pago procedente de tercero, por lo que no habría posibilidad de compelerse recíprocamente a acudir ante notario.

De cualquier forma, ante la falta de preceptos legales, hay que arbitrar algún cauce para llevar al Registro unas modificaciones en el crédito hipotecario que, por el hecho de estar previstas en la Ley, el Registrador tiene por fuerza que admitir, en tanto en cuanto ello no suponga alterar el sistema normal de acceder al Registro las modificaciones jurídico-reales. La solución más sensata estaría, pues, en que la parte interesada (el tercero o el deudor) presentase al Registrador un documento público en el que constase fehacientemente el pago hecho al acreedor, así como cualquier otro documento (incluso privado) que estableciese el vínculo justificativo de la subrogación: ese documento público debería ser un acta notarial de la que se desprendiese la afirmación del acreedor de haber sido satisfecho por el tercero. El Registrador, una vez recibido el documento, deberá comprobar que el tercero que pagó cumple las condiciones exigidas por los arts. 1.209 y 1.210 C. civil para cada supuesto subrogatorio (83).

153

Esto que decimos puede tener su justificación, no sólo en la normativa general sobre acceso al Registro de cualquier alteración jurídico-real, de acuerdo con la cual sólo los documentos públicos sirven, como regla, para inscribir dichas

(83) Además de esto, será condición ineludible que en el Registro todavía conste inscrito el derecho de hipoteca a favor del antiguo acreedor, es decir, que no esté cancelado. Lo cual puede resultar a veces problemático, ya que el acreedor primitivo podría —ya que el art. 82,1 de la L.H. así se lo permite—, solo o en compañía del deudor, proceder de forma malintencionada a la cancelación de la hipoteca, en cuyo caso el nuevo acreedor podría sufrir graves perjuicios (si hubiese otros terceros con derechos reales inscritos).

La Ley de subrogación de préstamos hipotecarios, desgraciadamente, no ha tomado ninguna medida para evitar posibles cancelaciones del derecho de hipoteca, en daño de la entidad subrogada.

alteraciones (art. 3 L.H.). También puede valer como criterio la analogía de las subrogaciones por pago (arts. 1.209 a 1.211 C.c.) con otras subrogaciones especiales reguladas en la normativa hipotecaria: por ejemplo, la de los arts. 230 y 231 del Reglamento Hipotecario (en relación al art. 118 de la Ley Hipotecaria). Estas concretas subrogaciones están referidas a la hipótesis de venta de una finca hipotecada con descuento en el precio de venta del importe de la obligación garantizada hipotecariamente cuando, a pesar de ese descuento, el deudor mismo pagó dicha obligación; la Ley establece que en estas circunstancias el deudor (vendedor de la finca hipotecada) se subrogará en lugar del acreedor hipotecario para obtener del comprador el reintegro de lo retenido por él. Pues bien, en este caso, el citado Reglamento (arts. 230 y 231) dispone que la forma de llevar al Registro esa subrogación es siempre a través de documento público, ya sea un acta notarial en la que conste el pago hecho al acreedor hipotecario, ya una escritura notarial de la que se deduzca, al hilo del negocio de venta (voluntaria o en subasta pública), quién pagó y en qué concepto y cuantía (84).

A la vista de todo lo anterior, creemos que se puede salvar el obstáculo principal que, en el ámbito registral, existe para llevar al Registro de la Propiedad las subrogaciones operadas en créditos hipotecarios por alguna de las vías del art. 1.209 y, sobre todo, 1.210. De este modo, se puede llegar a la conclusión de que se esfuma la que creemos principal ventaja práctica de la fórmula del art. 1.211 (su relativa facilidad de acceder al Registro) en relación a las subrogaciones del 1.210 C. civil. Tanto en éstas como en aquélla bastará algún tipo de documento fehaciente (escritura pública, acta notarial) del que se deduzca bien que efec-

(84) Sobre este tema, *vid.* CAMY SÁNCHEZ-CANETE, "Comentarios a la legislación hipotecaria", vol. VI, tercera edic., Pamplona, 1983, págs. 601 ss.; MORELL Y TERRY, "Comentarios a la legislación hipotecaria", tomo cuarto, segunda edic., Madrid, 1930, págs. 153 ss.

tivamente se realizó el pago por el tercero, bien que se celebró un contrato de préstamo con finalidad subrogatoria o de pago de deuda ajena, para asegurar la entrada en el Registro del cambio de acreedor.

Ahora bien, si además de cambiar la persona del acreedor, se pretende una modificación objetiva de la relación obligatoria —que es justamente lo que subyace a la Ley especial de subrogación en créditos hipotecarios ahora promulgada—, seguramente el cauce del art. 1.211 (con su escritura pública de préstamo, y su carta de pago con expresión de la procedencia del dinero) sea el más apropiado para que el Registrador admita sin problemas esas dos alteraciones en el crédito hipotecario (cambio de acreedor y de las condiciones básicas del crédito, sobre todo el tipo de interés y quizás los plazos de amortización) (85) (86).

(85) Claro que si los sujetos interesados pretendiesen un cambio de acreedor por alguno de los supuestos del art. 1.210, y además quisieran modificar las condiciones de la relación, el Registro no estaría cerrado para ellos. Aunque tendría el inconveniente de que, además de presentar acta notarial de pago al acreedor y de justificar que se hallaban en alguno de los casos del 1.210, tendrían que acompañar escritura pública de modificación objetiva de la relación obligatoria en la que el tercero se subrogó.

(86) En relación al acceso al Registro de la subrogación producida en los créditos hipotecarios según la Ley 2/1994, únicamente se exige la presentación al Registrador de la llamada “escritura pública de subrogación”, sin que a ella se acompañe ningún acta notarial haciendo constar que se ha llevado a efecto el pago al acreedor. Así se desprende del párrafo segundo del art. 5 de la Ley. Ello es así por cuanto la escritura notarial se ha debido de realizar una vez efectuado el pago de la deuda, adjuntando al documento el resguardo de haber concluido la correspondiente operación bancaria de ingresar al banco acreedor la suma debida.

La solución de la nueva Ley puede resultar criticable desde el punto de vista registral, ya que, si en la escritura notarial no se contenía manifestación alguna acerca del pago realizado (y aunque así fuese, su valor sería bastante relativo, pues no intervendría en el acto el primitivo acreedor), se estará dando un valor desorbitado al “resguardo” expedido por el banco acreedor, pues con él será suficiente para cambiar la persona del acreedor hipotecario, a pesar de tratarse de un documento privado.

III. Efectos de la subrogación del art. 1.211 C. civil

a) Cumplidas todas las condiciones legalmente previstas, se producirá como consecuencia el cambio de la persona del acreedor, pasando a ocupar tal posición el tercero que prestó al deudor. La primera cuestión a resolver en este apartado dedicado a los efectos es precisamente ésta: ¿en qué MOMENTO podemos considerar que se produce realmente la subrogación del tercero?

156 La respuesta no puede ser dudosa: el momento exacto tiene que ser el del PAGO al acreedor. En ese momento la parte acreedora se desvincula del deudor, dada su falta de interés por la continuación de la relación obligacional; luego es en ese preciso momento cuando el tercero debe pasar a ocupar su lugar. Y esto incluso aunque por algún motivo todavía no se hubiese expedido el recibo o carta de pago con el contenido previsto en la norma (por supuesto, siempre que efectivamente se expida en un momento posterior) (87).

La determinación del momento de la subrogación no tiene, en principio, demasiada relevancia práctica; salvo en los casos en que el deudor hubiese concertado con varios sujetos o entidades sendos préstamos con finalidad liberatoria de una misma deuda, de modo que varios de ellos entren a discutir cuál es el subrogado en el crédito. Desde nuestro punto de vista, la solución que deba darse a esta situación,

(87) Esta misma opinión habría que defender respecto de la subrogación en créditos hipotecarios prevista en la reciente Ley de 30 marzo de 1994, si es que de verdad, en ella, hay plena remisión y respeto a los principios del art. 1.211 C. civil.

Sin embargo, tal como resulta la redacción del párrafo tercero del art. 2, la subrogación “no surte efectos” sino desde la escritura pública en la que se estipule el cambio de acreedor y se declare haber pagado al acreedor; y no desde el momento del pago mismo, que, como ya dijimos, iba a ser normalmente anterior a la escritura. Pues bien, a pesar de esta redacción, nos parece más coherente defender que la subrogación se produce en el momento del pago efectivo, en tanto en cuanto hubiese préstamo (en escritura privada: o sea, la llamada por la Ley “oferta vinculante”) en el que constase la finalidad del mismo, y recibo del acreedor con señalación del origen de la suma. Aun cuando todavía no se haya otorgado escritura notarial de subrogación.

pasaría por declarar nuevo acreedor en la relación originaria a aquél que pagó antes. Cuando el acreedor recibe de uno de esos prestamistas la cantidad debida por el deudor, el interés de aquél se ve satisfecho plenamente y, en consecuencia, se desvincula del deudor. Por tanto, si un segundo prestamista paga a ese mismo sujeto, éste ya estará cobrando indebidamente algo que ya no se le debe, por lo que el pagador no se subrogará, y únicamente podrá pedir del “accipiens” la restitución de lo recibido (88). Evidentemente, el primer pagador se subrogará en tanto en cuanto pueda justificar la emisión de una carta de pago procedente del acreedor con expresión en ella del origen de la suma (89).

A esta misma solución debemos acudir para resolver una hipotética disputa entre un prestamista que paga de acuerdo con el artículo 1.211, y un tercero que paga al mismo acreedor utilizando alguna de las vías del art. 1.210 C. civil. Si ambos cumplen los respectivos requisitos legales, se subrogará el que primero haya pagado al acreedor. Aquí no se puede aceptar como criterio decisivo el de la estipulación de convenio subrogatorio entre tercero y deudor en el contrato de préstamo celebrado por ambos, ya que el legislador no podemos pensar que prime a unos terceros sobre otros a la hora de pagar deudas ajenas (90).

157

(88) Así como los pertinentes daños y perjuicios por incumplir, en su caso, la cláusula subrogatoria contenida en el préstamo.

(89) Para LAURENT, *ob. cit.*, pág. 81, se subrogará el que tenga recibo de fecha más antigua, si hubo varios recibos. Si en el recibo constan varios de los prestamistas, se subrogarán los que consten en él, en la cuantía que allí se establezca: *vid. DEMOLOMBE, ob. cit.*, págs. 375-376

En cambio, si habiendo varios préstamos, sólo uno de ellos contenía la manifestación de la finalidad subrogatoria o de pago de deuda ajena, el prestamista de éste será el que se subroga, si el acreedor le proporciona recibo con las condiciones legales. Incluso aunque antes hubiese pagado otro prestamista, ya que éste no podrá subrogarse, por no cumplir los requisitos del 1.211, ni tampoco encontrarse en alguno de los casos del art. 1.210 C. civil (no sería tercero con aprobación del deudor, ni tercero interesado en el cumplimiento). En esta línea, *vid. FRAGALÍ, ob. cit.*, pág. 266.

(90) Por lo demás, en la pugna entre una subrogación ex art. 1.211 y una cesión de créditos realizada por el acreedor, creemos que prevalecerá el cesionario

b) Resuelto el tema del momento en que se produce la subrogación ex art. 1.211 C. civil, hay que aclarar también el alcance de esa subrogación. Así, por ejemplo, se ha preguntado la doctrina si la subrogación alcanza a TODA la suma objeto del crédito, o sólo a aquella cantidad desembolsada efectivamente por el sujeto o entidad prestamista, en caso de ser ésta inferior al montante del crédito. Aunque la opinión de los autores ha sido bastante uniforme, en el sentido de admitir la subrogación sólo en la cantidad satisfecha (91), creemos que no se puede llegar a una conclusión general, sino que es preciso matizar en relación a las circunstancias de cada caso.

En principio, si el deudor —que es quien materialmente paga en el art. 1.211— entrega al acreedor una suma menor de la debida, la subrogación del tercero prestamista alcanzará hasta ese montante, permaneciendo el resto del crédito en cabeza de su titular originario. En suma, se habrá producido una subrogación PARCIAL del prestamista, cosa perfectamente lícita, como en su momento se comprobó (92);

del crédito, si la fecha de la cesión —siempre acreditada de forma fehaciente o en un proceso judicial— es anterior a la del PAGO hecho por el deudor con dinero procedente de un préstamo (aun cuando este último se concertase antes que la cesión del crédito). Por contra, se subrogará el prestamista del 1.211 si el deudor pagó al acreedor antes de celebrarse el negocio de cesión. En contra, FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 267, para quien es preferente el mutuante si la fecha del préstamo (no del pago) es anterior a la de la cesión del crédito.

(91) Así, BENABENT, *ob. cit.*, pág. 293; MARTY-RAUNAUD-JESTAZ, *ob. cit.*, págs. 368-369; STARCK, *ob. cit.*, pág. 24; ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, pág. 324 (todos con carácter general). En España, VATTIER, *ob. cit.*, págs. 513-514 parece inclinarse por la reclamación sólo de la cantidad pagada, y no de la suma correspondiente al crédito originario, si fuese mayor que aquélla; también SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, pág. 790.

(92) *Vid.* DALLOZ-VERGE, *ob. cit.*, pág. 1070; LAURENT, *ob. cit.*, pág. 58. Esa subrogación parcial produciría, como regla, los efectos legalmente previstos. En especial, el del artículo 1.213, en cuanto atribuiría al acreedor primitivo, por su parte de crédito subsistente, una preferencia de cobro sobre el nuevo acreedor parcialmente subrogado.

Ahora bien, para que se diese esa subrogación parcial, habría que contar, casi siempre, con el consentimiento del acreedor, dado que, según el art. 1.169 C. civil, no se puede obligar al acreedor a recibir parcialmente la prestación sin su autorización. No obstante, en los préstamos hipotecarios, la previsión contractual sobre la posible anticipación de todos o algunos de los plazos de amortización, conlleva un

y nada impediría al tercero satisfacer ulteriormente al acreedor la parte restante, por la vía del art. 1.210 (93) convirtiéndose, por tanto, en acreedor único.

Otra cosa es que el deudor (o el propio tercero) hubiese conseguido que el acreedor aceptase liquidar su crédito recibiendo una cantidad inferior de la adeudada. En tales circunstancias, el acreedor habría condonado al deudor, de una manera más o menos explícita, una parte de su crédito, y por tanto el tercero se subrogaría en la cantidad realmente recibida por aquél, ya que el resto se habría extinguido por condonación.

La cuestión es: ¿qué valor jurídico tendría una estipulación entre deudor y prestamista, contenida en el contrato de préstamo, en la que se señalase expresamente que la subrogación alcanzará a toda la suma que se deba en el momento del pago aun cuando se logre del acreedor una rebaja de la misma? A nuestro juicio, tendría un valor prácticamente nulo. Sólo se podrá reclamar lo que efectivamente se pagó por el deudor al acreedor, por dos razones: 1) si el préstamo se concertó con específica finalidad subrogatoria, la subrogación sólo alcanzará a lo que realmente se debía, y en este caso se debía “menos” por consecuencia de la condonación realizada; 2) si el tercero pretendiese reclamar al deudor la suma mayor, éste le opondría una excepción de condonación parcial (94). Evidentemente, nos estamos refiriendo a lo que el tercero subrogado puede cobrar del deu-

159

consentimiento implícito de pago (o cobro) parcial, por lo que no habrá obstáculo a la subrogación parcial efectuada por la vía del art. 1.211.

(93) Concretamente, podría ser por la vía del número 2 de dicho artículo (pago con autorización expresa o tácita del deudor), o incluso por la del número 3, si consideramos al tercero parcialmente subrogado como un “tercero interesado en el cumplimiento”, cosa relativamente sensata, ya que ha pasado a ser acreedor parcial y se encuentra en desventaja respecto del acreedor primitivo, a la vista del art. 1.213.

(94) La única salvedad vendría dada por el hecho de que la condonación o rebaja la hiciese el acreedor en atención a la persona del tercero prestamista (por permitirle cobrar un crédito que podría ser de incierto futuro, aunque cobrar menos), y no propiamente al deudor, aun cuando éste fuese quien físicamente le pagara. En tal caso, creemos que el tercero podría exigir al deudor la totalidad de lo debido.

dor en uso del crédito en el que se había subrogado; si resultase que dicho prestamista entregó al deudor una cantidad mayor (idéntica o no a lo que en principio se debía al acreedor, antes de la condonación), la diferencia la adeudaría el prestatario "ex mutuo", es decir, en aplicación del crédito directamente derivado del contrato de préstamo.

c) Claro que lo dicho antes acerca de la cantidad que podrá exigir el tercero subrogado está conectado con otra cuestión también importante: ¿en qué situación queda el crédito "ex mutuo" (crédito por la devolución del capital prestado más intereses) cuando este contrato es celebrado con la finalidad de subrogar a un tercero en una previa relación obligacional del prestatario? El tema ha sido objeto de amplio debate doctrinal, habiendo quien opina que permanece vivo, a pesar de la subrogación de su titular en otro, el crédito derivado del préstamo (95), pudiendo optarse por el ejercicio de cualquiera de los dos (96); y quien considera que se extingue la acción derivada del préstamo una vez subrogado en el crédito primitivo (97).

(95) Cfr. PLANIOL-RIPERT, *ob. cit.*, pág. 195. También FRAGALI, *ob. cit.*, págs. 269-270, para quien, tras la subrogación el crédito "ex mutuo" permanece vivo, aunque en un estado de energía atenuada, sin que por otra parte se produzca una alternatividad propia, sino más bien impropia, que se manifiesta en un conculso acumulativo de relaciones, en el sentido de poder ejercitar la acción derivada del mutuo si con el uso del crédito objeto de subrogación no se alcanza la finalidad de restitución íntegra de lo debido.

(96) Sobre esa posibilidad de optar por el ejercicio de cualquiera de los dos créditos, el Tribunal Supremo la ha admitido en la Sentencia de 29 mayo 1984, en un caso similar, aunque no idéntico, al regulado por el art. 1.211 (concretamente, se refería al pago de diversas deudas hecho por una sociedad mercantil familiar a un matrimonio, con aprobación de éste: caso típico del número 2 del art. 1.210). *Vid.* el comentario a esta sentencia de BERCOVITZ, *C.C.J.C.*, núm. 5, págs. 1719 ss. (quien se muestra a favor, con matices, de esa acumulación). *Vid.* también ALBIEZ DOHRMANN, comentario a la STS 23 octubre 1991, en *C.C.J.C.*, núm. 27, págs. 1045 ss.

(97) En tal sentido, MICCIO, *ob. cit.*, pág. 151 (aunque con la particularidad de que este autor no admite que haya transmisión del crédito en los casos de subrogación, sino simple transmisión de las garantías). También ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, págs. 333-334; VATTIER, *ob. cit.*, pág. 510 (quien se apoya en el carácter legal de esta forma de subrogación).

A nuestro juicio, la solución debe ser en cada caso una consecuencia de lo que se pactó en el contrato de préstamo. Si la finalidad del mismo fue en concreto —y así consta en su clausulado— la de subrogar al prestamista en el crédito del primitivo acreedor, lo más razonable sería considerar que aquél, el tercero, estaba optando por reclamar el crédito antiguo, y desechando las ventajas proporcionadas por el crédito “ex mutuo”. Alcanzada la posición del acreedor primitivo, se satisfacía el interés primordial del tercero de ser el nuevo acreedor en la relación originaria. Hay que tener en cuenta que no admitir esta conclusión nos llevaría a un estado de inseguridad jurídica del deudor, quien podría utilizar frente al prestamista unas armas (las excepciones derivadas de la antigua relación obligacional) que con frecuencia éste, el prestamista, podría enervar acudiendo al vínculo nacido del mutuo (98).

En cambio, si el préstamo no se concertó con una específica finalidad de subrogación (sin cláusula subrogatoria), sino sólo con el simple fin de pagar la deuda ajena, pensamos que el prestamista, aun concurriendo los presupuestos del cambio de acreedor ex 1.211, no tuvo intención de prescindir de las posibles ventajas —si las había— del crédito nacido del préstamo mismo. Por lo tanto, y al igual que ocurre, a juicio de la doctrina (99), en cualquier otro caso de subrogación legal (art. 1.210), ahora el tercero prestamis-

161

(98) La Ley sobre subrogación de préstamos hipotecarios, al optar claramente por que en la escritura de préstamo se incluya una explícita cláusula o cláusulas subrogatorias, cierra completamente las puertas, en nuestra opinión, a cualquier posibilidad de ejercicio del crédito “ex mutuo”. Ciertamente, la responsabilidad hipotecaria no alcanzará a todo lo que la entidad prestamista entregó a la acreedora (por ejemplo, no a la comisión de cancelación, y quizás tampoco a algunos intereses impagados), pero sí habrá subrogación del tercero en todos estos conceptos, por cuanto eran debidos a la acreedora y aquél los pagó.

(99) *Cfr.* PASCUAL ESTEVILL, *ob. cit.*, pág. 247; BERCOVITZ, en el citado comentario a la STS 29 mayo 1984, C.C.J.C., núm. 5, págs. 1719 ss., claramente favorable a esta facultad de opción; ID., en “Comentarios al Código civil y Compilaciones forales”, tomo XVI, vol. 1 (arts. 1.156 a 1.213), segunda edic., págs. 48-50 (donde argumenta que esa opción sólo se puede ejercitar en el momento del pago, nunca después).

ta debe gozar de la facultad de elegir la vía —el crédito— que mejor se adapte a sus intereses ... Por supuesto, siempre con el efecto de que, una vez cobrada por el prestamista la suma debida, se extinguirán ambos créditos (el crédito en que se subrogó y el crédito “ex mutuo”).

d) Aparte de estas cuestiones, la doctrina no ha profundizado demasiado en otras posibles repercusiones jurídicas de esta fórmula subrogatoria. Suele ser afirmación común de los autores que los efectos de esta subrogación a iniciativa del deudor son “los mismos” que las demás vías de subrogación por pago (100), lo cual, dicho con esta generalidad, sería cierto, pero no lo es tanto si se descien-
de al análisis de aspectos concretos.

162

Uno de esos aspectos, quizás el de más interés, es el de las EXCEPCIONES oponibles por el deudor al nuevo acreedor, subrogado a través de préstamo con aquél. En los casos de subrogación legal previstos en el art. 1.210 (exceptuando quizás el del número 2), así como en la subrogación convencional, el deudor cuyo acreedor ha cambiado, puede seguir oponiendo al nuevo las mismas excepciones que podía utilizar contra el antiguo, dado que, como regla, no consintió de ningún modo ese cambio de la persona del acreedor (101). En cambio, en la subrogación promovida por el deudor hay normalmente un consentimiento de éste al cambio de acreedor, lo cual altera sustancialmente el panorama de algunas de las excepciones oponibles.

Por ejemplo, en cuanto a la excepción de prescripción, el consentimiento del deudor, contenido en el contrato de préstamo, implica, como han dicho algunos autores (102), un

(100) Así DALLOZ-VERGE, *ob. cit.*, pág. 1069; GESTHIN, *ob. cit.*, pág. 39; PONSARD, *ob. cit.*, pág. 5.

(101) Inclusive las puramente personales (como las de minoría de edad o incapacidad), por cuanto su falta de consentimiento a la subrogación no debe jugar en su contra, ya que esta última es, frente a él, una “res inter alios acta”.

(102) *Cfr.* CARPINO, *ob. cit.*, pág. 66. También en buena medida DALLOZ-VERGE, *ob. cit.*, pág. 1.066.

reconocimiento de deuda, generador de la interrupción de la prescripción extintiva del crédito objeto de subrogación, en uso del art. 1.973 del Código civil; o, si había transcurrido ya el plazo prescriptivo, una renuncia tácita a la prescripción ganada, de acuerdo con el art. 1.935 (103). A nuestro juicio, la cuestión puede ser relativamente problemática si las partes no incluyeron en el préstamo una cláusula subrogatoria expresa, ya que entonces la ley produciría la subrogación al margen de una concreta voluntad de las partes a tal fin. En estas circunstancias, la simple alusión a la deuda (o crédito) para la que se concertó el préstamo no puede tener un valor definitivo a la hora de determinar si hubo o no interrupción: por ejemplo, puede que no constase la cuantía del principal adeudado (lo cual será muy frecuente en los préstamos de interés variable), o que no se incluyese una relación de posibles deudas de intereses ya vencidos asegurados con la hipoteca, deudas que por tanto no podrían entenderse interrumpidas (104). En cambio, si se pactó expresamente la finalidad de subrogación, es mucho más probable que en el contrato se haya expresado con todo detalle en qué créditos en concreto iba a convertirse el ter-

(103) Esta opinión doctrinal puede resultar dudosa, ya que depende de cómo se interprete la causa interruptiva del art. 1.973 “cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor”. Si se la interpreta en un sentido amplio, entraría perfectamente esta hipótesis. Por el contrario, si sólo son admisibles actos jurídicos en los que de una manera clara y terminante el deudor o sujeto pasivo de un hipotético derecho manifiesta estar vinculado con el teórico sujeto activo, entonces no todo préstamo con fin de pago o de subrogación servirá para interrumpir la prescripción (piénsese, por ejemplo, que en dicho contrato se individualice el crédito objeto de subrogación, pero no se especifique su cuantía). *Vid.* en esta línea BERCOVITZ, C.C.J.C., núm. 5, pág. 1727 (en relación precisamente a un caso de subrogación del art. 1.210,2); ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, pág. 340.

(104) Por supuesto, estamos pensando no tanto en los intereses de las dos últimas anualidades y la parte de la corriente (art. 114 L.H.), que no habrían podido prescribir dado que la Ley (art. 1.966) exige el transcurso de cinco años —aunque también podría darse respecto de ellos, si son reclamados pasado el plazo legal—, cuanto en aquellos intereses convencionales respecto de los cuales pudo pactarse una específica hipoteca de máximo, añadida a la recayente sobre el principal, plenamente lícita según la jurisprudencia de la Dirección General de Registros y del Notariado.

cero en nuevo acreedor (105), con señalación al mismo tiempo de cada una de las garantías de aquéllos y de la concreta responsabilidad hipotecaria, si se trataba de hipoteca; con estos datos no habrá ninguna duda de que el deudor estaba reconociendo su deuda, y habría, pues, interrupción (106).

Al igual que con la excepción de prescripción, sucederá con la excepción de compensación. No hay, en nuestra opinión, inconveniente en aplicar analógicamente a cualquier forma de subrogación la norma del art. 1.198 C. civil, prevista para la cesión de créditos. Con más motivo si esa subrogación es la del 1.211, ya que en ella es imprescindible el consentimiento del deudor. Este consentimiento puede tener el mismo valor que el art. 1.198 atribuye al del deudor cuando hubo cesión de créditos, y acarrear como consecuencia la imposibilidad de oponer al tercero subrogado la compensación que le correspondería contra el cedente (107). De nuevo, la cuestión reside en saber si en un préstamo sin cláusula subrogatoria expresa cabe entender que hay en él consentimiento al cambio de acreedor, que es lo que provocaría la inoponibilidad de la excepción de compensación. Creemos que, no constando nada en la escritura del presta-

(105) De todos modos, no es imposible que se presentaran los mismos problemas de determinación de la deuda o deudas pendientes, o de la cuantía de las mismas, en cuyo caso la interrupción resultaría dudosa como en el caso anterior.

(106) La nueva Ley, al optar por la exigencia de pacto subrogatorio expreso, ha venido a zanjar casi totalmente las dudas, ya que lo normal será entender que el consentimiento del deudor a la subrogación de la entidad prestamista funcionará como causa interruptiva, imposibilitando de hecho la alegación frente al nuevo acreedor de la excepción de prescripción. De todos modos, excepcionalmente el problema se podría plantear, por ejemplo, respecto de la cuantía del crédito objeto de subrogación. Ya que el art. 2 ha previsto una liquidación de aquél sin intervención del deudor, es decir, exclusivamente entre la entidad prestamista y el acreedor primitivo. Claro que el problema quedará solventado si el deudor acepta luego, en la llamada "escritura de subrogación", la cantidad que los otros sujetos o la autoridad judicial habían fijado.

(107) En tal sentido, ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, pág. 340, respecto del Derecho portugués.

mo —y produciéndose a pesar de todo la subrogación ex art. 1.211—, difícilmente habrá ese consentimiento exigido por el art. 1.198, y sería correcta, pues, la excepción de compensación.

Finalmente, hay que señalar que el deudor tendrá la facultad de oponer al nuevo acreedor cuantas excepciones se derivasen del contrato generador del crédito, dado que los defectos antiguos difícilmente se podrían entender convalidados (108), así como las surgidas del contrato de préstamo con el tercero (109). No sucederá lo mismo con las excepciones relativas a la persona del acreedor (minoría de edad, incapacitación), que serán inoponibles al nuevo acreedor (110).

e) Relacionado con lo anterior, un asunto que tampoco nos resuelve el Código es el de si el nuevo acreedor puede exigir responsabilidad AL DEUDOR (no ya al acreedor primitivo) por la existencia y legitimidad del crédito o de los privilegios e hipotecas, al igual que se establece en el art. 1.529 C. civil. No obstante, en este campo, la postura tiene que ser claramente negativa. La razón habría que encontrarla no sólo en el diferente fundamento de la cesión de créditos y la subrogación por pago, sino también en el carácter de subrogación legal, y no convencional, de la concreta hipótesis del art. 1.211, lo que impediría una previsión contractual de las partes sobre las consecuencias de un cam-

165

(108) En contra, ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, pág. 340, quien considera inoponibles, por ejemplo, los vicios de la voluntad que pudiesen ser alegados en la fecha del acuerdo.

(109) A favor de la posibilidad de emplear todas las excepciones oponibles al antiguo acreedor, PROSPERETTI, *ob. cit.*, págs. 123-124.

En contra, BENABENT, *ob. cit.*, pág. 296 (nota 19), para quien el deudor no puede oponer al tercero ninguna de las excepciones que poseía contra el antiguo acreedor (aunque justifica esta postura porque cree que en el art. 1.250,2 francés no hay simple modificación, sino extinción de la obligación y sustitución por otra nueva).

(110) Así BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III-2 y IV, Milano, 1955, pág. 69.

bio de acreedor mal realizado o imposibilitado por alguna de las partes (111).

f) Los efectos de la subrogación prevista en el art. 1.211 puede que no se produzcan, a pesar de cumplirse todos los presupuestos del mismo. Seguramente el obstáculo más importante puede ser, sin duda, el de la forma en que las partes configuraron la relación de la que surgió el crédito objeto de subrogación; en concreto, nos referimos a la estipulación del PLAZO para el cumplimiento, y a la persona en beneficio de quien se estableció dicho plazo. Supongamos —como será lo habitual— que el crédito en el que se subroga el tercero prestamista era un crédito que surgió a su vez de un anterior contrato de mutuo. La doctrina, al interpretar los arts. 1.126 y siguientes del Código civil, sobre obligaciones a plazo y beneficio del plazo, suele ser concorde en considerar que, en tales contratos, lo usual es que el plazo se haya establecido en beneficio exclusivo del acreedor, o en beneficio de acreedor y deudor, pero nunca en el de éste último sólo (112), ya que aquél tendrá colocado su dinero durante el período de vigencia del contrato y obtendrá con ello —salvo incumplimiento del deudor— un determinado interés. La consecuencia de esto es obvia: si el plazo se fijó en beneficio del acreedor, o de acreedor y deudor a la vez, habría que dar prevalencia al interés del primero (a pesar de no ser éste, como ya se vio más arriba, un sujeto con un interés especialmente protegible), y considerar incorrecto jurídicamente el que dicho sujeto recibiese antes de tiempo, de manos del deudor (o del tercero) la totalidad de la suma prestada, si no dio su consentimiento

(111) Aunque esto no impide, como es lógico, la estipulación de alguna suerte de sanción económica (o incluso la resolución del contrato), si el préstamo no concluye con la subrogación deseada.

(112) Cfr. MONTES PENADÉS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 2, Madrid, 1983, pág. 89; LASARTE, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1990 (comentario al art. 1.127).

to, lo cual, por lógica, no hará en una situación económica como la actual de bajada de tipo de interés. Llevando a sus últimas consecuencias esta idea, resultaría bloqueada la vía subrogatoria del 1.211, ya que sería imposible cambiar el acreedor mientras éste no quisiese (113).

Esta idea, con ser cierta en líneas generales, exige introducir algún matiz. No todo préstamo de dinero en el que se estipulen unos plazos de amortización habrá establecido los mismos en beneficio exclusivo del acreedor. Con frecuencia, habrá que desmontar la anterior regla y defender que el plazo se estableció en provecho del deudor solamente. La situación más frecuente que nos permitirá entender que no hay aquella regla, sino la contraria, será —por supuesto, además del caso de estipulación expresa de la posibilidad de pago anticipado— aquella en que se incluya en el clausulado del contrato la correspondiente comisión de amortización anticipada. A nuestro juicio, el hecho de pactar tal comisión, implica inexorablemente considerar que el plazo se fijó en beneficio exclusivo del deudor, y por tanto, será lícito pagar todo el saldo pendiente antes de su vencimiento. Frente a esto, sin embargo, conviene tener en cuenta que la supresión, en los futuros préstamos, de cualquier cláusula sobre comisiones de amortización, junto con la inclusión de una cláusula en la que se diga con claridad que el acreedor (o acreedor y deudor) es el beneficiario del plazo (114), constituirá seguramente un freno casi insalvable

167

(113) Así opinan autores como STARCK, *ob. cit.*, pág. 28; GESTHIN, *ob. cit.*, BENABENT, *ob. cit.*, pág. 296.

(114) Lo mismo ocurrirá si, en lugar de establecer el plazo en beneficio del acreedor, o de deudor y acreedor, se incluyen en el contrato de préstamo cláusulas como las siguientes: 1) Prohibición expresa de amortización anticipada: esta cláusula sería perfectamente lícita, incluso en el ámbito de la nueva Ley de Subrogación. 2) Prohibición expresa al deudor de subrogar a un tercero en lugar del acreedor: esta cláusula sería ya bastante dudosa, por cuanto el deudor no tiene poder de disposición sobre el crédito de su acreedor, siendo la ley la que ordena la subrogación en el art. 1.211 (asimilable a éste sería un “*pactum de non cedendo*” general). 3) Exigencia del consentimiento del acreedor en todo caso para cualquier cambio del mismo: sería lícito, en principio, aunque dependerá de si los arts. 1.210 y 1.211 son normas disponibles por los particulares, o más bien son preceptos imperativos.

para el cambio de acreedor (y la mejora de condiciones del préstamo) por la vía del art. 1.211 C.c. (115). Sólo si pensamos que tales cláusulas tienen carácter abusivo en cuanto desequilibradoras de la posición de las dos partes contractuales (mutuante y mutuuario), siendo además “consumidor” el prestatario, se podrán declarar ilícitas e ineficaces, en base al art. 10,c, número 4 de la Ley de Consumidores (“condiciones abusivas de crédito”) (116).

g) Respecto a los cambios susceptibles de producirse por esta vía en la relación obligatoria, ya avanzamos en su momento que el mecanismo subrogatorio del art. 1.211 puede servir de cauce para alterar las condiciones del crédito, a la vez que se cambiaba la persona del acreedor. Pues bien, hay que decir que la fórmula prevista en dicha norma no pone cortapisa alguna para modificar cualesquiera estipulaciones contenidas en el contrato originario. Así, si éste era un contrato de préstamo, es lícito cambiar tanto el tipo

168

(115) Esto es lo que puede ocurrir con la Ley sobre subrogación recién promulgada. Nada se dice en ella sobre posibles frenos a la posibilidad de estipular en los préstamos que el plazo se establezca en beneficio del acreedor (el primer prestatista). Es cierto que, en este momento, todos los préstamos hipotecarios incluyen en su interior una cláusula en la que se fija un porcentaje concreto por comisión de amortización, lo cual confirma que se puede pagar antes de tiempo. Pero creemos que hubiera sido deseable un pronunciamiento del legislador sobre la corrección o no de incluir cláusulas de este tenor (cláusulas con plazo a favor del acreedor) en los préstamos hipotecarios que se celebren en el futuro, tras la entrada en vigor de la Ley. Porque tal como está redactada, y ante la carencia de norma a tal efecto, se podría fácilmente impedir el cambio de acreedor hipotecario (y la reducción del tipo de interés) si en el futuro hubiese nuevas bajadas de tipos en el mercado.

Claro que para hacer la crítica que le hacemos a la nueva Ley habría que demostrar algo bastante dudoso, a saber, que la misma se ha promulgado con vocación de perdurar en el tiempo, y no con carácter temporal, o “ad hoc”, para resolver un problema puntual del momento, perdiendo su vigencia respecto de los nuevos préstamos hipotecarios. Por supuesto, tenemos la convicción de que no nos hallamos ante una ley de vigencia temporal limitada, por una serie de motivos en los que no se puede entrar ahora.

(116) Aunque aquí siempre nos encontraríamos ante un problema bastante delicado, ya que la entidad bancaria que prestó tendría a su alcance demostrar que dicha cláusula era esencial para la satisfacción de su interés, y, por tanto, que su supresión debe acarrear la ineficacia total del contrato, según lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 10,4 de la Ley de Consumidores.

de interés, remuneratorio o moratorio, simple o compuesto, como los plazos de amortización, la cuantía de cada plazo, el momento de vencimiento de cada plazo, la forma de pago de los mismos, las garantías, las causas posibles de resolución o de vencimiento anticipado, etc... (117). Incluso se podrá estipular que el nuevo prestamista proporcione al deudor una cantidad superior a la correspondiente a la deuda pendiente (118). Desde un punto de vista teórico, conviene señalar que todas esas alteraciones están condicionadas a que la subrogación se produzca. Esto implica que la subrogación del nuevo acreedor es siempre anterior, aunque sea en pura abstracción, a la modificación de las con-

(117) La Ley 2/1994 ha sido —ya lo hemos señalado— enormemente restrictiva en cuanto a las posibles modificaciones en las condiciones del préstamo objeto de subrogación. Sólo se puede pactar la mejora de las condiciones de tipo de interés, ordinario o de demora, de acuerdo con el art. 4. Esta fuerte limitación carece completamente de sentido, en su comparación con el artículo 1.211 C. civil, y únicamente responde a la intención del legislador de limitar a casos muy concretos los beneficios económicos y fiscales derivados de la Ley, pero en absoluto supone una restricción en el campo puramente civil, en donde rigen plenamente los arts. 1.203 y siguientes del Código. Esta idea se colige claramente del último párrafo del art. 5, en donde se dice que “no serán objeto de nueva calificación las cláusulas inscritas del préstamo hipotecario que no se modifiquen”.

De todos modos, creemos que, a pesar de la restricción del art. 4, es inevitable que, tras la rebaja del tipo de interés, haya que modificar también —y darle el correspondiente acceso al Registro— la cuantía de los plazos de amortización y, acaso, los plazos mismos (su número). En estas situaciones, no dejarán de obtenerse los beneficios fiscales y de honorarios establecidos en la nueva Ley.

(118) Esto también aparece prohibido implícitamente por la Ley de subrogación de préstamos hipotecarios. Aunque a este respecto hay que hacer alguna matización:

Se puede —es más, se debe— proporcionar al deudor, por parte de la entidad subrogada, más cantidad de la que seguramente está garantizada con la hipoteca. Así, el propio art. 2, párrafo tercero, ordena que se pague al acreedor primitivo el capital, los intereses devengados no satisfechos y la comisión (de amortización anticipada). Pues bien, lo normal es que la hipoteca alcance sólo a los dos primeros conceptos (y a veces, limitadamente en cuanto a los intereses), pero no a la comisión. Es decir, que la responsabilidad hipotecaria se limite a parte de lo que el nuevo acreedor proporcionó al deudor prestatario. Ahora bien, puesto que todos estos conceptos formaban parte del crédito global de la entidad acreedora, el nuevo banco sí que se subrogará en todos ellos, a pesar de las restricciones de la garantía hipotecaria. Esta situación podría ser solventada —aunque no es probable— con la constitución de nueva hipoteca a favor de la entidad subrogada, o de cualquier otra garantía personal o real.

diciones de la relación, y por lo tanto aquélla opera como “*condictio iuris*” de ésta.

h) Finalmente, señalar que el artículo 1.211 es una norma que pretende, entre otras cosas, permitir al deudor cambiar a su acreedor sin contar con su consentimiento. Pero conviene detenerse, aunque sea mínimamente, en la hipótesis contraria de consentimiento expreso o tácito DEL ACREEDOR a esta subrogación. Este consentimiento del acreedor, si se puede conseguir, facilitará mucho el camino al cambio de sujeto activo, ya que siempre podría pensarse que, si no a través del art. 1.211, por faltar alguno de sus presupuestos, la subrogación se habría producido a través del art. 1.209 (subrogación “convencional”). Ahora bien, el problema será determinar cuándo ha habido realmente tal consentimiento del acreedor: para ello, no será suficiente el simple hecho de la recepción del dinero, ni la correspondiente expedición de recibo (119); será necesario acreditar que ha habido una declaración de voluntad o un comportamiento cualitativamente distinto, expresivo de tal intención (120).

170

(119) Así, LAURENT, *ob. cit.*, pág. 83.

(120) A estos efectos, y en relación a la subrogación de créditos hipotecarios regulada en la Ley 2/1994, no puede considerarse comportamiento concluyente de aprobación por parte de la entidad acreedora, el simple transcurso del plazo de quince días naturales para enervar la subrogación. Su silencio no puede suponer un consentimiento ni tácito ni presunto a la subrogación.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

LAS PRIMERAS SENTENCIAS CIVILES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

JOSÉ CERDÁ GIMENO

Notario

173

SUMARIO: **I.** UNA INTRODUCCIÓN ACLARATORIA. **II.** RELACIÓN CRONOLÓGICA DE LAS SENTENCIAS CIVILES DICTADAS POR EL “TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA” (AÑOS 1989-1992). **III.** SISTEMATIZACIÓN DE LAS DECISIONES PRODUCIDAS. **IV.** TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS DE LOS MAGISTRADOS PONENTES. **V.** UNA RECAPITULACIÓN. **VI.** RACIONALIDAD JURÍDICA Y DECISIONES JUDICIALES CATALANAS. **VII.** EL HECHO NOTORIO DE LAS SENTENCIAS DEL T.S.J. CATALUÑA COMO PARADIGMA.

I. Una introducción aclaratoria

Brevemente quisiera apuntar aquí *el porqué* de esta presentación y de este pequeño ensayo de divulgación jurídica. De un lado, hay razones imperiosas de urgencia, de la necesidad obvia de que el Notario como profesional del Derecho pueda estar al día ante la avalancha de información que nos inunda a cada hora. De otro lado, hay motivos objetivos, implícitos en la enorme tarea de renovación y “aggiornamento” que los juristas catalanes han emprendido para remozar su ancestral Derecho consuetudinario y que se ha traducido en la serie de leyes de reforma y/o sustitución de los preceptos de la “vieja” Compilación de 1960.

Recoger aquí las *decisiones completas* del T.S.J. CATALUÑA parece no es procedente en este momento, dado que cualquiera de los posibles interesados en un tema podrán consultar con provecho seguro la exposición de las sentencias en otros lugares (que, en su caso, se indicarán).

Se va a proceder, por consiguiente, a una apretada *síntesis* de las sentencias civiles aparecidas, con referencia a la verdadera “ratio decidendi” en cada una de ellas.

Tomando en cuenta las premisas precedentes, no es de extrañar que *no* se haga por mi parte ninguna *referencia comparativa* con otras decisiones judiciales habidas en el resto de ESPAÑA en el mismo período de tiempo.

Basten, por tanto, estas aclaraciones previas para una *introducción* al tema enunciado y propuesto.

II. Relación cronológica de las sentencias civiles dictadas por el “Tribunal Superior de Justicia de Cataluña” (años 1989-1992)

A) Vaya por delante mi impresión de que, más o menos tarde, algún organismo autónomo de Cataluña procederá a la publicación completa de *todas* las sentencias

civiles dictadas por su correspondiente “Tribunal Superior de Justicia”. En este momento, lo ignoro*. En consecuencia, esta relación aquí presentada tiene *varias fuentes o procedencias*: una, *fundamental*, la del envío directo por alguno de los Magistrados Ponentes; otra, *complementaria*, por la referencia de algunas Revistas Jurídicas en el tema interesadas (“Revista Jurídica de Catalunya” —*versiones* normal y jurisprudencia—, y “Actualidad Civil” —*sección* Audiencias—) (1).

Ruego, por tanto, al curioso lector disculpe las posibles deficiencias que encontrare.

B) Seguidamente presento el INDICE de las referidas sentencias civiles dictadas durante los años 1989-1992 (2) por el “Tribunal Superior de Justicia de Cataluña”:

1. SENTENCIA DE 4 DICIEMBRE 1989 (BONETA c. OLIVÉ): Sobre cuarta viudal y “any de plor”. Ponente: D. EDUARDO BAJET ROYO.
2. SENTENCIA DE 25 ENERO 1990 (GASA y otro c. SOL): Sobre entrega de legados. Ponente: D. LUIS PUIG FERRIOL.
3. SENTENCIA DE 5 FEBRERO 1990 (PÉREZ BLANCO c. MINGO y PERIS): Sobre servidumbre de luces y vistas, y de vuelo de tendedores. Ponente: D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ.
4. SENTENCIA DE 26 FEBRERO 1990 (LLOPIS c. “TUC CAMBRILS, S.A.”): Sobre rescisión por lesión “ultra dimidium” de compraventa. Ponente: D. LUIS M.^a DÍAZ VALCÁRCEL.

175

* *En prensa* este trabajo, aparece la obra del Magistrado Dr. LLUIS PUIG I FERRIOL, titulada *Jurisprudencia civil del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya*, volum. I (anys 1989-1992) ed. del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, primera edición, mayo de 1994, un volumen de 828 páginas.

(1) Esa dispar procedencia aludida justifica el que en algunos casos *no consigne* (o indique X c. Y) los nombres de los litigantes, por no serme conocidos: lo cual no suele ser habitual en mi manera de presentar las sentencias.

En la referencia de las sentencias, debe entenderse que *en los casos en que no cito la publicación* la sentencia me fue facilitada por el propio “Tribunal Superior de Justicia” de Cataluña.

(2) Esta relación aparece *cerrada al día 31 enero 1993*, y abarca lo publicado y llegado a mi poder *hasta* tal fecha: R. J. Cataluña (los 4 fascículos de 1992), R. J. Cataluña —Jurisprudencia— (I, II, III y IV de 1992), A. C. Audiencias (n.º 2, 16 al 31 enero 1993).

5. SENTENCIA DE 28 MAYO 1990 (PROUS RABADÁ c. PROUS SEVERO): Sobre Heredamiento, y transmisibilidad de la condición de heredero. Ponente: D. LUIS PUIG FERRIOL.
6. SENTENCIA DE 7 JUNIO 1990 (CARALT y SEMPERE c. "KAPA, S.A."): Sobre dación en pago, y rescisión por lesión "ultra dimidium". Ponente: D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ.
7. SENTENCIA DE 21 JUNIO 1990 (hermanos R. C. c. JOSÉ R.C.): Sobre testamento notarial, y art. 101 CDC. CAT. Ponente: D. JOSÉ A. SOMALO GIMÉNEZ.
8. SENTENCIA DE 2 JULIO 1990 (ANTONIO P. F. c. NATALIA B. D.): Sobre donaciones producidas durante una convivencia habitual no matrimonial, y arts. 13 y 17 CDC. CAT. Ponente: D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ.
9. SENTENCIA DE 22 NOVIEMBRE 1990 (PONS c. CARRERA y OTROS): Sobre Heredamiento preventivo a favor de hijos nacederos, y sustitución fideicomisaria "si sine liberis decesserit". Ponente: D. LUIS PUIG FERRIOL.
10. SENTENCIA DE 13 DICIEMBRE 1990 (LLORENS c. CALAFELL): Sobre servidumbre de luces y vistas, de desagües y de vuelo de tubos. Ponente: D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ.
11. SENTENCIA DE 20 DICIEMBRE 1990 (FRANCÉS c. COUPET): Sobre rescisión por lesión u. d. en compraventa. Ponente: D. LUIS M.^a DÍAZ VALCÁRCEL.
12. SENTENCIA DE 7 FEBRERO 1991 (MORA c. LARROSA y otros): Sobre cofiadores solidarios en póliza de crédito, y responsabilidad por deudas hereditarias. Ponente: D. LUIS PUIG FERRIOL.
13. SENTENCIA DE 18 FEBRERO 1991 (VILTRO c. MACHIO y otros): Sobre filiación paterna no matrimonial. Ponente: D. JOAQUÍN BADÍA TOBELLA.
14. SENTENCIA DE 4 MARZO 1991 (SOPRANIS y otros c. ROS): Sobre entrega de legados, mejoras en bienes del fideicomiso y complemento de legítima. Ponente: D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ.
15. SENTENCIA DE 21 MARZO 1991 (hermanos BOSCH c. J. BOSCH):

Sobre reclamación de legítima. Ponente: D. LUIS M.^a DÍAZ VALCÁRCEL.

16. SENTENCIA DE 29 MAYO 1991 (x c. y): Sobre compraventa “a carta de gracia”. Ponente: D. LUIS M.^a DÍAZ VALCÁRCEL.
17. SENTENCIA DE 11 JULIO 1991 (FRANCISCO c. “P., S.A.”, “G., S.A.” y “F., S.A.”): Sobre arrendamiento con opción de compra. Ponente: D. LUIS PUIG FERRIOL.
18. SENTENCIA DE 22 JULIO 1991 (JORDI B. M. c. MARTA T.A.): Sobre reclamación de paternidad extramatrimonial. Ponente: D. JOAQUÍN BADÍA TOBELLÀ.
19. SENTENCIA DE 22 JULIO 1991 (RAMÓN c. JUAN y ANTONIA): Sobre delimitación de fincas colindantes y accesión. Ponente: D. JOSÉ A. SOMALO GIMÉNEZ.
20. SENTENCIA DE 31 JULIO 1991 (ASUNCIÓN J. O. c. EDUARDO P. G.): Recurso de revisión ex A. 1796-1.º LEC. Ponente: D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ.
21. SENTENCIA DE 1 OCTUBRE 1991 (X c. Y): Sobre testamento notarial y suicidio posterior del testador, y preterición errónea. Ponente: D. LUIS M.^a DÍAZ VALCÁRCEL.
22. SENTENCIA DE 7 OCTUBRE 1991 (C. c. F.): Sobre rescisión por lesión u. d., y el punto de conexión aplicable. Ponente: D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ.
23. SENTENCIA DE 22 OCTUBRE 1991 (Banco X c. Don ANTONIO e hijos): Sobre deuda solidaria y reclamación de cantidad por el Banco X, insolvencia posterior a sentencia firme en procedimiento ejecutivo, ejercicio de Acción subrogatoria y otros extremos. Ponente: D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ.
24. SENTENCIA DE 28 OCTUBRE 1991 (X c. Y): Sobre interpretación de cláusula testamentaria (sustitución fideicomisaria de residuo, sustitución preventiva de residuo). Ponente: D. JOSÉ A. SOMALO GIMÉNEZ.
25. SENTENCIA DE 31 OCTUBRE 1991 (Doña CONSUELO y esposo c. Don MIGUEL y otros): Sobre acción de nulidad de contratos de compraventa a carta de gracia y opción de compra. Ponente: Don LUIS M.^a DÍAZ VALCÁRCEL.

26. SENTENCIA DE 12 NOVIEMBRE 1991 (X c. Y): Sobre causa de liberalidad en contrato de compraventa y lesión u. d. Ponente: D. JOAQUÍN BADÍA TOBELLÀ.
27. SENTENCIA DE 19 NOVIEMBRE 1991 ("P., SAE.", c. "SAV"): Sobre reconocimiento del derecho a percibir una pensión o canon sobre el volumen de agua comercializada que mana de unas fincas, regulación pactada igual a la de los censos enfitéuticos, y otros extremos. Ponente: D. JOAQUÍN BADÍA TOBELLÀ.
28. SENTENCIA DE 7 ENERO 1992 (Doña JUANA c. Don BALTA-SAR y otros): Sobre validez jurídica de testamento abierto notarial regido por la CDC. CAT. con intervención de dos testigos, faltando en la matriz la firma de uno de ellos. Ponente: Don JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ.
29. SENTENCIA DE 30 ENERO 1992 (Banco X c. Don MANUEL, esposa y otros): Sobre contrato de donación efectuada por los deudores, y ejercicio de la acción de rescisión por fraude de acreedores. Ponente: D. JOSÉ A. SOMALO GIMÉNEZ.
30. SENTENCIA DE 10 FEBRERO 1992 (Don S., socio, c. "CLUB X"): Sobre acuerdo de proclamación de Junta Directiva con infracción de normas reglamentarias o de preceptos estatutarios. Ponente: D. LUIS PUIG FERRIOL.
31. SENTENCIA DE 7 ABRIL 1992 (Doña C. c. Don F.): Sobre cuestión de competencia entre juzgados de distintas provincias catalanas en orden al fuero legal en proceso de separación conyugal. Ponente: D. JOAQUÍN BADÍA TOBELLÀ.
32. SENTENCIA DE 25 ABRIL 1992 (R. c. P.): Sobre abono de mejoras por el vencedor en la posesión, aplicación de criterios valoristas y otros extremos. Ponente: D. LUIS M.^a DÍAZ VALCÁRCEL.
33. SENTENCIA DE 4 MAYO 1992 (X. c. Y): Sobre impugnación de costas por indebidas. Ponente: D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ.

34. SENTENCIA DE 8 JUNIO 1992 (Doña MARÍA C. c. Don JOSÉ C. P. y otros): Sobre causa de liberalidad en contrato de compraventa entre hermanos, y rescisión por lesión u. d. Ponente: Don JOSÉ A. SOMALO GIMÉNEZ.
35. SENTENCIA DE 6 JULIO 1992 (Don JOSÉ ANGEL c. Doña X.): Sobre reclamación de paternidad extramatrimonial. Ponente: D. LUIS M.^a DÍAZ VALCÁRCEL.
36. SENTENCIA DE 16 JULIO 1992 (RUBIO c. ROYES): Sobre disolución de comunidad, y donación entre cónyuges en Derecho Civil Catalán. Ponente: D. LUIS PUIG FERRIOL.
37. SENTENCIA DE 3 SEPTIEMBRE 1992 (Don MIGUEL G. S. c. Don FERMÍN G. S.): Sobre reclamación de legítima y la existencia de litis-consorcio pasivo necesario. Ponente: D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ.
38. SENTENCIA DE 20 OCTUBRE 1992 (D. Josep R. B. c. D. Juan S. P.): Sobre compraventa de inmuebles y rescisión por lesión “ultra dimidium”. Ponente: D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ.
39. SENTENCIA DE 23 NOVIEMBRE 1992 (D.^a A. c. B.): Sobre reclamación de legítima, valoración del caudal e intereses de la legítima. Ponente: D. JOSÉ A. SOMALO GIMÉNEZ.
40. SENTENCIA 30 NOVIEMBRE 1992 (D. Carlos C. S. c. Otros): Sobre sustitución fideicomisaria y heredamiento preventivo. Ponente: D. LUIS M.^a DÍAZ VALCÁRCEL.

179

C) Resumen a continuación las *cuarenta* sentencias en forma muy sintética y abreviada, procurando dar una perspectiva de los *hechos* objeto del litigio y ofrecer la decisión con *el fundamento jurídico* que le sirve de base (3).

(3) En el ANEXO a continuación del trabajo aquí presentado se ofrece una visión panorámica de este bloque de sentencias dando relieve a la técnica argumentativa empleada por cada PONENTE, a la dosis de racionalidad jurídica de cada fallo y a la verdadera “ratio decidendi”.

En algunos casos en que la presentación y/o publicación de las sentencias no ofrece *los antecedentes de hecho*, o cuando no quepa deducirlos de las argumentaciones del Magistrado Ponente, la perspectiva “fáctica” va a quedar ciertamente amputada de lo esencial o reducida al mínimo posible.

1. S. DE 4 DICIEMBRE 1989.

Hechos: La demandante, viuda del segundo matrimonio de Don Antonio, demanda a los tres hijos del primer matrimonio del difunto. Suplica al Juzgado *se declare* su derecho a recibir la cuarta marital en la herencia de su marido, y *se condene* a los demandados a formar un lote de bienes inmuebles de la herencia integrando la cuarta parte, a ceder a la actora la propiedad de dicho lote, junto con la cuarta parte de los frutos de los bienes inmuebles de la herencia, y a pagar a la actora la cantidad de 2.400.000.- Ptas. en concepto de alimentos debidos por el “any de plor”...

El Juzgado *estimó parcialmente* la demanda, condenando a los demandados a pagar a la actora como “any de plor” 50.000.- Ptas. mensuales desde ... al ..., y *desestimando* las peticiones restantes.

180 Tanto la parte actora como los demandados interpusieron sendos recursos de apelación ante la Sección correspondiente de la Audiencia Provincial. La Audiencia resuelve ambos recursos en el sentido siguiente: *estimar parcialmente* la apelación de la parte actora, confirmando la sentencia de primera instancia, excepto en lo relativo al “any de plor” que deberán abonar los demandados en la cuantía de 1.310.000.- Ptas; *desestimar* el recurso de los demandados; y *sin* hacer condena en costas en ninguna de las instancias.

Contra esta sentencia la actora interpuso recurso de casación.

Fundamento del fallo del T.S.J.: El Tribunal *desestima* los motivos 1.º (infracción del art. 23 L.A.U.), 2.º (infracción del art. 149 CDC. CAT.), 3.º (regulación restrictiva y discriminatoria de los derechos sucesorios del viudo en la CDC. CAT.) y 4.º (infracción del art. 147 CDC. CAT.).

El Tribunal *estima el recurso por lo que al motivo 5.º se refiere* —en el que denuncia infracción del art. 24 CDC. CAT., por cuanto la sentencia recurrida resta del importe

del “año de luto” el numerario recibido por la viuda como prelegataria de la herencia— y considera que este “año de luto” (“any de plor”) no es un derecho de alimentos, ni tampoco tiene carácter legitimario: se trata de un derecho autónomo y temporal, contemplado “ex lege” y establecido en función del régimen de separación de bienes, que nace del estado civil matrimonial. Este derecho matrimonial “mortis causa” se puede materializar y concretar en un crédito y satisfacerse en dinero o mediante la adjudicación de bienes concretos por acuerdo de los propios interesados.

El Tribunal entiende que a la viuda no se le pueden *detraer* (4) las cantidades recibidas como legataria de la herencia y que, por tanto, la viuda actora —aquí recurrente— deberá recibir por cuenta de la herencia, sin que se le pueda restar ninguna cantidad, el importe de 2.400.000.- Ptas.

El Tribunal *desestima* las restantes pretensiones del recurso y *no hace* condena en costas, acordando que, en cuanto a las costas del recurso de casación, cada parte pague las suyas.

181

2. S. DE 25 ENERO 1990.

Hechos: Doña Luisa (viuda de Don José), en nombre propio y como representante legal de sus hijos menores de edad, formuló una *relación privada* de los bienes relictos de la herencia de su esposo en fecha 26.2.1945, interesando del Registro de la Propiedad la inscripción de los bienes hereditarios a favor de los hijos instituidos herederos y que se dejase en suspenso la inscripción de los legados en propiedad y en usufructo a favor de la viuda hasta que por parte de los herederos se otorgare la correspondiente escritura pública de entrega de los legados ordenados a su favor.

(4) En la sentencia se dice “retreure”, y en alguna versión castellana se lee “retraer”: entiendo se trata de una *errata mecanográfica* fácil de subsanar (“detraer” por “retraer”).

Por parte de Doña Luisa y de su hijo Don A. se formula demanda contra la coheredera Doña C., solicitando se dicte sentencia condenando a la demandada al otorgamiento de la correspondiente escritura pública de entrega de los legados ordenados a favor de la viuda.

El Juzgado *estima* la demanda en todas sus partes, con condena en costas a la demandada.

La Audiencia Provincial *confirma* íntegramente la sentencia recurrida, con expresa imposición de costas a la recurrente.

Contra la sentencia de la Audiencia la demandada formula recurso de casación articulado en cinco motivos, básicamente reducidos: a denunciar la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la falta de legitimación activa del code mandante Don A., a suponer la existencia de un litisconsorcio pasivo entre los coherederos obligados a la entrega de los legados, a denunciar el hecho de hallarse la madre en posesión de las fincas legadas, a la inaplicación de la prescripción de 30 años, y a la incongruencia.

Fundamento del fallo del T.S.J.: El Tribunal procede a la *desestimación total* de los motivos del recurso, con imposición de las costas a la recurrente.

Considera el Magistrado Ponente que el testador legaba a su esposa el usufructo universal de la herencia, y que el art. 222-3.º CDC. CAT. establece sin ningún género de dudas que “el legatario podrá tomar por sí mismo posesión de la cosa o el derecho legado cuando se trate de usufructo universal”, disposición plenamente aplicable al presente caso y que sanciona una práctica tradicional catalana... En consecuencia, está claro que la viuda se ha posesionado legítimamente de los bienes hereditarios en base a la disposición del A. 222-3.º CDC. CAT.

Adquirida legítimamente la posesión por la legataria desde la muerte del marido, no cabe entender que la *petición del suplico* de la demanda (que se condene a la de-

mandada aquí recurrente a otorgar la escritura pública de entrega de legados) haya prescrito... y la subsistencia de su derecho dominical (legados en propiedad) y de su derecho de usufructo implica la facultad de poder pedir el otorgamiento de la escritura pública que exige el A. 81 R. H.

3. S. DE 5 FEBRERO 1990.

Hechos: Por parte de los padres del demandante se procedió a la segregación de una parcela y a la posterior cesión de la misma a un constructor a cambio de dos pisos del edificio a construir. En la escritura de declaración de obra nueva en régimen de propiedad horizontal del edificio resultante: no aparecía referencia alguna a la constitución de servidumbre a favor del edificio o de elemento alguno que legitime tres ventanas del piso primero abiertas sobre el predio de los dueños primitivos (tesis de la parte actora); aunque sí había un plano grafiado antes del otorgamiento de la escritura relativo a la construcción del edificio en el que las tres ventanas dan a un patio mancomunado del edificio, además de que la venta del piso 1.º se hizo *antes* de la construcción del edificio (tesis de la parte demandada).

183

El hijo de los vendedores primitivos *demand*a a los propietarios del piso 1.º del edificio y al Presidente de la "Comunidad de Propietarios" de la finca, y *solicita* se dicte sentencia por la que: 1) se declare la inexistencia de servidumbre predial alguna y especial de luces y vistas y de vuelo de tendadero, que graven el predio del actor en favor del piso 1.º del edificio de ... y del edificio en su totalidad; 2) se condene a los propietarios de dicho piso 1.º a cegar, a sus costas, las tres ventanas que tienen abiertas en aquel piso, que miran hacia la finca del actor, por las que reciben vistas y luces sin derecho alguno; 3) se condene a los demandados a que, a sus costas, retiren los hierros tendaderos de ropas, que tienen instalados en las mencionadas ventanas, que cuelgan sobre el predio del actor; 4) se condene

a los demandados a que satisfagan al actor el importe de los daños y perjuicios causados, dejando para la ejecución de sentencia el establecimiento de las bases para la liquidación y su cuantía; 5) se condene a los demandados al pago de las costas del litigio.

El matrimonio demandado (propietario del piso 1.º del edificio) contestó y se opuso a la demanda, formulando a su vez *demanda reconvenzional* por la que *se solicita* que *se declare*: 1) que la finca de los demandados (piso 1.º de la casa ...) ostenta los derechos reales de servidumbre de luces y vistas, en calidad de predio dominante, sobre la finca propiedad del actor, como predio sirviente ... y ello a través de tres ventanas, a saber ...; 2) que debe otorgar escritura pública de reconocimiento de tales servidumbres ...; 3) que para la efectividad de tales servidumbres el demandante (demandado reconvenzional) deberá construir una androna enfrente de cada ventana, hasta el suelo de su solar ... debiendo para ello derruir la planta baja que en su dicho solar ha construído indebidamente ...; 4) que, subsidiariamente, para el caso improbable de que se admitiere la servidumbre de luces, pero no la de vistas, deberían establecerse las propias andronas a partir ...; 5) y también subsidiariamente, para el caso improbable de denegarse todo lo que antecede, declarar que los demandados, como propietarios de la finca referida, tienen derecho por accesión invertida a adquirir del actor, por el precio que se determinará en ejecución de sentencia, segregándolo de la finca del actor, una franja de terreno en el suelo o en el vuelo que el Juzgado tenga a bien determinar y que permita la libre utilización de dichas ventanas a los fines de ventilación, luces y vistas; y *condenando* al actor a estar y pasar por estas declaraciones y a otorgar las escrituras públicas pertinentes, y, además, *imponiéndole* las costas de este juicio.

El Juzgado de Primera Instancia, por sentencia de 12.2.1987, *estima íntegramente* la demanda y hace *declaración* expresa de todos los pedimentos (1 al 5) de la misma.

La Audiencia Provincial, *revoca* la sentencia de primera instancia y, con rechazo de la demanda y estimando la apelación, *acoge* la demanda reconvenzional y *declara* los pedimentos 1 a 3 de la misma. No *acoge* los pedimentos 4 y 5. Y no hace especial pronunciamiento en costas.

Por la parte demandante se interpuso recurso de casación basado en once motivos, que cabe reducir a las denuncias siguientes: de infracción por interpretación errónea del art. 1.253 C.c. en orden a las presunciones judiciales, por error en la apreciación de la prueba que resulta de los documentos aportados en autos, por interpretación errónea del art. 1.218-1.º C.c., por aplicación indebida del art. 541 C.c. al Derecho Civil de Cataluña, por interpretación errónea del citado art. 541 C.c. en especial en cuanto al requisito de establecimiento del signo por el propietario de ambos predios, por error en la apreciación de la prueba, por interpretación errónea del art. 283-p. 4 y 5 CDC. CAT., por infracción del art. 293-p. 2 CDC. CAT., y otros varios.

185

Fundamento del fallo del T.S.J.: El Tribunal parte (F.J. 2.º) de la calificación, como operación previa, de la operación jurídica de la cesión de los padres del demandante al constructor a cambio de la obligación de edificar y de entregar como contraprestación unos elementos de la construcción. Considera acertadamente que “se trata de una manifestación del supuesto jurídico conocido como cesión de solar para construir a cambio de locales o pisos en el edificio construido, frecuente en la práctica, detenidamente estudiado en la doctrina científica, y contemplado en diversas sentencias del Tribunal Supremo”. Analiza las diversas posiciones jurisprudenciales, acepta la configuración que la sentencia recurrida dá al contrato como de *permuta* y concluye que no cabe aplicar el art. 541 por falta de uno de los requisitos esenciales (pertenencia al mismo dueño de los predios dominante y sirviente). Por todo lo cual, procede a la estimación del motivo 5.º (que denuncia la interpretación

errónea del art. 541 C.c.) *EN FORMA PARCIAL*, pero no acoge los restantes motivos 8.º (infracción del art. 541 C.c.), 4.º (aplicación indebida del art. 541 C.c.), 1.º (art. 1.253 C.c. y presunciones judiciales), 7.º (interpretación errónea del art. 1.253 C.c.), 2.º (error en la apreciación de la prueba) y 3.º (infracción del art. 1.218 C.c.).

En el F.J. 4.º *se rechaza el motivo 9.º* (error en la apreciación de la prueba).

En el F.J. 5.º *se rechaza el motivo 10.º* (infracción por interpretación errónea del art. 283-p. 4 y 5 CDC. CAT.), por ser preceptos que nada tienen que ver con el tema debatido.

En el F.J. 6.º *se rechaza el motivo 11.º* (infracción del art. 293-2.º CDC. CAT.) por cuanto dicho precepto invocado no hace referencia a ninguna servidumbre “strictu sensu” sino a lo que en la doctrina moderna se denominan *límites*, en tanto que integrantes del régimen normal u ordinario de la propiedad.

Es *el F.J. 3.º* el que *es básico* y el que lleva a la “ratio decidendi”, argumentando el Ponente (5) que “*No obstante lo razonado en el F.J. anterior, es evidente la existencia del derecho real de servidumbre a favor del piso de los demandados y a cargo de la finca propiedad del autor reconvenido, cuyo establecimiento tuvo lugar por pacto, formando parte integrante de la compleja operación jurídica de cesión del solar a cambio de dos pisos de la edificación ..., título que tiene su apoyo jurídico en el art. 594 C.c.; y cuyo carácter prioritario sobre cualquier otro...* hubiera excusado del examen de la aplicación del art. 541 del propio Cuerpo legal ...” *Rechaza*, por tanto, *el motivo 6.º* (infracción del art. 1.253 C.c.). Afirma la existencia del consentimiento, “quaestio facti”, de la apreciación exclusiva del Juez “a quo”, y entiende que nada obsta a la validez del negocio

(5) Los subrayados son míos (J.C.G.): El F.J. *es larguísimo* y de dificultad extrema en orden a su breve resumen.

de constitución de servidumbre a favor de los pisos de un edificio por construir (con argumento comparativo referido al art. 1029 C.c. italiano). Concluye que “*Con la solución adoptada no se altera el objeto del pleito ni se sustituyen las cuestiones objeto de debate ... En la sentencia de instancia, aunque se opta por otra solución, se recoge de modo incontrovertible el dato fáctico del consentimiento o asentimiento de los dueños del predio sirviente, por lo que en todo caso la calificación de los hechos forma parte del “iura novit curia”; y sin que el hecho de estimarse la casación por ser inaplicable el art. 541 C.c. deba conducir a la simple solución de dejar sin efecto la sentencia de la Audiencia, pues el Tribunal Superior que conoce del recurso ha de optar por la decisión alternativa que corresponda ...*”.

Finalmente, en el F.J. 7.º se dice que “*No es preciso casar la sentencia de instancia cuando la que haya de dictarse habría de contener el mismo fallo aunque lo fuera por distintos fundamentos (SS. del T.S. de 25 marzo 1981, 15 febrero 1982 y 4 julio 1984, entre otras); y, al no haber lugar al recurso se imponen las costas al recurrente... sin pronunciamiento sobre el depósito...*”

187

4. S. DE 26 FEBRERO 1990.

Hechos: El demandante, jubilado y octogenario, entró en negociaciones con la sociedad anónima demandada y procedió a la venta de una finca a favor de dicha sociedad por un *precio escriturado* de algo más de once millones de pesetas. La finca se hallaba ubicada en una zona afectada por un Plan Parcial, con la revalorización consiguiente. Tras un dictamen de un A.P.I. respecto del posible valor de mercado actual, resultaba un precio de mercado de casi treinta y ocho millones de pesetas para la finca vendida. El vendedor, evidenciada la diferencia en más de la mitad del *precio real* de la finca vendida y sintiéndose engañado, entabla la acción rescisoria por lesión “*ultra dimidium*” contra la socie-

dad compradora y solicita del Juzgado se dicte sentencia: 1) declarando la rescisión por lesión u. d. en el precio de la finca vendida, debiendo restituir la sociedad demandada al demandante la mencionada finca con sus frutos y rentas, y a la vez restituir el demandante a la sociedad demandada la cantidad que a cuenta del precio pactado hubiere recibido; 2) reconociendo al adquirente la facultad de enervar la acción rescisoria, entregando al demandante el complemento del precio o valor lesivo, con sus intereses (6), *en la cantidad de veintisiete millones setecientas veinte mil pesetas, o la mayor o menor suma que resultare en la sentencia para tal complemento, que representaría la diferencia entre el precio de la compraventa y el precio justo de la finca en la fecha de su enajenación, sin perjuicio del pago de los plazos que fueren venciendo en la forma establecida en la escritura de compraventa*; 3) *en el caso de que por la sociedad compradora no se optara por tal enervación, deberá otorgar escritura de retroventa de la finca a favor del demandante en el término que por el Juzgado se le fijará en ejecución de sentencia, y si así no lo hiciera, se otorgaría por el Juzgado en su nombre*; 4) condenando a la sociedad demandada a pasar por todo ello y a cumplirlo en la forma alternativa expresada; *imponiendo a la demandada las costas del juicio.*

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia por la que, *con estimación* de la demanda, hace las *declaraciones* relativas a los pedimentos primero y segundo (*salvo* el de la *cuantía* del precio o valor lesivo, que fija en 26.725.130.- Ptas.) y cuarto de la demanda; *no estima* los restantes pedimentos (7); y dispone que cada parte abone las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad.

(6) Atención a *todo lo destacado y subrayado* en este pedimento de la demanda, por lo que luego se dirá.

(7) Esto es, *no acoge* lo que antes he subrayado.

La parte demandada interpuso recurso de apelación ante la Sección de la Audiencia, que dicta sentencia cuyo fallo es: *revocando la sentencia de primera instancia, debemos desestimar y desestimamos la demanda, con expresa imposición a la parte actora de las costas de primera instancia y sin hacer declaración sobre las de este recurso.*

El demandante interpone recurso de casación ante el T.S.J. fundado en cuatro motivos: infracción por aplicación indebida del art. 324 CDC. CAT., infracción por inaplicación del art. 321 CDC. CAT., incumplimiento del art. 323-2.º CDC. CAT., e infracción del art. 323-2.º CDC. CAT.

Fundamento del fallo del T.S.J.: El F.J. 2.º recoge la afirmación de la sentencia recurrida de que “el problema sometido a debate queda reducido a analizar si el enajenante ha sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, y que para apreciar cuál sea éste hay que atender a los criterios del art. 324 (*hoy 323, párrafo segundo*)”. Y, por su parte, el F.J. 3.º recoge las decisiones jurisprudenciales en el sentido de que “la determinación del justo precio es una cuestión de hecho que corresponde apreciar al tribunal de instancia” y de que “para la determinación del justo precio no sólo está el valor en venta que tuvieron las cosas al otorgarse el contrato, sino también un aspecto confrontativo representado por la puesta en relación con otras cosas de iguales o análogas circunstancias, en la respectiva localidad” (reciente Sentencia T.S. de 24 febrero 1988). Finalmente, el F.J. 5.º recoge la *disparidad* de decisiones de las sentencias de primera instancia y de la Audiencia, *apoyados el fallo del Juzgado* en un dictamen pericial y *el de la Audiencia* en una serie de escrituras de compraventa de fincas que estima análogas a la del actor, y *rechaza* el error en la apreciación de la prueba aducido por el recurrente *por no estar basado en documentos litero-suficientes para demostrar el error.*

El Tribunal *rechaza* el recurso, *con imposición de costas.*

5. S. DE 28 MAYO 1990.

Hechos: Don Vicente de Paúl S., *bisabuelo de los dos demandantes*, había muerto en 1961 *sin* haber otorgado testamento y *dejando* como disposición de última voluntad una escritura de capitulaciones matrimoniales de 1927 con motivo del proyectado matrimonio entre su hija única María y Juan P. En la dicha escritura se pactaban un típico Heredamiento a favor de los contrayentes (con los correspondientes pactos) y un Heredamiento a favor de los hijos nacaderos.

La hija única instituida heredera D.^a María había muerto intestada en 1932 y *dejaba dos hijos* —Don José y D.^a Concepción (aquí *demandada*)—: de ellos D. José fallece en 1957 dejando a su vez *dos hijos*, aquí *demandantes*.

190 El heredante y bisabuelo de los actores D. Vicente de Paúl había vendido diversas fincas de su propiedad a su nieta *aquí demandada*, en escrituras de fecha 5.9.1956 y 9.10.1959.

Los demandantes formulan demanda por la que solicitan que se dicte sentencia por la que: 1) *se declare* la nulidad radical y absoluta por simulación y causa falsa de las citadas escrituras de venta a favor de D.^a Concepción, y, subsidiariamente, que se declare la nulidad relativa de las citadas escrituras públicas por el hecho de encubrir una donación en fraude y contravención del heredamiento de 1927, y que, en cualquier caso, se declare la nulidad y cancelación de las respectivas inscripciones registrales; 2) *se declare* que la difunta D.^a María —heredera instituida en capítulos por su padre— *transmitió* su expectativa sucesoria capitular a favor de su hijo primogénito D. José en virtud del Heredamiento Preventivo pactado, *el cual*, por su parte, *transmitió* sus derechos expectantes a sus *dos hijos*, *ahora actores* en este litigio, por partes iguales e indivisas; 3) *se decrete*, como consecuencia, el reintegro de los citados bienes a la *herencia* del difunto Vicente de Paúl, *hoy los de-*

mandantes; 4) se condene a la demandada a esto mismo, con reanudación del tracto sucesivo en el Registro de la Propiedad, a abonar los frutos producidos o debidos producir desde la muerte de D. Vicente de Paúl, a satisfacer a los actores el valor sustitutorio de tales bienes si deviniere imposible el reintegro por haber sido transmitidos a un tercero, y, finalmente, a estar y pasar por todas las declaraciones anteriores y a abonar las costas del pleito. Además, se interesaba la anotación preventiva de la demanda.

La demandada contestó y se opuso a la demanda y, en la parte que interesa a los efectos del recurso, alegaba: 1) que los actores no habían acreditado la condición de herederos de su padre D. José, ni de su abuela D.^a María, ni de su bisabuelo D. Vicente de Paúl; 2) que, en cualquier caso, fallecida su abuela el 22-1-1932, había prescrito el derecho a aceptar la herencia de la misma; 3) que, en todo caso, el heredante hizo uso de las facultades dispositivas que se había reservado en la escritura de Heredamiento (capitulaciones) de 1927, por lo que se negaba el carácter simulado de las compraventas.

191

El Juzgado de Primera Instancia, por sentencia 2-2-1988, desestima totalmente la demanda.

La Audiencia Provincial de Barcelona dicta sentencia de 25-2-1989, desestimando el recurso de los actores y confirmando la sentencia de instancia.

Los demandantes interponen recurso de casación ante el T.S.J., alegando la infracción de los arts. 79, 257, 67.1 y 72.2 CDC. CAT. y la de los arts. 1.253 y 1.261, en relación con los 1.262, 1.274 y 1.275 del C.c.

Fundamento del fallo del T.S.J.: El Magistrado Ponente establece en el F.J. 3.º la premisa relativa a que bajo la denominación de "Heredamiento" se comprenden unas figuras jurídicas muy diferentes, como son los hechos a favor de los contrayentes y los hechos a favor de los hijos de las contrayentes, y que en cualquier caso al instituido en

Heredamiento deberá aplicarse el principio fundamental que aparece en el art. 98 CDC. CAT. según el cual “el llamado a la herencia la adquiere una vez la haya aceptado”, razonando después en orden a la exigencia o no del requisito de la supervivencia del instituido a su causante.

Como consecuencia de lo argumentado previamente, *en el F.J. 4.º* resalta que, *habiendo premuerto D.ª María a su padre heredante y habiendo adquirido ya la condición de heredera de su padre con carácter irrevocable, con su premoriencia determinó que pudiese transmitir a su hijo heredero la condición de heredera contractual que ya había adquirido.* Por lo tanto, en un Heredamiento preventivo (Heredamiento a favor de los hijos de los contrayentes) *el instituido heredero no es heredero del heredante por el solo hecho de haberse otorgado el heredamiento, sino que como consecuencia del heredamiento tiene a su favor un título que le permite suceder a título de heredero al heredante, pero sólo pasará a ser efectivamente heredero si acepta su herencia...* El heredamiento preventivo exige la supervivencia del instituido al heredante, y por consiguiente el instituido sólo podrá aceptar eficazmente la herencia después de su muerte (heredante) y desde el momento en que se produzca la delación de la herencia ...

El F.J. 5.º recuerda cómo a la muerte en 1932 de D.ª María, la herencia fué deferida a su hijo D. José, que desde ese momento podía aceptar o repudiar la herencia —en la que vendría *incluída* la condición de heredera contractual de D. Vicente de Paúl—. Por consiguiente, si la voluntad de aceptar la herencia de la citada causante (D.ª María) se ha manifestado extemporáneamente, por haber alegado la parte demandada la *excepción* de prescripción en base al art. 257 CDC. CAT., de aquí resulta que los actores han dejado prescribir el derecho a aceptar la herencia de D.ª María ...

El Tribunal *desestima totalmente* el recurso, *con imposición de costas.*

6. S. DE 7 JUNIO 1990.

Hechos: El demandante y su madre, para asegurar el cumplimiento de unas cambiales, hicieron el 1-6-1984 escritura de dación en pago de cierta finca a la sociedad demandada, negocio condicionado suspensivamente al *hecho de que*, por todo el día 30 de noviembre de 1984, Don C. (API) *no hubiera vendido la finca por precio no inferior a* quince millones de pesetas (porque había sido autorizado a realizar dicha venta, con anterioridad a la citada cesión, en determinadas condiciones...). La finalidad de la condición era la de verificar la venta de la finca a su valor real y comercial en aquel momento, o sea, por la suma de 48.872.000 Ptas., y con ello quedar liquidada la deuda con la sociedad, y el resto hacerlo efectivo a los vendedores. El A.P.I. exclusivista no efectuó la operación.

En la escritura referida se hacía constar que “para acreditar el cumplimiento de la condición se hará constar en Acta notarial haber transcurrido el plazo fijado sin haberse constituido en poder del fedatario autorizante el depósito aludido” ...

El levantamiento de la cláusula suspensiva lo hizo el demandante Don I. el 8-4-1986, previo requerimiento de la sociedad adjudicataria, con entrada en el Registro de la Propiedad el 18-12-1986: con lo que la transmisión de la propiedad derivada de la dación en pago quedó firme.

Dado que la adjudicación en pago fué (el 1-6-1984) por la cantidad de 14.422.901 Ptas., y la venta en firme fué en 18-12-1986 por importe de 48.872.000 Ptas., el precio de adjudicación fué inferior a la mitad de su valor en venta, por haberse adquirido por 34.449.099 Ptas. (resultado de restar de los 48.872.000 Ptas. los 14.422.901 Ptas.). En consecuencia, Don I. y su madre formulan la demanda contra la sociedad adjudicataria solicitando del Juzgado en 1987 que se dicte sentencia por lesión “ultra dimidium” en el precio de la venta de la finca.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia por la que, *desestimando* la demanda, *declara absuelta* de ella a la sociedad demandada, *con* imposición de costas.

La Audiencia Provincial resuelve el recurso de apelación de los demandantes y dicta sentencia: *estimando* el recurso, *deja sin efecto* la sentencia y *sin* imposición de costas en ninguna de las instancias; y, *con estimación de la demanda*, *rescinde* el negocio jurídico citado y *condena* a la demandada a restituir la nuda propiedad y el usufructo sobre la finca objeto del negocio a los demandantes, *cuando éstos le hagan entrega de 14.422.901 Ptas., a no ser que opte por completar el precio justo de dicha finca mediante la entrega a los demandantes de la diferencia entre aquella suma y la de 47.405.840 Ptas.*

La sociedad demandada interpuso recurso de casación ante el T.S.J., fundado en dos motivos, basados en la infracción de los arts. 344 y 2 del Co. Co. (en relación con el art. 4.1 C.c.), y del art. 321.2 CDC. CAT.

194

Fundamento del fallo del T.S.J.: El Magistrado Ponente resume los hechos en el F.J. 1.º En los FFJJ. 2.º y 3.º analiza el motivo 1.º del recurso, *que rechaza en su totalidad*, por fallar la premisa fundamental de la que parte la tesis del recurrente de entender que la operación jurídica objeto del litigio tiene carácter mercantil. Entiende que el negocio jurídico básico del pleito constituye una dación o adjudicación en pago (“*datio in solutum*”), de variada problemática y polémica naturaleza jurídica; considera las posturas de la jurisprudencia del T.S. y la problemática posibilidad de la compraventa mercantil de inmuebles, concluyendo que la operación jurídica cuestionada —cuyo único propósito era el de liquidar una deuda existente, y *no* una operación de lucro— no tiene carácter mercantil; entiende que la s. de 3 diciembre 1981 del T.S. se refiere a supuesto distinto y, finalmente, no entra en el estudio del art. 344 Co. Co. en su incidencia respecto del art. 321.2 CDC. CAT., porque

“todo lo que se pudiera decir no dejaría de ser ‘obiter dicta’, dado que la ‘ratio decidendi’, en el caso, coincidiendo totalmente con la resolución recurrida, es la consideración de civil, y no mercantil, de la operación jurídica objeto de la litis”.

En el F.J. 4.º analiza el *motivo 2.º* del recurso en el que —partiendo de que en el contrato de “insolutación” existe un matiz de aleatoriedad— considera que, por aplicación del art. 321.2 CDC. CAT., se excluye la operatividad de la rescisión por lesión. *Motivo que también se rechaza.*

Por lo tanto, queda *rechazado* el recurso; *con* imposición de las costas.

7. S. DE 21 JUNIO 1990.

Hechos: Don Antonio había fallecido en 1987, habiendo otorgado testamento notarial en 1985 en el que instituye heredero a su hijo José. Los otros hijos, Pedro y Antonia, formulan demanda contra José, y *solicitan del Juzgado* se declare la nulidad del testamento en base a que —según los actores— su padre padecía una grave perturbación mental que le incapacitaba para medir el alcance de sus actos y que, en consecuencia, se declare que deben entrar en funcionamiento las disposiciones hereditarias de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por su causante en 1946.

El Juzgado de Primera Instancia *estima* la demanda.

La Audiencia Provincial acoge el recurso de apelación del demandado y *desestima* la demanda.

Los demandantes interponen recurso de casación ante el T.S.J. denunciando la infracción, por inaplicación, de los arts. 101 CDC. CAT. y arts. 663 y 665 C.c., y, por aplicación indebida, de los arts. 685 y 695 (en relación con el citado 665) del C.c.

Fundamento del fallo del T.S.J.: El Ponente *examina los motivos* del recurso *en orden inverso* al presentado, *por*

razón de método, y en FFJJ. 2.º y 3.º analiza el 2.º motivo, que denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del juzgador, señalando dos certificados médicos aportados, expresivos de un síndrome de demencia senil y desorientación y de un trastorno psicopático probablemente paranoico, respectivamente. El Ponente parte de la naturaleza especial del recurso de casación —que *NO ES* una tercera instancia— y del examen de los citados dictámenes médicos comparados con otros medios probatorios: *los informes médicos no son* equiparables a los *documentos*, a los efectos de la demostración del error padecido por el juzgador, y, además, la valoración conjunta de la prueba es misión encomendada exclusivamente a los Tribunales de instancia. Todo lo cual le lleva a *sostener*, en el caso, la apreciación valorativa fáctica realizada por la Sala de apelación a quien corresponde la revisión tanto de las apreciaciones de hecho como de la aplicación del derecho realizado en la primera instancia. Lo que conlleva la *desestimación* de dicho motivo 2.º del recurso.

En F.J. 4.º examina el *motivo 1.º* del recurso y los Artículos que se consideran infringidos: todos ellos *incluidos* en las disposiciones referidas a la capacidad para testar y a la forma que deben revestir los testamentos en general y el testamento abierto en particular. *El motivo dá por supuesta la incapacidad* y con esta base se alega la inaplicación o la aplicación indebida de los Artículos citados: ahora bien, rechazado el motivo 2.º, queda inalterada la apreciación fáctica de la sentencia recurrida, lo que conduce indefectiblemente también a la *desestimación del motivo 1.º* Cita las sentencias del T.S. de 7 octubre 1982 y de 10 abril 1987, que acogen la idea tradicional del “favor testamenti” y, ajustándose a ella, considera que “la aseveración notarial respecto a la capacidad del otorgante, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial —sic—, adquiere una especial relevancia de certidumbre y constituye una enérgica

presunción 'iuris tantum' de aptitud sólo destruible por una evidente prueba en contrario; la cuestión referente al estado mental del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia" ...

Por todo lo cual, procede *desestimar* el recurso, *con* imposición de costas.

8. S. DE 2 JULIO 1990.

Hechos:

I. Comienza el Ponente en su F.J. 1.º diciendo "*La insuficiencia fáctica de las Sentencias dictadas en ambas instancias —sic— (8) y la necesidad de una relación sencilla pero clarificadora de los principales aspectos de hecho de la problemática litigiosa a fin de centrar adecuadamente los temas objeto de debate, exige sentar las apreciaciones siguientes: ... (9).*"

1) *Don Antonio*, casado con D.^a Josefa, se separó de hecho en 1976 y de derecho en 1979, obteniendo en 1983 disolución del vínculo por divorcio.

D.^a *Natalia*, casada con D. Francisco, celebra con éste en otoño de 1975 un convenio de separación, obteniendo la separación legal en 1980 y el divorcio en 1982 (pero la resolución sólo devino firme a finales de 1984).

2) *Don Antonio* y D.^a *Natalia* *comenzaron en verano de 1975 unas relaciones de íntima convivencia*, cuya duración fué de casi nueve años.

Durante dicha convivencia se produjeron una serie de *adquisiciones inmobiliarias*: unas, escrituradas e inscritas exclusivamente a favor de D.^a *Natalia* en calidad de compra-

(8) Los subrayados son míos (J. C. G.). Aunque el F.J. es muy largo, la importancia de los hechos apreciados es fundamental.

(9) Me he permitido alterar el *orden* presentado por el Ponente, para atender a la presentación de los hechos casi *cronológicamente*, para facilitar así la tarea del paciente lector.

La exposición se hace más detallada en razón de las interesantes circunstancias que concurren en el caso debatido.

dora; otra (1980), en escritura en la que consta que "Don Antonio y su esposa (!) D.^a Natalia compran por mitad y en proindiviso, una torre..."; y otra (1983), en escritura en que los citados "casados en régimen de separación de bienes" (sic), adquieren por mitad e indivisamente...

3) Don Antonio y D.^a Natalia, por escrituras de 15 noviembre 1983, *acuerdan extinguir las comunidades de las fincas* (citadas en ap. 2)), quedando Don Antonio como único titular a cambio de unas contraprestaciones en dinero.

4) *Producida ya la ruptura de la relación de convivencia, Don Antonio FORMULA EN SEPTIEMBRE DE 1985 DEMANDA contra D.^a Natalia y otros, en la que solicita la declaración de nulidad de las donaciones de las fincas registrales... (las adquiridas exclusivamente por D.^a Natalia) y de los correspondientes contratos, documentos y escrituras, por dolo y causa ilícita. D.^a Natalia se opone y formula reconvención solicitando la rescisión por lesión "ultra dimidium" de los denominados contratos de extinción de comunidad.— El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia el 9-5-1986, por la que: en cuanto a la demanda principal, declara que los contratos referentes a las fincas... (las adquiridas exclusivamente por D.^a Natalia) lo fueron de donación, con causa torpe pero sin ninguna restitución ("por no constituir delito ni falta y estar la culpa por parte de ambos contratantes"), y en cuanto a la reconvención se desestima ("... los inmuebles adquiridos lo fueron con aportación dineraria únicamente del actor...").— Apelada por ambas partes la sentencia, la Audiencia Territorial dicta sentencia en 1987, en la que sustancialmente se separa de la de instancia en el particular de declarar la validez de las donaciones haciendo exclusión de la apreciación de la causa torpe apreciada en la instancia, y en orden a la reconvención dice explícitamente que "ha quedado plenamente demostrado que las mitades indivisas de las fincas que figuraban a nombre de la reclamante pertenecían al reconvenido ...".*

II. Dado el resultado *desfavorable* del pleito reseñado para D. Antonio, *SE FORMULA POR ÉSTE DEMANDA* contra D.^a Natalia en la que se solicita del Juzgado que: *se declare* que la demandada *es tan sólo propietaria aparente* de las fincas registrales... (las adquiridas *exclusivamente* por D.^a Natalia), por haber adquirido dicha propiedad en méritos de un negocio fiduciario concertado con el demandante, quien ha sido siempre el propietario material de dichas fincas. *Subsidiariamente, para el supuesto que se entendiere que dichas fincas habían sido donadas* por Don Antonio a D.^a Natalia, *se declare revocada dicha donación* al haberse negado D.^a N. a contraer matrimonio con Don A. en contemplación del cual se efectuó dicha donación. *Y, en ambos casos, que se condene a la demandada a otorgar* escritura pública restituyendo al actor la propiedad material de las fincas reseñadas en el pedimento 1.º, con el apercibimiento de que, de no otorgarla dentro del plazo que al respecto se fije, se otorgará por el Juzgado en su representación, y *a desalojar y poner a disposición* del actor el piso y las dos plazas de aparcamiento reseñadas.

D.^a Natalia, demandada, *contestó y se opuso* a la demanda, alegando: 1.º) la excepción de cosa juzgada; 2.º) la doctrina de los actos propios (*en el pleito anterior* entre ambos se adujo por Don A. como *causa* de las donaciones las relaciones ilícitas, y *ahora* se incurre en contradicción aduciendo como *causa* el matrimonio proyectado); 3.º) la inaplicabilidad del art. 17 CDC. CAT. (porque no cabe pensar en donación esponsalicia), y la imposible aplicación del art. 12 CDC. CAT. [*redacción anterior a 1984*] (dado que la *revocación* postulada en la demanda sólo cabe invocarla respecto de las liberalidades del art. 17, ya que cuando se trata de donaciones hechas en contemplación del matrimonio la falta de éste determinaría la ineficacia).

III. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia el 8 mayo 1989 en la que: *rechaza la excepción* de cosa juzgada (por no existir identidad de “causa petendi”), *rechaza la*

pretensión principal de la demanda (de declaración de existencia de un supuesto de fiducia “cum amico”), y, en cambio, estima la pretensión subsidiaria de la demanda entendiendo que las donaciones tuvieron por causa el matrimonio proyectado (deduciendo tal consideración de la prueba de presunciones, al no existir prueba directa, y encajando la figura en el ámbito del art. 17 CDC. CAT.).

IV. La Audiencia Provincial dicta sentencia el 30 diciembre 1989 resolviendo el recurso de apelación de la demandada y el recurso de apelación adhesivo de Don A. (*Concretado en el particular relativo a la no apreciación del negocio fiduciario*).

200 La Audiencia resuelve: *estimar la apelación principal (de D.^a N.), desestimar la apelación por adhesión (de Don A.), y, como consecuencia, revocar la sentencia del Juzgado RECHAZANDO LA DEMANDA DE DON A., con base, en síntesis, en los argumentos siguientes: a) no se acoge la excepción de cosa juzgada, por entender que existe diversidad en la causa o razón de pedir; b) rechaza también el principio de derecho de los actos propios invocado; c) no se admite la pretensión del apelante adhesivo de declaración de existencia de un negocio fiduciario (porque a ello se opone la relación de hechos probados y la calificación jurídica del pleito anterior, y porque las adquisiciones realizadas no pueden considerarse fiduciarias sino que obedecieron a negocios simulados); y d), se acoge el recurso de apelación de la demandada, en relación con la inaplicabilidad de lo preceptuado en el art. 17 CDC. CAT. por no concurrir los requisitos precisos (que sean propias donaciones en contemplación del matrimonio, y que lo donado se ajuste a lo que “es de costumbre”).*

V. Contra esta sentencia de la Audiencia Don A. formaliza recurso de casación ante el T.S.J., que fundamenta *en cinco motivos* (infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el negocio fiduciario, existencia de error en la apreciación de la prueba —escritura pública de 1983—, infrac-

ción del art. 1.253 C.c. al prescindir de la prueba de presunciones, infracción del art. 17 CDC. CAT., e inaplicación del art. 12 CDC. CAT.).

Fundamento del fallo del T.S.J. (10): El Ponente en su F.J. 2.º RECHAZA el motivo 1.º y considera que “resulta ciertamente intrascendente discurrir acerca de cuál es el criterio más correcto a seguir en la conformación estructural del negocio fiduciario... y la intrascendencia se acentúa si se piensa que la problemática tiene todavía menor incidencia, al nacer limitada la adquisición del fiduciario cuando se trata de la modalidad ‘cum amico’ ... Tal irrelevancia resulta patente habida cuenta que no existe duda de las diferencias entre los negocios simulados y los negocios fiduciarios y que las sentencias dictadas en el pleito anterior configuraron los contratos de autos como supuestos de simulación relativa, en los que mediante la apariencia de compraventa se encubrieron unas DONACIONES que se declaran plenamente válidas” ...= “Deviene incontrovertible que la conclusión de las sentencias dictadas en el pleito anterior vinculan en el presente... (porque) ni más ni menos nos hallamos ante un caso de operatividad del EFECTO POSITIVO de la cosa juzgada, efecto prejudicial —prejudicialidad civil homogénea— que no precisa ser alegado... pues... cuando es notoria la existencia procede la apreciación de oficio. Y que se dé tal efecto es evidente, ya que concurre la identidad de personas...; también se aprecia identidad en las cosas...; y existe el grado preciso de conexión material en el orden de la exigencia de ‘eadem causam’” ... “Es obvio que en el pleito de 1985 del Juzgado... el tema objeto de debate se centró en si en las donaciones era de apreciar el vicio del consentimiento del dolo o la existencia de causa ilícita: pero, ante la contradicción de la demandada, se hubo de sentar de

201

(10) Los subrayados son míos (J. C. G.): Las menciones en letra mayúscula son de la propia sentencia.

forma explícita que las operaciones jurídicas integraban unas donaciones plenamente válidas, y ello tiene un alcance inmutable e irrevocable que no es posible poner en entredicho...”.

En el F.J. 3.º RECHAZA el planteamiento del motivo 2.º, porque para entender aplicable el error de hecho habría sido preciso que el documento (la escritura de 1983) no hubiera sido tenido en cuenta por el órgano jurisdiccional “a quo” ..., de tal modo que, en otro caso, sólo es posible volver a analizar la (prueba) documental que se afirma infringida como error de derecho por el cauce procesal del ordinal 5.º del A. 1692: debiendo deslindarse lo que puede constituir errónea apreciación de la prueba resultante de documentos (recurrible al amparo del ordinal 4.º) de lo que puede suponer interpretación errónea de documentos (ordinal 5.º) ... Además, es de añadir la necesidad de que el documento no resulte contradicho por otros elementos de prueba... ni cabe desconocer la unidad funcional y negocial de lo documentado privadamente el 15.12.1975 y en forma notarial el 15.11.1983: y de, al menos, esa unidad es plenamente consciente la propia parte aquí recurrente...

En el F.J. 4.º se analiza el motivo 3.º del recurso, argumentando en torno a la prueba de presunciones —que sí tomó en cuenta el Juzgado, y de la que prescinde la Audiencia—, y se distingue en el motivo la configuración procesal y las consideraciones de fondo. En cuanto a la configuración procesal, entiende es perfecta, tanto en cuanto a su formulación como en cuanto a la alegación de que la casación puede fundarse en presunciones omisas... Entrando en la parte de fondo del motivo, DEBE DECIRSE QUE EL MISMO NO PUEDE SER ACOGIDO, y ello es así por las razones siguientes: A) Es doctrina reiterada del T.S. que la apreciación de la inferencia efectuada por la Audiencia debe prevalecer en casación, salvo que sea ilógica, insólita, inverosímil, absurda o contraria a la ley: y es obvio que LA APRECIACION de que las donaciones se efectuaron por la relación de convivencia y no en contemplación del matrimonio NO INCIDE en ninguna

de las posibilidades expresadas, *tanto más* que precisamente igual planteamiento se mantuvo también por el propio Don A. en el pleito anterior; B) *En el tiempo* en que se produjeron las operaciones jurídicas referidas (15 diciembre 1975 y 26 septbre. 1977), y sin olvidar la *unidad negocial* ya examinada, *no es lógico imaginar*, y menos de modo fundamentado, *que tuvieron lugar en contemplación* de un futuro matrimonio; C) Ante LA AFIRMACIÓN DEL RECURRENTE de que “si se elimina la motivación matrimonial, las escrituras citadas ... *carecen* de la menor causa ...”, entiende el Ponente: que lo que se pretende es *el sustituir* con su criterio subjetivo el del juzgador de instancia más respetable en casación, que con tal forma de razonar *se olvida la versión del propio recurrente en el pleito anterior...* y, además, resulta claro que *unas relaciones íntimas ... pueden, según los casos, ser motivo causalizado idóneo complementario (con causa) del de mera liberalidad del donante*; D) Respecto de los argumentos de la sentencia del Juzgado ... basta decir que *no son compartidos* por este Tribunal ... y E) Por último, este Tribunal estima, respecto a la *posibilidad de planteamiento de la donación como esponsalicia*, que tal tema no está vedado por el proceso anterior...; de la misma manera que tampoco considera que pueda buscarse una vinculación del comportamiento procesal mantenido en el anterior juicio a través de la doctrina de los actos propios...; “no obstante, de todos modos, *no es posible desconocer la importancia que ha de darse en el terreno discursivo a la versatilidad o volubilidad procesal del demandante* (mantener primero que eran donaciones motivadas por unas relaciones íntimas, *posteriormente* sostener que en realidad no fueron donaciones sino negocios fiduciarios, y, *por último*, con carácter subsidiario, que son donaciones por razón de matrimonio), pues, *además* de no ser acorde con el principio de lealtad procesal, *no es una postura propicia para establecer una deducción directa y precisa...*

En el F.J. 5.º examina el motivo 4.º del recurso y esta-

blece que *el motivo no puede prosperar por dos razones fundamentales: la primera, porque falta el presupuesto de que la donación se haya hecho “en contemplación del matrimonio”, por lo que al insistir en ello se hace supuesto de la cuestión, lo que está vedado en casación; y segunda, porque no son donaciones de las contempladas en el art. 17 CDC. CAT., que se refiere a las donaciones esponsalicias “strictu sensu”, históricamente “sponsalitiaie largitatis” ... en las que sólo están comprendidas las donaciones ordinarias o corrientes (típicos regalos de boda), concepto notoriamente más reducido [que el art. 13 actual CDC. CAT.] y que se refiere a regalos que se hacen DE COSTUMBRE, sin que conste en autos prueba alguna de lo que suele ser actualmente costumbre... y, aunque es clara la relatividad del tema por las diversas circunstancias de cada caso, de cualquier modo no se pueden considerar “donaciones esponsalicias” —y menos en el supuesto de autos— un piso y dos plazas de aparcamiento...*

En el F.J. 6.º examina el motivo 5.º, denunciando la inaplicación del art. 12 (actualmente 13) CDC. CAT., pero tal planteamiento no puede prosperar porque igualmente se hace supuesto de la cuestión: dado que no consta acreditado el presupuesto de que la donación se hizo por razón de matrimonio; por otro lado, a mayor abundamiento, existen unas diferencias jurídicas sustanciales entre los supuestos contemplados en los arts. 12 (actualmente 13) y 17 CDC. CAT. La cuestión de considerar la aplicabilidad del art. 12 en lugar del 17 no es nueva para casación... pero lo cierto es que no se planteó en la demanda: se trata de dos acciones diferentes, varían los presupuestos fácticos (“causa petendi”) aunque se reduzca en el supuesto del art. 12, y el “petitum” no es coincidente. Por lo que parece muy discutible que, habiéndose postulado la revocación, pudiera otorgarse amparo jurídico a través de una ineficacia, con base en el principio del “iura novit curia”...

Con imposición de costas al recurrente.

9. S. DE 22 NOVIEMBRE 1990 (11).

Hechos:

1) D. Aleix P. C. había otorgado testamento abierto ante Notario en 1898 en el que, entre otras disposiciones que ahora no interesan: “deja a sus hijos Luis, Piedad y José M.^a, y también a su hijo Claudio suponiendo que no fuere heredero, lo que por legítima les corresponda.— Lega a su esposa Carmen R. el usufructo de todos sus bienes.— Instituye heredero a su hijo Claudio P. R., *sustituyéndolo*, suponiendo que llegare a ser heredero o en caso de ser heredero y morir antes de la edad de testar o después pero sin dejar hijos o descendientes legítimos y naturales o con hijos que no llegaren a la edad de testar, *por los restantes hijos legítimos y naturales del testador, no todos conjuntamente, sino uno después de otro por orden de sexo y primogenitura*, de manera que los hijos varones sean llamados con preferencia a las hijas y los mayores con preferencia a los pequeños, y *con las mismas sustituciones impuestas al hijo instituido Claudio*.— Las dichas instituciones de heredero y sustituciones las hace *con la prevención* de que, *en caso de morir* cualquiera de los llamados a la herencia *antes* del momento en que les hubiere sido deferida, *pero dejando hijos o descendientes legítimos y naturales*, era voluntad del testador que los citados hijos y descendientes fueren llamados a su herencia con preferencia a los sustitutos posteriores, aunque no conjuntamente, sino uno después de otro, según las preferencias de sexo y de primogenitura antes citadas, y con las sustituciones expresadas con referencia a los hijos de primer grado.— “... Y en cláusula subsiguiente especificaba el testador que “con la finalidad de concretar más su voluntad, ordena que *si cualquiera* de los hijos o descendientes *contrajere matrimonio* con los hijos de Don

(11) La exposición de *los hechos* que subsiguen viene perfectamente presentada por el Magistrado Ponente en los FFJJ. 1.º y 2.º, *en conexión* con el Antecedente 1.º La ordenación *en sentido cronológico*, y los subrayados, son míos (J. C. G.).

Agustín M., *perdería* su eventual derecho a la herencia paterna o el derecho actual que entonces tuviere sobre la herencia, *que pasaría al sustituto inmediato* a quien correspondiere de conformidad con las sustituciones que había ordenado; y *si todos ellos incurrían en una misma sanción*, que la herencia se defiera en último término a la esposa del testador D.^a Carmen R., y que también se defiera a favor de la esposa *si ninguno de los nombrados herederos quisiere serlo*” ...

2) Don Aleix muere en 1903, y *le sucedió el hijo instituido en primer lugar, Don Claudio P. R.*

3) Con motivo del proyectado matrimonio entre D. Claudio P. R. —heredero instituido— y D.^a Enriqueta M. T., con fecha 13.12.1903 se otorga una escritura de capitulaciones matrimoniales en la cual, entre otras disposiciones, se ordenaba un Heredamiento preventivo a favor del primer hijo varón que naciera del dicho matrimonio y, en defecto de hijo varón, a favor de la primera hija que tuvieran.

4) Al parecer, el heredero instituido Don Claudio (en fecha no determinada) formuló demanda de mayor cuantía contra su madre D.^a Carmen —en nombre propio y en la representación de sus otros hijos, menores, Luis, Piedad y José M.^a—. El Juzgado dictó *sentencia de 25 agosto 1911* (12).

5) El heredero instituido Don Claudio había procedido al otorgamiento de escrituras constituyendo gravámenes e hipotecas sobre fincas de la herencia, y de adjudicaciones subsiguientes: en escrituras *de 1909 y 1914* (13).

6) El heredero instituido Don Claudio P. R. había otorgado testamento *el 15 mayo 1968*, ante Notario, en el que instituía heredero a su hijo Don Claudio P. M. y, en su defecto, a los hijos de éste por partes iguales.

7) Don Claudio P. R. *muere el 11 julio 1968*.

8) *EL HIJO DON CLAUDIO P. M.*, heredero instituido por

(12) Carecemos de ulteriores datos: quizá innecesarios, a los efectos del litigio.

(13) Vale lo dicho *en nota 12* precedente.

Don Claudio en su testamento, *repudia la herencia paterna en escritura pública de 8 octubre 1984.*

9) *Don Claudio P. M., con fecha 15 noviembre 1984, promueve DEMANDA de juicio declarativo de mayor cuantía contra los terceros adquirentes de bienes procedentes de la herencia fideicomisa de Don Aleix P. C., los ignorados herederos de los hijos del citado fideicomitente y los ignorados herederos de los adquirentes de fincas que formaban parte del fideicomiso y contra cualquier persona que creyere tener interés en la herencia del dicho fideicomitente. En dicha demanda se interesaba que por el Juzgado se declarase que, de acuerdo con lo que había dispuesto su abuelo Don Aleix, el actor tenía la condición de heredero fideicomisario en la herencia de su abuelo, por ser el único hijo varón del heredero fiduciario Don Claudio P. R., con la consiguiente legitimación activa a los fines de pedir que: A) se declare la nulidad del juicio y de la subsiguiente sentencia de 25.8.1911 (antes referida), y que dicha sentencia no produce efecto de cosa juzgada respecto del aquí demandante, que no fue litigante ni derechohabiente de quienes lo fueron.—B) Se declare que dicha sentencia y el pleito son radicalmente nulos, por tratarse de un acto de simulación absoluta y que no responde al concepto ontológico y a la esencia contradictoria de los juicios.—C) Se declaren nulos de raíz los actos llevados a cabo para ejecutar la citada sentencia y todos los que de ella se deriven.—D) Se declaren radicalmente nulos todos los gravámenes o hipotecas constituídos por Don Claudio P. R., heredero fiduciario de Don Aleix, sobre fincas de la herencia de éste, así como las escrituras que de ello se deriven.—E) Se condene a los demandados a pasar por las susodichas declaraciones y a llevar a cabo los actos u otorgamientos necesarios para que las declaraciones tengan efectividad.—F) De manera especial, se condene a los demandados a quienes incumba a restituir a la masa hereditaria de Don Aleix las fincas que provienen de esta masa, respectivamente adquiridas en ejecución de la sentencia*

recaída (citada) o al amparo de las escrituras dichas (citadas) —señalaba aquí la serie de DEMANDADOS, titulares registrales inscritos de una serie de fincas—, y que *se decrete* la cancelación de las inscripciones registrales librando en su día los pertinentes mandamientos cancelatorios.—G) *Se condene a los herederos, causahabientes o herencia yacente de los hermanos P. R. (Don Claudio, Don Luis, D.^a Piedad y Don José M.^a), a llevar a cabo, juntamente con el aquí demandante Don Claudio P. M., las operaciones de partición de la herencia de Don Aleix, de la manera más procedente conforme a derecho.—Con la imposición de costas en la forma establecida en A. 523 LEC. (reformado por L. 6.8.1984).*

POR PARTE DE LOS DEMANDADOS comparecieron y se opusieron en forma los siguientes: Don José P. O., Don Juan G. M., la congregación X. de la provincia religiosa de Tarragona, y los hermanos C.B.—No lo hicieron el resto de los demandados, de modo que fueron declarados en rebeldía.

El Juzgado de Primera Instancia, por sentencia de 19 octubre 1988, procede, *con desestimación de la demanda*, a absolver a las personas demandadas de las pretensiones deducidas, *con imposición de costas al actor*; y, *estimando la reconvencción de Don Juan G. M., declara que Don Claudio P. R. fué heredero libre de su padre Don Aleix y que Don Claudio P. M. no es heredero fideicomisario de su abuelo Don Aleix, con imposición al demandado reconvenccional de las costas de la reconvencción.*

La Audiencia Provincial, por sentencia de 30 abril 1990, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y *confirma íntegramente* la sentencia apelada, *con expresa condena en costas al apelante.*

Por el actor se interpuso recurso de casación ante el T.S.J., con base en *cinco motivos*, por infracción: del art. 359 LEC.; del art. 175.2 CDC. CAT. y de las reglas de interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia aplicables a las sustituciones fideicomisarias “*si sine liberis deces-*

serit"; del art. 34 L.H.; y del art. 35 L.H. (aplicación indebida) y del art. 342 CDC. CAT. (sobre la prescripción).

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente dedica los FFJJ. 4.º y 5.º al análisis del *motivo 1.º, que rechaza*: de un lado, porque la *incongruencia* de la sentencia recurrida que alega, *al no resolver todos los puntos objeto de debate* y oportunamente *deducidos* en las instancias inferiores (en orden a la anotación preventiva de la demanda, que la sentencia de la Audiencia no resuelve), no puede mantenerse ya que el derecho a apelar no se llevó a cabo en la forma exigida por la ley, por lo que no cabe calificar a la sentencia de incongruente; y de otro lado, denunciada la *incongruencia* porque la sentencia no resuelve la *cuestión derivada de la no admisión de un documento* presentado en el período de conclusiones por la parte actora, *tal pretensión es igualmente desestimable* (arg., arts. 566 y 398 LEC.), y si hubo actitud pasiva del recurrente es a él exclusivamente a quien debe perjudicar.

209

El *motivo 2.º* es analizado en los FFJJ. 6.º y 7º. El F.J. 6.º es clave, *centrando el Ponente el tema objeto del debate* (14) *al contrastar la pretensión del demandante* de ser considerado heredero fideicomisario en la herencia de su abuelo con la *cláusula del testamento* del abuelo en la que se ordena la sustitución fideicomisaria origen de este pleito. Recuerda el Ponente la dicción de la cláusula (antes reseñada), y entiende que *con la prevención* del testador [de sustituir al hijo Claudio en el caso —QUE NO SE HA PRODUCIDO— de llegar a ser heredero y morir sin descendencia ...] lo que se hizo fué “ordenar de forma expresa una ‘sustitución vulgar en fideicomiso’ que —conforme al Derecho

(14) Conviene aquí anotar la particularidad notable de que el Magistrado Ponente, Profesor Dr. D. Luis Puig i Ferriol, es el máximo especialista en la actualidad en la temática del *Derecho Sucesorio Catalán*, considerado el sucesor del maestro ROCA SASTRE. La exposición es impecable: subrayados míos (J. C. G.).

Anterior aplicable al caso (pero en esencial coincidencia con el art. 171 CDC. CAT.)— *comporta insertar en el orden de llamamientos hechos a favor de los hijos de testador, llamados como herederos fideicomisarios, una sustitución vulgar a favor de su descendencia para el caso de que el hijo llamado como fideicomisario no pueda o no quiera suceder cuando se produzca la delación hereditaria a su favor*” (S. del T.S. de 28 abril 1950, y Resolución de D.G. de R. y N. de 31 marzo 1950).

210 Establecido lo cual, en el F.J. 7.º sigue razonando el Magistrado Ponente que “el testador y fideicomitente *dispone* de manera clara *esta sustitución vulgar en relación a cualquiera de los llamados a su herencia*, es decir, tanto por lo que respecta al primer hijo llamado como heredero fiduciario como por lo que toca a los hijos sucesivamente llamados como herederos fideicomisarios, y por consiguiente *la voluntad del testador era la de que el actor Don Claudio P. M. SÓLO ERA LLAMADO a la herencia fideicomitida COMO SUSTITUTO VULGAR de su padre D. Claudio P. R., instituido heredero fiduciario.*— Por lo tanto, *si éste último llegó a ser heredero y murió después dejando hijos que llegaron a la edad de testar —QUE ERA LA CONDICIÓN que le había impuesto su padre y fideicomitente—, es evidente que el nieto y hoy recurrente no tuvo éxito en su expectativa de suceder en la herencia fideicomitida, porque si por voluntad del testador sólo era llamado a la herencia en calidad de sustituto vulgar de su padre, desde el momento en que el sustituido devino efectivamente heredero ya no se podía producir ninguna delación hereditaria a favor del sustituto vulgar, porque el sustituido y el sustituto vulgar no pueden suceder sucesivamente sino únicamente el uno en defecto del otro (Digesto, 29.2.69 pr.)*” ...— De toda esta exposición deduce el Ponente la no necesidad de entrar a considerar la inagotable *problemática* de los hijos “puestos en condición”, que aparece solamente cuando el fideicomitente *no ha establecido ninguna suerte de previsión...* Convertir la sustitución vulgar

ordenada por Don Aleix en una sustitución a la vez vulgar y fideicomisaria implicaría contrariar la voluntad del testador y comportaría romper la regla tradicional catalana *contraria* a la existencia de sustituciones fideicomisarias presuntas...= *El problema aquí planteado es el de interpretar la voluntad del testador y no el de ir más allá de la voluntad claramente expresada por el mismo testador.*— De todos estos razonamientos *resulta, por tanto, que el demandante no tiene* la condición de heredero fideicomisario de su abuelo y, por consiguiente, *carece* de legitimación para formular las reclamaciones de nulidad y de reclamación de derechos hereditarios, acciones que solamente podría ejercitar si realmente tuviere la condición de heredero fideicomisario de su abuelo.

En F.J. 8.º, como consecuencia de lo razonado en F.J. 7.º, dice que todo lo cual determina la desestimación del motivo 2.º Y ello comporta la del motivo 3.º, del motivo 4.º y del motivo 5.º: porque todos dichos motivos parten de los supuestos o de ser el recurrente heredero fideicomisario de la herencia de su abuelo, o de haberse estimado el motivo 2.º de casación.

Todo lo cual comporta *la total desestimación* del recurso, *con imposición de las costas al recurrente.*

10. S. DE 13 DICIEMBRE 1990.

Hechos: La casa de la señora demandada tenía una serie de ventanas y otros elementos sobre un solar del actor: sobre el lindero Norte, cinco ventanas y una azotea o terraza con vistas, además de conducciones de agua que sobresalen de la pared e invaden el espacio colindante y vertido de aguas pluviales; y sobre el lindero Este, tres ventanas en la pared y un muro de cerca que cierra el jardín o patio de la casa de modo que origina vistas sobre la finca colindante.

El demandante ejercita la acción negatoria de servidumbre

y *solicita del Juzgado* que dicte sentencia por la que: 1) *se declare* que la finca del actor se halla libre de servidumbre de luces y vistas, de luces y desagües a favor de la casa colindante propiedad de la demandada; 2) *se condene* a dicha demandada a cerrar y tapiar todas dichas aberturas o ventanas existentes en las paredes de la indicada casa, así como a adoptar medidas pertinentes para que no haya vistas desde la azotea o lugar alguno de la referida casa sobre la finca del actor, así como a quitar los tubos que apoyados en la pared de la casa indicada se proyectan sobre el vuelo de la citada finca del actor, todo lo cual se llevará a efecto en período de ejecución de sentencia; 3) *condenando* asimismo a la demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos, así como al pago de las costas del juicio.

La demandada alegaba que el título jurídico de tales servidumbres derivaba de título de compra, y de autorización expresa, por haber adquirido del Párroco de la localidad; y, además formuló *reconvencción*, en ejercicio de acción confesoria de servidumbre, *solicitando* del Juzgado dicte sentencia por la que, desestimando la demanda y estimando la reconvencción, se declare que la finca de la señora demandada (actora reconvenicional) *tiene a su favor* las servidumbres de luces y vistas y *cuantas además de su estructura se infieran constituidas por signo aparente* y acreditadas documentalmente, que debe soportar la finca del actor (reconvenido), el cual deberá abstenerse de privar y obstaculizar; *con expresa imposición de costas*.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia, cuyo fallo es como sigue: *desestimando la reconvencción, declaro no haber lugar* a lo solicitado, *con imposición de las costas* originadas por la misma; y *estimando en parte la demanda* (15) *declaro...*, *condeno ... a adoptar* las medidas pertinentes para que no haya vistas a menos de un metro de distancia

(15) El Juez acepta prácticamente los pedimentos de la demanda, aunque introduce unas *modificaciones en el pedimento 3.º* (en el orden que he presentado).

de la finca del Sr. ... y para que los tubos no viertan las aguas sobre la propiedad del actor, *quedando únicamente condenada* a quitar dichos tubos si los mismos sobresalen de la vertical de su propiedad.— ... *Sin* especial declaración sobre las costas derivadas de la acción principal.

La Audiencia Provincial dicta sentencia en la que, *estimando el recurso de apelación de la demandada, revocando parcialmente* la resolución de primera instancia y *estimando parcialmente demanda y reconvención, declara:* que la finca de la señora demandada *tiene a su favor* las servidumbres de luces y vistas que se infieren del documento protocolizado el 8.3.1978 que gravan la finca del demandante, *manteniendo y confirmando la sentencia apelada en sus restantes extremos* referentes a desagüe y costas en primera instancia; y *sin* hacer especial imposición de las (costas) ocasionadas en el presente recurso.

El demandante interpone recurso de casación ante el T.S.J. fundado *en cuatro motivos*, por infracción: del art. 283 CDC. CAT., del art. 1.253 C.c., del art. 1.214 C.c., y del art. 1.969 C.c.

213

Fundamento del fallo del T.S.J.: En el F.J. 2.º el Ponente analiza *el motivo 1.º* que denuncia la imposibilidad de *constituirse por usucapión*, ni siquiera inmemorial, las servidumbres de luces y vistas: *motivo que no puede prosperar*, por la sencilla razón de que la sentencia recurrida *no* funda la constitución de las servidumbres en la usucapión *sino en el título*, entendido como acuerdo de las partes interesadas ...

El F.J. 3.º examina *el motivo 2.º*, por infracción del art. 1.253 C.c., relativo a la formación de las presunciones “hominis”, sobre la determinación de la certeza de las fechas de la prueba documental aportada por la señora demandada. El confusionismo en la redacción del motivo no es ajeno al razonamiento de la sentencia impugnada —dice el Ponente—, y para ello se hace preciso efectuar alguna

aclaración respecto de los documentos aportados... Concluye que *ha de rechazarse el motivo*.

El F.J. 4.º se refiere al *motivo* 3.º en el que se aduce infracción del art. 1.214 C.c., que debe correr *la misma suerte desestimatoria: falta el presupuesto fáctico* en que se sustenta el planteamiento del motivo, cual es que el Tribunal “a quo” haya incidido en el error de invertir el “onus probandi”. Cuando se impugna la autenticidad de un documento privado, la parte que lo presentó *ha de aportar* los medios de prueba adecuados a acreditar la autenticidad; pero *si no lo hace, ELLO NO QUIERE DECIR* que el documento sea inauténtico. (Presenta el Ponente, junto a los documentos auténticos y a los falsos, los que denomina “de autenticidad dudosa” ...).

214

El F.J. 5.º examina el *motivo* 4.º y último, en orden al cómputo de la prescripción (art. 1.969 C.c.), el cual se contará *desde* el día en que la acción pudo ejercitarse. Entiende el Ponente que *el supuesto fáctico-jurídico de que arranca el motivo* —desarrollado en el F.J. 4.º de la sentencia de la Audiencia— *carece de sentido*... Alude a la prescripción como hecho excluyente o *excepción* en sentido técnico, que *debe ser alegada* en el momento procesal oportuno y *no* puede ser estimada de oficio. Finaliza el Ponente diciendo que, *a los meros efectos dialécticos, en ningún caso podría prosperar este motivo*, dado que la señora demandada, *como sucesora a título particular en la titularidad de la finca* (adquirida de la Parroquia de X.) puede contar también con el tiempo transcurrido para su “tradens” y puede ejercitar la misma acción que tendría la entidad transmitente: por lo que, obviamente, siempre habría que computar el período durante el que el antecesor pudo ejercitar la acción y no lo hizo.

El recurso queda rechazado, *con imposición de las costas al recurrente*.

11. S. DE 20 DICIEMBRE 1990.

Hechos: Don D. había vendido a D.^a A. una finca por precio de 10.000.000 ptas. Posteriormente, la parte vendedora demanda a la compradora solicitando del Juzgado se dicte sentencia declarando lesivo el contrato de compraventa celebrado y, consecuentemente: 1) se declare la nulidad de la inscripción registral correspondiente y se ordene su cancelación; 2) condenando a la demandada a restituir al actor el pleno dominio de la finca objeto del contrato y al abono de los frutos o rentas producidos a partir de la reclamación judicial; 3) reconociendo a la demandada la facultad que le confiere el art. 325 CDC. CAT. a fin de que dentro del plazo que al efecto se le señale pueda evitar la rescisión procediendo al pago al actor de la suma de 20.000.000, que es el importe del complemento del precio entre el valor satisfecho y el precio justo, con el interés legal desde el día ... (fecha de la escritura de venta), o, subsidiariamente, la suma complementaria más el interés legal procedente que se determine por el Juzgado; 4) con imposición de las costas.

215

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia en la que —*acreditado en autos pericialmente que el valor en venta de la finca en el tiempo en que se realizó la transmisión era el de 26.577.000 Ptas., y apreciada lesión en más de la mitad del precio justo —estimando en todas sus partes la demanda, declara (16) ... Y en orden al pedimento 3.º rectifica la cifra del “complemento” del precio, señalando la cantidad de 16.577.000 Ptas.*

La parte compradora demandada formula recurso de apelación, que la Audiencia Provincial resuelve: *RAZONANDO* que, de un lado, *la presunción “iuris tantum” de haber contra-*

(16) Las cuatro declaraciones son idénticas a los pedimentos (que he numerado) del suplico de la demanda, con la leve rectificación en cuanto al punto 3) que se indica.

tado el vendedor con voluntad viciada o acuciado por necesidad apremiante de vender *había sido desvirtuada*, y, de otro lado, *VALORANDO en conjunto la prueba*, estima que el “justo precio” de la finca (precio cuya cuantía no determina) *es parejo* a aquél por el que fue efectivamente vendida. Por lo que, *aceptando el recurso y con revocación* de la sentencia de instancia, *absuelve* de la misma a la demandada, *con imposición al actor* de las costas de instancia y *sin* pronunciamiento en las del recurso.

El demandante interpone recurso de casación ante el T.S.J., por infracción de normas del Derecho Civil de la CDC. CAT., que funda en dos motivos: el uno, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del juzgador; el otro, por infracción de los arts. 321 a 323 CDC. CAT. reguladores de la figura jurídica de la rescisión por lesión.

216

El F.J. 2.º hace uso del criterio hermenéutico *histórico* diciendo que “Por las razones que se verán, conviene examinar primeramente *el motivo ... segundo...*, no sin antes hacer unas breves consideraciones históricas para clarificar el debate...”. El Ponente hace un recorrido detenido de la trayectoria seguida por la acción rescisoria por lesión enorme, desde el rescripto de Diocleciano del año 285 hasta la CDC. CAT. de 1960 y la reforma por D.L. 1/1984 de 19 de julio. Termina la exposición diciendo “Con todo ello queremos significar que el escepticismo respecto a la acción rescisoria, apenas velado en la sentencia recurrida, tiene ilustres precedentes en Cataluña y fuera de ella, y es tan defendible como la posición contraria. Pero este Tribunal, rehuyendo polémicas doctrinales y ciñéndose a su labor nomofiláctica, se ha de limitar a precisar el alcance de la rescisión por lesión en el Derecho Civil Catalán vigente para determinar, a continuación, si ha sido correctamente aplicado por la Sala de instancia”.

El F.J. 3.º continúa aludiendo al *fundamento* de la rescisión.

sión por lesión, pasando revista al criterio de la Sala de instancia que presume un principio *subjetivista* en la lesión a modo de vicio del consentimiento. Lo que, a su parecer, *choca* frontalmente con el art. 321.1 CDC. CAT., la doctrina catalana mayoritaria, con diversas sentencias del T.S. (25 noviembre 1935, 3 diciembre 1981, 18 marzo 1982, entre otras) y con una del propio T.S.J. CAT. DE 4 DE JULIO DEL PRESENTE AÑO (sic) (17).

El F.J. 4.º continúa aludiendo a la lesión y —tras aludir a las *argumentaciones* de la sentencia recurrida en torno al concepto de “justo precio” valorando en conjunto razones distintas (valor en renta, fecha de construcción del edificio, movimientos especulativos)— añade que “Nada de esto es preciso, pues basta considerar que la sentencia pretende aplicar un concepto de ‘precio justo’ cuyos parámetros y estimación quedan al arbitrio del juzgador, siendo así que el precio justo no es sino ‘el valor en venta’ que las cosas tuvieran al tiempo de otorgarse el contrato (arg. art. 323.2 CDC. CAT.) ... *precepto ignorado por la resolución recurrida* que en ningún momento atiende al cotejo entre el precio satisfecho y el valor en venta del inmueble, del que prescinde.— ... el compilador quiso dar fijeza y concreción al concepto de ‘precio justo’, un tanto etéreo y proclive a matizaciones subjetivas, asimilándolo al de ‘precio en venta’ determinable objetivamente por personas con conocimientos especiales sobre tráfico inmobiliario. Precio referido al tiempo de otorgarse el contrato y relacionado con otras cosas de iguales o análogas circunstancias en la localidad, es decir, siguiendo la expresión de ACCURSIO, aquél por el cual se puede vender una cosa *communiter*, no *singulariter* (18), prescindiendo de la afección...” Cita las sentencias T.S. de 30.6.1906, 8.4.1931, 22.12.1969 y 13.5.1988.

217

(17) La cita de esta s. 4 julio 1990 (TSJ. CAT.) es sorprendente y pudiera deberse a un *error*: o bien no se me remitió en su día, junto con las otras de 1990, o bien no aparece recogida en las publicaciones o repertorios antes señalados.

(18) Así subrayado en la propia sentencia.

En el F.J. 5.º concluye que “A virtud de lo dicho y sin necesidad de entrar en el examen del primero de los motivos... PROCEDE DAR LUGAR AL RECURSO POR ESTIMAR EL SEGUNDO Y ÚLTIMO DE LOS MOTIVOS... Procede dar lugar a la demanda inicial en los mismos términos en que lo hace la sentencia ... del Juez de Primera Instancia... con imposición a la demandada de las costas causadas en primera instancia, sin hacer expreso pronunciamiento respecto a las de la alzada y determinando que cada parte satisfará las que haya causado en este recurso y las comunes por mitad.

12. S. DE 7 FEBRERO 1991.

218 *Hechos:* Los *antecedentes fácticos* de este litigio son un tanto complejos y para su adecuado entendimiento el Magistrado Ponente —además de la exposición fáctica preliminar— les dedica los FF.JJ. 1.º y 2.º, que cabe resumir como sigue: *En virtud de una póliza de crédito de fecha 20.6.1978 la caja X. concedía un préstamo de 8.000.000 Ptas. a determinada sociedad anónima, y en la misma se prestaba con carácter solidario un aval por parte de los tres socios de la entidad. Posteriormente, ya en 1979, uno de los socios (por tanto, también cofiador y avalista del préstamo) en nombre de una S.R.L. por él dominada —en adelante, LA PARTE ACTORA en este pleito— y otro socio en nombre de la S.A. prestataria, otorgaban un convenio privado cuyo objeto principal era poner fin a la colaboración hasta entonces entre ambas sociedades y establecían las futuras relaciones entre ellas. Del citado convenio interesa ahora el punto 6.º, que dice: “Los Srs. ... se liberan de responsabilidad respecto a las cuentas y operaciones sociales realizadas hasta la fecha en ambos negocios, comprometiéndose a nada más pedirse y reclamarse mutuamente por causa de la marcha de sus respectivas empresas y desarrollo de las mismas, ... Ambas partes manifiestan que exceptúan del anterior acuerdo la liberación de los créditos, que deberán ser cancelados por*

ambos Srs. ... particularmente, por partes iguales, y que son:
a) Póliza de 5.000.000.- Ptas. del Banco X.; b) Póliza de 8.000.000.- Ptas. de la Caja X” —ES LA ANTES RESEÑADA—.

El fiador Don Juan fallece en 1979 bajo testamento de 1963 en el que legaba el usufructo vitalicio a su esposa D.^a P., e instituía herederas por partes iguales a sus hijas D.^a A. y D.^a I.: LA ESPOSA Y LAS DOS HIJAS ERAN LAS AQUÍ DEMANDADAS.

La sociedad anónima representada por Don Juan, *deudora del préstamo* otorgado por la Caja X., no cumplió con su obligación de devolver el citado préstamo en la fecha convenida. En consecuencia, la Caja X promovió *demandas de juicio ejecutivo* contra la sociedad deudora y contra sus fiadores solidarios. Resultando de todo ello que *el fiador Don Luis* tuvo que pagar a la Caja la cantidad de 17.054.743 Ptas., en concepto de capital, intereses, comisiones y gastos judiciales.

219

El fiador Don Luis procede en 1978 a promover *demandas contra las causahabientes de su cofiador Don Juan* en su calidad de herederas del mismo, en la que solicita del Juzgado se condene a las demandadas, como tales herederas de Don Juan, a pagar solidariamente al actor la cantidad de 5.684.914 Ptas. que CORRESPONDÍA PAGAR A SU CAUSANTE COMO COFIADOR en la deuda instrumentada en la póliza de crédito.— Las demandadas *contestaron* y *SE OPUSIERON* a la pretensión de la parte actora *alegando*: que la viuda carece de legitimación pasiva porque no es heredera sino legataria en la herencia de su marido, que la fianza se había extinguido como consecuencia del convenio de 1979, y que el demandante pagó a la Caja X. unas cantidades superiores a las que se derivaban de las obligaciones asumidas en la referida póliza de préstamo.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia *estimando* la demanda, y *condena* a las demandadas a pagar al actor la cantidad de 5.684.714 Ptas., más los intereses y costas.

La Audiencia Provincial *confirma íntegramente* la sentencia de primera instancia.

Las demandadas interpusieron recurso de casación ante el T.S.J. con base en los siguientes *motivos*: error en la apreciación de la prueba; infracción de los arts. 675 C.c. y 112 CDC. CAT. (en relación con los 110 y 223); infracción de los arts. 1.281, 1.847, 1.156, 1.203, 1.258 y 7 C.c.; infracción del art. 1.845 C.c.; infracción del art. 100 CDC. CAT.

220 *Fundamento del fallo del T.S.J.*: El Magistrado Ponente analiza en F.J. 4.º el motivo 2.º, que alega la extinción por novación de la relación jurídica de fianza y que sostiene que en el contrato privado de 1979 *se convino una asunción de deuda* con el consentimiento implícito de la S.A. deudora del préstamo, produciéndose de esta forma *la sustitución* del primitivo deudor (la S.A.) *por dos de los tres fiadores*, lo que indefectiblemente determinó que la fianza se extinguiera por confusión y que, como consecuencia de la novación, se produjera la extinción de la fianza (Aval) que Don Juan había asumido *por sustitución* de la persona del deudor.— Este planteamiento de los recurrentes *es rechazado* por el Ponente: presupuesta la tesis general de que los ordenamientos jurídicos modernos admiten la posibilidad de modificar o cambiar el sujeto pasivo de una relación obligatoria y que uno de los medios ofrecidos por la ley es la figura de la asunción de deuda, aflora seguidamente *el problema fundamental de precisar cómo se puede hacer en este caso el cambio de deudor* y, respecto a este punto, es muy claro el C.c. en su art. 1.205 (...). Es decir, que *se exige inexcusablemente el consentimiento del acreedor*, requisito totalmente congruente con la esencia del vínculo obligacional, ya que el cambio de la persona del deudor no afecta únicamente al primitivo y al nuevo obligado, sino también —y de forma esencial— al acreedor. *RECONOCIDO* por el propio recurrente que tal pretendido contrato de asunción de deuda *se convino entre dos de los tres cofiadores solidarios pero*

SIN intervención alguna de la Caja X —parte acreedora—, con ello se pone de manifiesto que en el contrato privado de 1979 no se convino una asunción de deuda, sino un vínculo contractual diferente, que con acierto califica la sentencia de primera instancia (confirmada por la de apelación) de “convenio establecido entre los dos cofiadores sobre la forma de afrontar la deuda ante el acreedor, pero sin finalidades novatorias”. Por lo que, en consecuencia, interpretado correctamente el contrato privado convenido por las sentencias recaídas en las instancia inferiores, *decae el motivo presente*.

El F.J. 5.º examina el motivo 3.º, que denuncia infracción en la apreciación de la prueba y del art. 1.845 C.c. y alega la excepción de pago excesivo. Este planteamiento *solamente sería admisible si la conclusión* a que llega el juzgador *fuere contradicha* por otros medios de prueba, *cosa que no sucede en el presente caso*: lo que pretende el recurrente es sustituir el ponderado y objetivo criterio de los organismos jurisdiccionales inferiores por su particular punto de vista. Y es bien cierto que tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación interpretan correctamente el contenido de los documentos aportados y, *especialmente, el dictamen pericial* sobre el cálculo de los intereses moratorios.—La cual cosa determina igualmente que *se haya de rechazar* el extremo de este motivo alusivo a la infracción del art. 1.845 C.c., por *no* haberse dado en el caso un pago excesivo.

Presentados por mi parte *los motivos rechazados*, se ofrecen seguidamente *los motivos acogidos* (19). En el F.J. 3.º el Ponente analiza el *motivo 1.º*, en el que se alega falta de legitimación pasiva de la viuda D.^a P. y la infracción de los arts. 675 C.c. y 112 CDC. CAT. El Ponente examina este motivo *antes* que los demás, *dado que el art. 112 CDC. CAT. ha sido claramente infringido por la sentencia recurrida*

(19) El orden expositivo se hace en beneficio del paciente lector, aun contradiciendo el perfecto *esquema estructural-docente* del Ponente.

(que *declara* que “el legado de usufructo a favor de la viuda del testador le atribuye la condición de heredera”, y, más concretamente, la condición de “heredera a término” ya que concurre a la herencia *junto con* otros herederos instituidos en la nuda propiedad). La infracción de este precepto resulta del hecho de que el testador claramente dice que “lega” a su esposa el usufructo vitalicio de sus bienes... y si el testador ordena un legado de usufructo a favor de su esposa *de ello se deduce* claramente que quiere atribuirle la condición de legataria y *no* la de heredera. Por lo tanto, *contrariamente a lo que sostiene la sentencia recurrida*, no cabe configurarlo [tal legado de usufructo] como una institución de heredero “a término” ... Atribuída a la viuda como usufructuaria la condición de legataria, y, más concretamente la de legataria de usufructo universal (art. 223 CDC. CAT.).—*LO CUAL DETERMINA DEBA ESTIMARSE ESTE MOTIVO 1.º, y declarar que D.ª P. no tiene la condición de heredera, sino la de legataria del usufructo vitalicio de la herencia de su marido. Y como no es heredera, NO DEBE RESPONDER DE LAS OBLIGACIONES DEL CAUSANTE DE LA SUCESIÓN*, porque así lo previene el art. 260 CDC. CAT. (...): las obligaciones le afectarán, pero *una cosa es* esta repercusión por las obligaciones que afectan al caudal relicto y *otra muy diferente* la responsabilidad por las deudas hereditarias que únicamente se predica del heredero o de los coherederos.

Por otra parte, en el F.J. 6.º se analiza el motivo 4.º, fundado en la infracción del art. 100 CDC. CAT. (“las ... obligaciones ... de la herencia, cuando fueren varios los herederos, se dividen en proporción a las respectivas cuotas, sin solidaridad entre ellos”), porque las sentencias recurridas *condenan a las demandadas COMO HEREDERAS* de uno de los cofiadores *A PAGAR SOLIDARIAMENTE* a la parte demandante las cantidades reclamadas en la demanda. Plantea el Ponente la *PREMISA* de que *el causante tenía la vecindad civil catalana* en el momento de su muerte y, por consiguiente, el proceso sucesorio debe sujetarse a las prescripciones del Derecho

Civil de Cataluña (arg. art. 9.8, en relación con el 16.1, del C.c., y art. 3 CDC. CAT.). Todo lo cual determina que se ha de *declarar* que las sentencias recurridas infringen el art. 100 CDC. CAT. cuando condenan a los coherederos a pagar *solidariamente* una obligación hereditaria: dado el precepto dicho, los coherederos responden *como deudores mancomunados o parciarios* de la deuda del causante. *Con la consecuencia natural* de que los acreedores *sólo pueden reclamar a cada uno de los coherederos LA PARTE QUE LE CORRESPONDA EN LA DEUDA en proporción a la respectiva cuota hereditaria según resulta* del art. 100 CDC. CAT. en relación con el art. 1.138 C.c.

En el F.J. 7.º, dados la *estimación de los motivos 1.º y 4.º y la desestimación de los restantes*, en orden a las costas no hace especial pronunciamiento...

Por lo tanto, *ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso, CON revocación parcial de la sentencia recurrida y ESTIMANDO EN PARTE LA DEMANDA, DECLARA la falta de legitimación pasiva de la viuda D.ª P. por no ser heredera de su causante, y condena a las hijas del causante a pagar por partes iguales al demandante la cantidad de 5.684.914 Ptas. más los intereses legales; sin expresa condena en costas y con devolución del depósito.*

223

13. S. DE 18 FEBRERO 1991.

Hechos: Doña Antonia y Don José contraen matrimonio en enero de 1984. Dos meses y medio después de la boda (el 23 marzo 1984) dicho señor *reconoce como hija suya y de su mujer a la menor Roser* nacida en 1977: en consecuencia, dicha menor había devenido *hija matrimonial* de los cónyuges por aplicación del art. 119 C.c.

Por parte de *Don Juan* se interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía *contra D.ª Antonia, Don José y la menor Roser*, sobre reclamación de filiación paterna no matrimonial a su favor, en la que solicitaba se dicte sen-

tencia estimando la demanda con los siguientes pronunciamientos: 1.º) Que *se declare la nulidad del reconocimiento* otorgado por Don José y, en todo caso, *que no es padre natural* de la menor Roser, dejando sin efecto la citada paternidad; 2.º) Que *declare que Don Juan (actor) es padre extramatrimonial natural* de la menor R. ...; 3.º) Que, conforme a la L.R.C., se practiquen las *rectificaciones* correspondientes en el Registro Civil de ... y en particular las siguientes: a) cancelación de la inscripción de reconocimiento por D. José; b) cancelación de la nota (marginal) referente a la celebración del matrimonio entre D. José y D.^a Antonia; c) inscripción de la relación de la filiación natural no matrimonial entre D. Juan y la menor R.; d) constancia (ex art. 109 C.c. y concordantes de L. y R.R.C.) en el R.C. de que los apellidos de la menor son V. M.— 4.º) Que, conforme a los arts. 154 ss. C.c., se atribuya la patria potestad sobre la menor R. a sus padres no matrimoniales naturales (D. Juan y D.^a Antonia), y se determine también a quién de los progenitores se atribuye la guardia y custodia, así como el régimen de visitas, comunicación y estancia, especialmente en períodos de vacaciones, con el otro progenitor.

El matrimonio demandado compareció y se opuso a la demanda, alegando la *excepción* de la falta de legitimación del actor, por aplicación de los arts. 4 y 5 CDC. CAT. (red. 1960) ... y sosteniendo que D. José es el padre por naturaleza de la menor, ya que conoció a la madre y tuvo relaciones con ella en el año 1976, suplicando sentencia desestimatoria de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia, considerando que el actor no tiene la legitimación necesaria para promover las acciones interpuestas, y *desestimando* la demanda, *absuelve* a los demandados de las pretensiones deducidas, *con imposición de costas* (20).

(20) Con el curioso *añadido* siguiente, dispone el Juzgado que:

“Firme esta resolución, debe deducirse testimonio de los escritos de demanda y contestación y remitirse al Juzgado de Guardia *por si alguno de los hechos que*

La Audiencia Provincial, admitiendo el recurso de apelación del demandante, *revoca* la sentencia de instancia y *estima en parte* la demanda, *declarando* ... (21). Por resolución aclaratoria, un mes más tarde, la Audiencia *adiciona un punto* al apartado 2.º en el sentido de *desestimar el pedimento* 4.º de la demanda.

El matrimonio demandado interpone recurso de casación ante el T.S.J., con base en *siete motivos*, denunciando la *infracción* de los arts. 4 y 5 CDC. CAT.; arts. 9.4, 14 y 16.1.1.º C.c. (en relación con los arts. 1.3 y D.F. 4.º CDC. CAT.); arts. 1.249 y 1.253 C.c. y jurisprudencia relativa al art. 135 C.c.; arts. 1.231 a 1.239 y 1.248 C.c. y 659 LEC., en relación con los arts. 1.249 y 1.253 C.c.; arts. 1.243 y 135 C.c. y 632 LEC., en relación con los arts. 1.249 y 1.253 C.c.; por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que constan en autos, que demuestran la equivocación del juzgador y no son contradichos por otros elementos probatorios.

225

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente centra el debate en *F.J. 2.º* para, *en razón de la fecha* del reconocimiento que se impugna (23 marzo 1984), considerar la legislación aplicable. Seguidamente, examina *los motivos 1.º a 3.º* en el *F.J. 3.º*, ratificado en *F.J. 4.º*, y termina con el análisis de los *motivos 4.º al 7.º* en el *F.J. 5.º* (22).

En *F.J. 3.º*, p. 4 dice el Ponente que "... *esta acción del hijo a la investigación de su filiación, tasada y limitada a su favor por la ley como tal sujeto activo del derecho, no impide, asimismo, reconocer otra acción de igual naturaleza a*

figuran en los citados escritos relativos a la prostitución pudieren ser constitutivos de delito".

(21) Acoge los *pedimentos 1 a 3*, si bien invirtiendo su orden: el 1.º es el 2.º de la demanda, y el 2.º es el 1.º de la demanda.

(22) La extensión y longitud de los fundamentos reseñados hace que haya tenido que atribuir *un número* a cada uno de los párrafos, en atención a la finalidad informativa de este trabajo.

favor del progenitor en el también ejercicio propio de su condición de padre, porque la relación paterno-filial, jurídica y teleológicamente, es recíproca...". En el p. 5 añade "*Este supuesto del padre ejerciendo su derecho no está regulado en la legislación catalana... pero esto no significa prohibición o negación del derecho del padre ... a reclamar judicialmente la declaración de su condición de progenitor natural, ya que no hay razón lógica ni precepto legal que lo impida*". Estas consideraciones favorables a la *admisión de la acción del padre* las fundamenta el Ponente en el principio de libre investigación de la paternidad, en la interpretación del art. 1-2.º CDC. CAT. y en el derecho supletorio (D.F. 2.ª CDC. CAT. redacción de 1960, con aplicación al caso del C.c.). Parecidas consideraciones son aplicables a la pretendida infracción del art. 5 CDC. CAT.: la acción ejercitada *queda fuera* de los supuestos contemplados por el citado art. 5 *porque éste es un caso* (impugnación de filiación devenida matrimonial) *no previsto ni regulado en dicho precepto, pero no prohibido por el precepto como pretenden los recurrentes, y para legitimar esta acción conviene remitirse al derecho supletorio. Finalmente, el demandante en su calidad de "afectado", puede acumular las dos acciones en la litis.*

En F.J. 4.º comienza diciendo que "*Rechazadas, por tanto, las pretendidas infracciones de los arts. 4 y 5 CDC. CAT., ya que éstos no regulan ni contemplan las acciones que ejercita el actor Don Juan, conviene recurrir a los preceptos del C.c. para ver si en ellos se contempla la facultad legitimadora del padre real o biológico para promover la declaración judicial de su paternidad y la impugnación por el mismo de la filiación contradictoria que figura como matrimonial*" (23). Sigue en p. 2 con el examen de los arts. 131 y 134 C.c., cuya *aparente antinomia* (filiación recla-

(23) "*Remisión obligada*, dice, por el art. 1.º y D.F. 4.º CDC. CAT., en concordancia con los preceptos de los arts. 9.4.º, 14 y 16.1.1.º C.c.: cuya aplicación al caso resulta ineludible".

mada que contradiga otra legalmente determinada) resuelta en el sentido de que esta regla contiene una *excepción legalmente determinada* que permite sin paliativos la impugnación de la filiación contradictoria cuando se descubra que la que figura determinada es biológicamente inexacta porque se ha acreditado la paternidad real en favor de otra persona (cita las SS. del T.S. de 5 noviembre 1987 y 23 febrero 1990). Concluye en p. 3 con la *desestimación de los tres primeros motivos*, considerando acertada y ajustada a derecho la *admisión* de la legitimación activa de Don Juan para promover las acciones ejercitadas.

En F.J. 5.º analiza *los restantes motivos, que igualmente desestima*, referentes todos ellos a la valoración de *la prueba practicada* (incomparecencia de D. José a la práctica de la prueba biológica, prueba de confesión y testifical, prueba pericial psicológica, no consideración explícita de algunos documentos aportados) por parte de la Audiencia. Considera que la Sala sentenciadora tiene reservada con carácter exclusivo la facultad interpretativa de todas las pruebas, siendo su apreciación discrecional y soberana contra la cual no cabe recurso de casación. En p. 5.º examina con argumento “ad abundantiam” la referencia a *las actas notariales que recogen declaraciones de testigos* que, en sí mismas, no tienen valor probatorio, aunque —nuevamente hechas estas declaraciones en la prueba testifical —su contenido sí debe ser considerado, como lo ha hecho la Sala ...— En p. 6.º dice el Ponente que “En síntesis, el análisis del conjunto de las pruebas y su valoración por la Sala sentenciadora no puede ser desarticulado extrayendo algunas del conjunto, porque en el recurso de casación no se puede proceder a una mera revisión estimativa de los hechos declarados probados, que lo convertiría en una tercera instancia...” En p. 7.º dice que “En la prueba practicada figuran un cúmulo de actos propios y significativos a favor de Don Juan... que permiten lógicamente llegar a la deducción afirmativa de su paternidad, *porque son muy elocuentes y claros los*

hechos estimados probados por la Sala... En p. 8.º termina diciendo que “Por tanto, tal como ha apreciado la Sala, los hechos descritos y probados... demuestran de manera suficiente que la menor R. ha tenido permanentemente desde su nacimiento la posesión de estado de hija extramatrimonial del actor D. Juan, razón por la cual han de ser considerados acreditados todos los requisitos que contempla el art. 135 C.c. para valorar la existencia real de una relación paterno-filial entre el actor y la menor R., relación que ha sido extorsionada por la actuación de D. José (en virtud del acto de reconocimiento de la supuesta paternidad de la citada menor).

En F.J. 6.º dice que *la desestimación de los motivos del recurso comporta la declaración de que éste no procede, con imposición de las costas de esta instancia a los recurrentes.*

14. S. DE 4 MARZO 1991.

Hechos:

A) 1. *En testamento de 1973 el causante Don Juan disponía en la CLÁUSULA SEGUNDA: “lega a su esposa e hijos el importe de todos los gastos extraordinarios, mejoras, maquinaria agrícola, ganado y demás, satisfechos por el señor otorgante en las fincas que su señor padre le donó y prelegó bajo fideicomiso; y el importe de todos los gastos, tanto ordinarios como extraordinarios que haya satisfecho el señor otorgante por razón de los bienes que su señor padre le donó con fideicomiso puro”. Y en la CLÁUSULA SEXTA dispuso que “Estos gastos se comprobarán de las cuentas y libros que el propio testador lleve al efecto”.*

2. *La viuda y los hijos formalizan en 21.3.1985 en escritura pública un contrato de compromiso, en el que se somete a arbitraje de equidad como CUESTIÓN SEGUNDA la de “Determinar el importe que haya de integrar el legado establecido por el causante en su testamento en favor de su*

esposa y todos sus hijos, a satisfacer por el heredero, y a que se refieren los apartados c) y d) de la cláusula 2.^a del antedicho testamento”.

3. Los tres árbitros nombrados dictan por unanimidad *un laudo*, formalizado en *escritura pública* del día siguiente (13.6.1985), en el que, entre otras cosas, en la parte relativa al tema conflictivo, dice en el ATENDIDO que “la segunda cuestión a resolver por los árbitros, consiste en determinar el importe que haya de integrar el legado establecido en el testamento en favor de la esposa e hijos del causante, en los apartados c) y d) de la cláusula 2.^a del mismo... Estos elementos probatorios... (24) no han sido aportados a este procedimiento arbitral, no constando tampoco a los árbitros la existencia de los mismos; ... ni tampoco se ha aportado ningún medio de prueba que permita fijar el legado...; sin que pueda cuantificarse tampoco aproximativamente por carecer los árbitros de elementos para ello, ni tampoco ser admisible por tratarse de un legado de cantidad o cosa específica. *Por todo lo anterior, es por lo que estos árbitros no pueden determinar el importe de este legado, dada la carencia de pruebas suficientes para ello*” (sic). En el consiguiente FALLO, bajo el numeral II, dicen: “Que no se puede determinar el importe que haya de integrar el legado establecido por el causante en su testamento, en favor de su esposa y todos sus hijos, a satisfacer por el heredero... por carecer los árbitros de pruebas suficientes para ello”.

4. *Contra dicho Laudo* la viuda y varios hijos del causante formulan *recurso de nulidad* ante la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (25), basado en *el motivo único* fundado en no haber concedido los árbitros a los recurrentes la oportunidad de ser oídos y en la falta de pruebas sobre pun-

(24) Se refieren a “las cuentas y libros” del testador.—Todos los subrayados son míos (J. C. G.).

(25) Este recurso *hoy ha desaparecido*, al no haber sido recogido en la nueva Ley de Arbitraje de 5 diciembre 1988: ésta regula un *recurso de anulación* ante la Audiencia Provincial.

tos de interés para el proceso. El T.S., por *Sentencia de 16 junio 1987*, rechaza la existencia de la infracción denunciada y afirma que los árbitros dieron cabal cumplimiento a lo dispuesto en art. 29 de la Ley de 22 diciembre 1953 sobre Arbitrajes de Derecho Privado [texto entonces vigente].

B) Con fecha 30 septiembre 1986 *la viuda del causante y nueve de sus hijos* formulan *demanda contra el hijo instituido heredero* solicitando del Juzgado se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1) *Se condene a Don Pedro Manuel... a satisfacer a cada uno de sus hermanos y a su madre, la suma de 33.154.792 Ptas.*, en concepto de pago del legado de mejoras y gastos extraordinarios efectuados por el causante en los bienes objeto del fideicomiso.— 2) *Se condene igualmente a Don Pedro Manuel a abonar a cada uno de los hermanos y madre, la total suma de 470.786 Ptas.*, onceava parte del líquido metálico de la herencia, una vez satisfechos los gastos de la misma.— 3) ... (26).

Por parte del demandado se contestó y se opuso a la demanda, *planteando* las excepciones de “incompetencia de jurisdicción” y de “litispendencia”, y formulando *reconvencción* con ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios a fijar en trámite de ejecución de sentencia.

C) El Juzgado procede *en el F.J. 5.º* a la labor hermenéutica del LAUDO dictado, y *razona* como sigue: “Ante el silencio de los árbitros caben dos interpretaciones, partiendo de la base que los colegatarios gozan del derecho de crédito reconocido en el art. 208 CDC. CAT.: 1.º) *Entender que el silencio* de los árbitros por falta de pruebas, *equivale* a considerar “valor cero” dichas mejoras; o, 2.º) *Entender que no ha quedado resuelto el contencioso sobre este punto*, y en virtud de lo cual sería competente este Juzgado para fijar

(26) Seguían los pedimentos desde el n.º 3 al n.º 11, inclusive; no se reseñan, por no afectar a la esencia del litigio.

la cuantía que por tales conceptos reclaman los legatarios. *Parece más adecuada esta última solución* a la vista del contenido del laudo arbitral, y *que no se reserva para la fase ejecutiva del laudo la fijación* de las mejoras, frutos y rentas". El Juzgado dicta sentencia el 21 diciembre 1988, disponiendo como sigue: "*desestimando* la demanda, *debo absolver y absuelvo* libremente al demandado de los pedidos formulados... *con imposición* de las costas a la parte actora".

D) Contra esta sentencia de instancia se interpusieron sendos recursos de apelación por la parte actora y por el demandado. La Audiencia Provincial dicta sentencia el 17 mayo 1990 —objeto de una *aclaración* posterior por AUTO de 7 enero 1991, de la propia Sección de la Audiencia—, cuya parte dispositiva dice: "*estimamos en parte* el recurso de apelación de Don Eduardo ... y otros (demandantes), y *desestimamos* el interpuesto por Don Pedro Manuel (*demandado*), *condenando* al demandado *AL PAGO*, en concepto de crédito de mejoras sobre bienes fideicomitidos referidos a los apartados c) y d) de la cláusula SEGUNDA del testamento, *DE 3.120.616 PTAS. a cada uno de los legatarios*; manteniendo el resto de los pronunciamientos; *sin condena* en costas en ambas instancias..."

E) Por parte de los *demandantes* se interpuso recurso de casación ante el T.S.J. (*del recurso se separaron*, con posterioridad a su interposición, *tres* de los nueve hermanos demandantes), fundado en los seis siguientes motivos, por infracción: del art. 208-1.º CDC. CAT.; del art. 359 LEC.; de los arts. 882.1 y 884 C.c., reforzados por los arts. 139 y 208 Compilación; de arts. 359 y 363 LEC. y 267.1 Ley Orgánica del Poder Judicial; del art. 9.2 L.O. Poder Judicial, por defecto de jurisdicción; y del art. 129 CDC. CAT.

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente hace *en F.J. 1.º* una pormenorizada exposición de los hechos y una disección del *mo-*

tivo 1.º, dando como resultado un larguísimo y denso F.J. (27). Tras la *comparación* de las dos sentencias de las instancias inferiores, *puestas en relación con* los antecedentes fácticos, *deduce*: "... claramente se evidencia la existencia de la equivocación jurídica *DE NO APRECIAR LA EXISTENCIA* del EFECTO POSITIVO DE LA COSA JUZGADA. *La identidad de lo resuelto* en el laudo arbitral y *lo planteado* en este proceso *es total*, abarcando los aspectos subjetivo, objetivo, causal y temporal". ... Después de hacer consideraciones sobre las reglas procedimentales y el laudo arbitral, dice el Ponente que "a las partes interesadas incumbe aportar las pruebas en el arbitraje, a los árbitros corresponde dar oportunidad al efecto, y al T.S. —en decisión del recurso de nulidad— controlar si se cumplió la mínima exigencia legal; porque LAS DEFICIENCIAS y OMISIONES no pueden ser corregidas ni por el T.S. (...), NI MENOS TODAVÍA EN UN JUICIO DECLARATIVO POSTERIOR (como explícitamente declara la Sentencia del T.S. de 3 marzo 1989) ...". El control jurisdiccional correspondía, por lo tanto, al T.S. ... y, de cualquier forma, no se dá el caso de "cuestión no resuelta" y por consiguiente deferida a otro juicio arbitral o proceso judicial posterior.—Se extiende el Ponente en consideraciones acerca de si hay o no un "non liquet" ...—Finaliza diciendo que "debe dejarse constancia de que el efecto positivo de la cosa juzgada es apreciable de oficio... y que no es dable alterar el contenido de la sentencia dictada por la Audiencia en virtud del principio que veda la "reformatio in peius", doctrina que tiene incluso alcance constitucional (SS. del T.C. de 6 octubre 1986 y 12 julio 1988). *Por todo ello DEBE RECHAZARSE, el primer motivo* del recurso.

El F.J. 2.º analiza el *motivo 2.º*, pero este motivo *NO*

(27) Se trata de ofrecer en síntesis lo más relevante del F.J.: cuando se observen *subrayados* son siempre míos (J. C. G.), a excepción del destacado en mayúsculas por venir así en la propia sentencia.

PUEDE SER ACOGIDO porque, además de que la temática fue resuelta por la Sala de Instancia —lo que conlleva que no quepa hablar de incongruencia—, tampoco procede discurrir en torno a la aplicabilidad de la doctrina del error de hecho en la valoración de la prueba por no darse los presupuestos fácticos del art. 1.692-4.º LEC. y jurisprudencia dictada en su aplicación. En todo caso, es aplicable “*mutatis mutandis*” el efecto jurídico del F.J. precedente.

El F.J. 3.º examina *el motivo 3.º, que debe seguir la misma suerte DESESTIMATORIA* de los dos anteriores sin que ni siquiera sea preciso su examen: porque, *al no ser la cuestión* (denegación de la condena al pago de intereses) *objeto del recurso de apelación, devino firme el pronunciamiento del Juzgado, y obviamente no puede ser replanteada en casación.*

El F.J. 4.º, de larga y pormenorizada argumentación, analiza los motivos 4.º y 5.º del recurso: *el motivo 4.º NO PUEDE PROSPERAR, porque la materia* relativa a la entrega de legados y división de los mismos entre los legatarios *forma parte del compromiso y está sujeta a la actuación de los árbitros.* Basta leer los términos de la escritura de compromiso ... para disipar cualquier sombra de duda o incertidumbre. Alude el Ponente a algunas “irregularidades” (sic) en la actuación procesal de la primera instancia; señala que la sentencia del Juzgado *no es clara* (por un lado, rechaza la excepción de “incompetencia de jurisdicción”, y, por otro lado, para puntos concretos del litigio reconoce pertenecen al arbitraje); apunta que la sentencia de la Audiencia “debió haber enfocado frontalmente toda la problemática procesal y adoptar las decisiones adecuadas, y no lo hace, y viene a mantener de forma confusa la misma solución del Juzgado (*examinando* unas cuestiones, por no estar sujetas al arbitraje, y *excluyendo* otras del conocimiento judicial, como vinculadas al mismo)” ...= *Por lo demás, en el concreto particular del motivo, es claro el acierto de fondo por parte del Tribunal de instancia: “Había falta de jurisdicción y el conocimiento correspondía al arbitraje de equidad”.*

Por la misma razón (antedicha) procede RECHAZAR el motivo 5.º, añadiendo el Ponente que no cabe hablar o imaginar que pueda generarse lo que se denomina “perpetuación” de la jurisdicción de los árbitros... y además es totalmente lógica la doble actividad de los árbitros habida cuenta de la acumulación de funciones de arbitraje y contador partidador (arg. s. T.S. 14.11.1984)...= Nada obsta a lo dicho la hipotética situación de animosidad entre los recurrentes y los árbitros, como tampoco el deferimiento temporal de la actuación partidadora de éstos, pues quienes precisamente interfirieron su labor fueron los alegantes con el recurso de nulidad y el planteamiento de este proceso.

En el F.J. 5.º examina el motivo 6.º —con carácter SUBSIDIARIO del motivo 1.º— en el que se pretende el cobro de suplemento de legítima sobre LA BASE de que debe incluirse en el caudal relicto a efectos del CÓMPUTO DE LEGÍTIMA el valor de los bienes que integran el fideicomiso puro electivo, valorado pericialmente en la suma de 608.898.336 Ptas. Dice el Ponente que EL MOTIVO DEBE RECHAZARSE: porque es claro que dichos bienes no son computables en la herencia del fiduciario, sin que nada obste que el fideicomiso puro sea electivo, y nada tenga que ver el precepto del art. 270.5 CDC. CAT. sobre la reserva viual.— La pretensión de la parte recurrente no tiene ningún soporte doctrinal ni jurisprudencial...= ... pues todos los interesados en la herencia repudiaron el juicio judicial e incluso el proceso especial arbitral de derecho para someterse al de equidad, y obviamente al mismo han de estar sin que quepa invocar en el juicio declarativo ordinario hipotéticas lesiones a los derechos de legítima como consecuencia de la actuación de los árbitros.

Con imposición de las costas a la parte recurrente.

15. S. DE 21 MARZO 1991.

Hechos:

Don José había fallecido bajo testamento en el que instituía heredero a su hijo Don Juan (*demandado*) y dejaba la legítima que por ley corresponde a sus tres hijas... (*demandantes*).

Por la parte actora se había alegado, entre otras cosas, que cuando el hijo heredero tenía 21 años su padre le había vendido las empresas familiares por el precio de 22.000.000 Ptas.; y que en un documento privado (*nota manuscrita*, de 16.4.1987, del causante) se detallaba un patrimonio real oculto de 393.000.000. Ptas.

Las hermanas legitimarias formulan *demanda* contra el hermano instituido heredero, solicitando del Juzgado que dicte sentencia por la que se estime la demanda y se condene al demandado a pagar a las actoras la cantidad de CIEN MILLONES DE PESETAS, incrementada con los intereses legales desde la interposición de la demanda, cantidad que deberá ser distribuída entre las mismas en proporción a los respectivos derechos legitimarios (D.^a M.^a C., 30.000.000 Ptas.; Doña R. M., 38.000.000 Ptas.; y D.^a M. I., 32.000.000 Ptas.), más aquellas otras cantidades que en el momento procesal oportuno resulten de incrementar el contenido económico de los derechos legitimarios de las mismas; con imposición de las costas.

Por el Juzgado se dicta sentencia el 6 septiembre 1989 en la que, *desestimando* la demanda, *debía absolver y absolvía* al demandado de los pedimentos contenidos en aquélla, con imposición de costas a las actoras.

Interpuesto recurso de apelación por las hermanas actoras, la Audiencia Provincial dicta sentencia de 31 julio 1990, *argumentando* que “la cuestión debatida en este litigio es un problema de sumas y restas” (las actoras pretenden que el caudal hereditario que ha de servir de *dividendo* para el cómputo de la legítima se amplíe, de un lado, con el

importe de sociedades familiares donadas al heredero mediante un contrato simulado de compraventa, y, de otro lado, con metálico y otros valores relictos no incluídos en el inventario por el heredero). La Audiencia dice en su fallo que, *estimando* el recurso de apelación, *REVOCA* la sentencia impugnada y *ESTIMA PARCIALMENTE LA DEMANDA* en el sentido de que “*la porción legitimaria que corresponde a cada una de aquéllas es la cifra resultante de dividir por el número de hijos del causante (cuatro) la cuarta parte del caudal relictos líquido del mismo determinado en la forma dicha en esta resolución, a la cual se imputarán las donaciones recibidas por las actoras del causante y que expresamente fueron imputadas por él mismo a la legítima en el momento de efectuar la donación; condenándose al demandado al pago a cada una de ellas de la diferencia existente entre la porción legitimaria dicha y el valor de estas donaciones; sin declaración sobre las costas.*”

Las señoras *demandantes* formulan recurso de casación ante el T.S.J., con base *en cinco motivos*, por infracción: del art. 1.253 C.c.; del art. 129 CDC. CAT.; del art. 1.225 C.c.; del art. 359 LEC., por vicios de la sentencia; y del art. 139 CDC. CAT.

El demandado *manifestó* su intención de interponer recurso de casación, *pero no presentó* escrito de interposición del recurso, por lo que se le tuvo por *decaído* en su derecho (*proveído* recurrido en súplica, y confirmado por AUTO).

Fundamento del fallo del T.S.J.:

En *el F.J. 2.º* examina el Ponente *el motivo 1.º* de casación, denunciando la infracción del art. 1.253 C.c., porque la sentencia recurrida no formó la presunción lógica de que con 21 años *el comprador* (luego heredero) no podía acreditar medios suficientes de pago: pero la Audiencia dice que “*el precio no puede considerarse sin más ficticio*” y no deduce que la compraventa hubiere sido simulada.—Cita el

Ponente las sentencias del T.S. de 13 diciembre 1989 y de 14 noviembre 1990 ...— En el caso que nos ocupa —finaliza el Ponente— el Tribunal de instancia *no estima probado el hecho base* (que sería la carencia de recursos del comprador); esta *falta de premisa fáctica no ha sido combatida adecuadamente* y, por tanto, *no cabe* examinar la corrección de un proceso deductivo, que no puede llevarse a cabo por no existir antecedente en que fundarlo.

En *el F.J. 3.º* analiza el Ponente *el motivo 2.º* de casación, denunciando la infracción del art. 129 CDC. CAT. por cuanto la sentencia impugnada *no incluye* las empresas familiares que habían pertenecido al causante a los efectos del cómputo de la legítima.— Alude a la creciente influencia del Fisco en la realidad económica... .— En el caso, *la desestimación del motivo es clara como simple corolario* de lo dicho en el F.J. precedente: porque, *no admitiéndose por la Sala* que la venta de las empresas del causante a su hijo encubriese una donación, *no cabe* que su valor haya de añadirse al del caudal relicto.

237

En *el F.J. 4.º* examina *el motivo 3.º* del recurso, en orden a la relevancia del documento privado de 1987 (nota manuscrita). El documento es legítimo y genuino, dotado de *veracidad formal*; pero, en orden a *su contenido*, no incorpora una auténtica declaración de voluntad...— No permite inferir que revele un patrimonio oculto, *lo que estaría en contradicción* con la expresión testamentaria de que “las legítimas han sido suficientemente satisfechas en vida del testador”.— Considera el Ponente que *es correcta la valoración* de la sentencia recurrida, en cuanto que *dá* al documento *UN MERO VALOR INDICIARIO no corroborado por las restantes pruebas*: por lo tanto, *debe decaer el recurso*, ya que *no* se pone en duda la genuinidad del documento sino el valor probatorio de su texto...=.—

En los *FFJJ. 5.º y 6.º* pasa al estudio *del motivo 4.º*, que denuncian la infracción del art. 359 LEC., por cuanto la sentencia recurrida deja en la indeterminación jurídica y

cuantitativa los importes que en concepto de legítima debe abonar el heredero demandado a cada una de sus tres hermanas, y la omisión de cualquier pronunciamiento en torno a los intereses legales a pesar de haber sido reclamados en la demanda.— Considera el Ponente en F.J. 5.º que *la indeterminación* denunciada “*obliga no sólo a efectuar una serie de operaciones aritméticas QUE DEBIÓ HABER HECHO LA SALA, sino también a rastrear en los fundamentos jurídicos cuál sea el importe del caudal relicto y de las donaciones efectuadas por el padre a los hijos, así como su carácter de imputables o no a la legítima.*— *Todo ello en detrimento de la claridad y precisión que, junto a la congruencia, exige a las sentencias el art. 359 de la Ley Procesal Civil; INFRACCIÓN de las normas reguladoras de la Sentencia REVISABLE EN CASACIÓN a través del motivo 3 del art. 1.692 citado*” ...

En F.J. 6.º examina los *motivos 4.º (en el inciso respecto a los intereses legales) y 5.º (que denuncia la infracción del art. 139-p. 1.º CDC. CAT. ...)*. Recuerda el Ponente que *en el suplico de la demanda inicial se pide expresamente el punto de los intereses legales de la legítima, y que “no es menos cierto que la Sentencia no contiene pronunciamiento sobre intereses, CON LO CUAL ES PATENTE QUE INCURRE EN INCONGRUENCIA OMISIVA que debe ser subsanada”* ...

El F.J. 7.º dispone que “*cada parte satisfará sus costas en el presente recurso*”.

El FALLO del T.S.J. dispone que “*ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de casación... CONDENAMOS a Don ... (demandado) a que abone a las actoras el interés legal de sus derechos legitimarios desde la interposición de la demanda hasta su pago efectivo; ... que se concretan en las cuantías siguientes: D.ª R. M., 9.876.501 Ptas.; D.ª M. I., 3.832.023 Ptas.; y D.ª M. C . 1.974.699 Ptas...*— *Cada parte satisfará sus costas en el recurso*”.

Hechos:

Por el anterior dueño de una finca, vendida “a carta de gracia”, se formula *demanda* contra el adquirente. Entre los argumentos y *pedimentos* de la demanda figuran: el relativo a la nulidad del contrato y, subsidiariamente, a la rescisión por lesión en más de la mitad del precio de la venta; el relativo a que el vendedor —demandante— “asume la obligación de devolver la cantidad percibida (como precio) incrementada en un dieciocho por ciento”; y las *denuncias* de que se trata de un verdadero contrato de préstamo y que encubre un pacto comisorio prohibido por nuestro ordenamiento (28).

El demandante formula *recurso de casación* ante el T.S.J., fundado —al parecer— en motivos relativos: a la infracción del C.c. (arts. relativos al contrato de préstamo) por encubrir el contrato base del litigio un contrato de préstamo con garantía; por la inaplicación de la jurisprudencia relativa al contrato de *fiducia cum creditore*; por infracción de los arts. 1.249 y 1.253 C.c., por la no aplicación de la prueba de presunciones al caso debatido; por infracción del art. 1.859 C.c., prohibitivo del pacto comisorio; por la inaplicación de diversos artículos de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamo usurario; por error en la apreciación de la prueba, en orden a la valoración de la finca de autos; y por inaplicación de los arts. 321 a 325 de la CDC. CAT., reguladores de la rescisión por lesión u. d.

239

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente *rechaza totalmente* el recurso.

(28) Todo ello está deducido *implicit* de una atenta lectura de los FF.JJ. que el Magistrado Ponente presenta. Resulta en verdad difícil saber cómo fueron en realidad los *antecedentes de hecho* del presente litigio. No hay más datos.

Aparentemente —por lo expuesto en esta nota— la demanda no fué acogida ni en la primera ni en la segunda instancia.

En F.J. 1.º precisa *cuál será la legislación aplicable* al contrato litigioso y entiende *lo es la civil catalana*. Distingue entre el retracto convencional (regulado en arts. 1.507 ss. del C.c.) y las ventas a carta de gracia o ‘empenyorament’ (arts. 326 a 328 CDC. CAT.), y cita las SS. del T.S. de 8 marzo 1951 y 23 marzo 1972. Explicita cuál sea la *finalidad actual* del contrato de ‘empenyorament’ en Cataluña —en el F.J. 2.º— y cita *in extenso* la S. del T.S. de 3 mayo 1976 (sobre la compraventa con pacto de retro)...—= Continúa en el F.J. 3.º con su argumentación discursiva acerca del *contrato de venta a carta de gracia* típico de Cataluña, pasando revista a las opiniones de los autores (Durán y Bas, Parés, Faus-Condómines, y “DOCTRINA MÁS RECIENTE Y AUTORIZADA”) (29), y con la cita de argumentos de *las sentencias de 10 diciembre 1937* (Tribunal de Casación de Cataluña) y *de 8 de octubre de 1981* (Tribunal Supremo).

En F.J. 4.º *DESESTIMA los tres primeros motivos* del recurso alusivos a que el contrato litigioso ‘encubre’ un contrato de préstamo con garantía, verdadera causa contractual querida por los otorgantes, a que la causa del contrato era simulada o falsa y a que se trataba de un contrato de ‘fiducia cum creditore’. La desestimación viene como *conclusión* de las argumentaciones sentadas en los FF.JJ. 1.º, 2.º y 3.º

El F.J. 5.º *RECHAZA el motivo 5.º*, en orden a la denuncia de inaplicación de la prueba de presunciones. Cita la S. T.S. de 30 abril 1990, y concluye que *no concurre la hipótesis exigida por la jurisprudencia para discutir en casación* la inaplicación por la Sala sentenciadora de la prueba de presunciones.

El F.J. 6.º *rechaza* la denuncia de la infracción del art. 1.859 C.c., prohibitivo del pacto comisorio. Cita la S. T.S. de 22 diciembre 1988 (F.J. 18.º), y alude a *LA MODERNA DOC-*

(29) Entiendo debe referirse a los ya ‘cuasi - clásicos’ L. PUIG FERRIOL y M.ª E. ROCA TRIAS: en su obra *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, ed. Bosch, Barcelona, 1979.

TRINA CATALANA (30) cuando dice que “en la compraventa a carta de gracia el pacto comisorio es implícito”, frase que hay que entender en el sentido de que es inherente al contrato en cuestión la transmisión del dominio que en un primer momento es resoluble y luego se hace irrevocable. Por todo ello, ni el contrato de ‘empenyament’ es reducible a un préstamo con garantía real y pacto comisorio, ni vulnera una inexistente prohibición general de comiso o mecanismo legal de análoga finalidad.

El F.J. 7.º alude a la denuncia de la Ley AZCÁRATE de 23 julio de 1908 en orden a los contratos de préstamo usurario. Cita la S. T.S. de 8 octubre 1981 —EN SUPUESTO PERFECTAMENTE SUBSUMIBLE AL DE AUTOS—: es obvio que el contrato litigioso puede ser declarado usurario por los Tribunales según la normativa del art. 4 de la referida Ley de 23 julio 1908, pero para posibilitar dicha nulidad SE HABRÍA PRECISADO QUE ASÍ HUBIERA SIDO SOLICITADO EN EL JUICIO determinante del presente recurso ... con lo que su planteamiento en motivo de casación es cuestión nueva y, como de tal índole, de improcedente planteamiento... Añade el Ponente que el pedimento de la demanda relativo a la “obligación de devolver la cantidad percibida incrementada en un 18% anual”, es una declaración incompatible con la calificación del préstamo como usurario...

En F.J. 8.º RECHAZA los dos últimos motivos del recurso —sobre la rescisión por lesión (arts. 321 a 325 CDC. CAT.) y error en la apreciación de la prueba sobre la valoración de la finca de autos— por considerar: que el juzgador de primera instancia tiene en cuenta las diversas valoraciones que obran en autos y llega a la conclusión de que el precio pagado por el piso no es inferior a la mitad del precio justo; que no es misión de este Tribunal el verificar un reexamen de la prueba practicada; que el actor no ha demostrado su tesis en orden a la pretendida lesión; y que no

(30) Me remito a la nota 29 precedente.

puede pretenderse —a través del art. 340 LEC.— que el Juez supla no ya negligencias en la práctica de la prueba sino también omisiones en su proposición, alterando los principios de nuestro sistema procesal.

Con imposición de costas y pérdida del depósito constituido (F.J. 9.º).

17. S. DE 11 JULIO 1991.

Hechos: El Magistrado Ponente centra las cuestiones a resolver en el pleito en los FFJJ. 1.º y 2.º, como sigue:

I) *Antecedentes fácticos:*

1. *POR CONTRATO DE 1 FEBRERO 1981* Don Francisco confería un derecho de opción de compra, *A FAVOR DE* las sociedades 'P., S.A.', 'G., S.A.' y 'F., S.A.' (todas representadas por un mismo señor, Don Liberto), sobre una finca de su propiedad. El contrato contenía diversos pactos y, entre ellos, *SE HACÍA EXPRESA REFERENCIA* a un *contrato de arrendamiento* convenido *el mismo día* sobre la dicha finca entre el propietario y las tres sociedades.

2. Los días 1 de febrero de 1981, 15 de febrero de 1981 y 1 de marzo de 1981, se firmaban los contratos de arrendamiento referidos sobre dicha finca a favor —respectivamente— de las sociedades 'G., S.A.', 'F., S.A.' y 'P., S.A.'.

3. El día 3 de marzo de 1981 se otorga *escritura pública* en la cual D. Francisco confiere una opción de compra sobre la finca de referencia *A FAVOR DE* "P., S.A.", por plazo de cuatro años, prorrogables, por precio de 45.000.000 Pts., revisables en función del índice del coste de vida, y *sin* facultad de cesión de tal derecho a favor de terceros.

4. En 1984 D. Francisco *demand*a a las sociedades arrendatarias *de desahucio* (31) por falta de pago de los arriendos convenidos. Demanda *DESESTIMADA* por el (entonces) Juz-

(31) El Ponente, Dr. PUIG FERRIOL, utiliza la expresión tradicional "demanda de *desnonament*".

gado de Distrito de X. por sentencia de 2 enero 1985, considerando que el juicio de desahucio no era el procedimiento adecuado.

Como consecuencia de todo ello, *en 6 septiembre de 1985* Don Liberto —administrador de las tres sociedades arrendatarias ‘P., S.A.’, ‘F., S.A.’ y ‘G., S.A.’— *firma un contrato privado*, por el que *se compromete* a dejar libres los locales arrendados, *renunciando* a los correspondientes derechos derivados del arrendamiento por todo el día 30 de septiembre de dicho año, *A CAMBIO DE* la condonación de los alquileres pendientes de liquidación, y, *ADEMÁS*, pactándose una *cláusula penal* para el caso de demora en el desalojo de las fincas. El día 13 de enero de 1986, D. Francisco firma un documento privado, en el que reconoce recibir del administrador de las tres sociedades las llaves de los locales arrendados.

Con fecha *1 septiembre 1986* Don Francisco promueve *demanda* contra las sociedades arrendatarias, *en reclamación de cantidad en concepto de indemnización por la demora en el desalojo de los locales arrendados*. La demanda fué *ESTIMADA* por el Juzgado de Primera Instancia, por Sentencia de 9 febrero 1987.

5. Por el abogado de Don Liberto se procede en 15 febrero 1989 a *dirigir por conducto notarial una carta* a Don Francisco, en la que se le comunicaba que *LA SOCIEDAD “F., S.A.” EJERCÍA el derecho de opción de compra convenido en el documento privado de 1 febrero 1981 por el precio de 45.000.000 de pesetas*.

Don Francisco no contestó a dicho requerimiento.

II) Por *la sociedad “F., S.A.”* se procede el 5 abril 1989 a presentar demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra Don Francisco, interesando se dicte sentencia condenando a dicho señor a otorgar la correspondiente escritura de compraventa.

El demandado compareció y *se opuso* a la demanda, alegando fundamentalmente: 1) la *extinción* del derecho de op-

ción de compra convenido en el contrato de 1 febrero 1981, debido a que la sociedad actora había perdido, en el momento de ejercer la opción, la condición de arrendataria de la finca; 2) la *novación* de tal contrato *por el posterior de 3 marzo 1981 (escritura pública, en la que el derecho de opción se confería únicamente A FAVOR DE LA SOCIEDAD 'P., S.A.')*, y la *caducidad* del derecho de opción. *Subsidiariamente*, y para el caso de que se estimase la demanda, interesaba —*POR VÍA RECONVENCIONAL*— la rescisión de la compraventa por lesión en más de la mitad del precio justo.

III) El Juzgado de Primera Instancia dicta *sentencia* el 23 enero 1990, *por lo que no dá lugar a la demanda*.

Por la Audiencia Provincial se dicta *sentencia* el 13 diciembre 1990, por la que *se revoca* la de instancia y *se condena* al demandado al otorgamiento de la escritura pública de compraventa de la citada finca por el precio de 45.000.000 de pesetas, *con deducción* de las cargas que afectan a la finca objeto del contrato.

IV) Por el demandado se interpuso *recurso de casación* ante el T.S.J. con base en una serie de *motivos*, de entre los cuales interesa aquí *el cuarto*, en el que se alega la infracción de los arts. 1.281, 1.285 y 1.287 C.c.

V) *Fundamento del fallo del T.S.J.*

Tras la apretada exposición de los hechos básicos del litigio efectuada por el Ponente, pasa a analizar *en los FFJJ. 3.º y 4.º* la argumentación del recurrente *en su motivo 4.º*: *EL RECURRENTE ENTENDÍA que la sentencia de apelación considera los citados contratos de arriendo y de opción de compra como contratos yuxtapuestos, es decir, cada uno de ellos con vida y entidad propia e independiente, y no como un único contrato mixto y complejo y, por tanto, inseparables. LA SENTENCIA RECURRIDA PARTE CLARAMENTE de la tesis de la independencia y sustantividad de la opción de compra respecto a los vínculos del arrendamiento, con la natural CONSECUENCIA de que la facultad de ejercitar el derecho de opción no viene condicionada por la subsistencia del arren-*

damiento, según resulta de la interpretación gramatical, sistemática y finalista del contrato.

El Ponente entiende que *LA CONCLUSIÓN de la sentencia de apelación no parece admisible* dado que “en el caso del arrendamiento con opción de compra nos encontramos normalmente ante la figura de *los contratos coligados*, que dá lugar a la *unión* de diferentes contratos en un solo negocio jurídico, con tal de cumplir así la finalidad empírica que persiguen las partes contratantes. Y si se proyecta ahora *esta consideración general* sobre el caso litigioso, *la tesis de la unidad del contrato* se ha de considerar la más idónea a las circunstancias particulares que concurren en este caso”.

En el F.J. 4.º el Magistrado Ponente alude a la importancia fundamental que *el principio de la intención evidente de los contratantes* (art. 1.281 C.c.) tiene en el sistema del C.c., aunque matiza que *ESTE CRITERIO TIENE UNA UTILIDAD RELATIVA EN EL CASO LITIGIOSO* —y la afirmación puede hacerse *extensiva* a supuestos semejantes— puesto que *no aparece* una intención evidente de los contratantes y, *por consiguiente, surge el subsiguiente problema de investigar su verdadera voluntad*. Contrapone el Ponente seguidamente una visión subjetivista y otra objetivista del tema, como sigue: “... *Desde esta perspectiva subjetivista*, parece claro que en la intención de los contratantes el arrendamiento y la opción de compra se configuraban como un único contrato, como *resulta del hecho* de que en el contrato de opción de compra *se insertan* unas *cláusulas* relativas al contrato de arrendamiento y que las partes implicadas en la opción de compra vienen por regla general identificadas por las respectivas condiciones de arrendador y arrendatario, todo lo cual *evidencia* que en la intención de los contratantes ambos contratos constituían una unidad jurídica porque obedecían a un interés único. Y si de esta perspectiva subjetivista pasamos a otra de aspecto más *objetivo*, la conclusión es la misma. Ya que en los supuestos de arrendamiento con opción de compra la solución normal es la de decantarse por la uni-

dad de relaciones que se dan entre las partes contratantes, porque *ésta es la solución que se deriva del sentido lógico, del sustrato económico y de la utilidad práctica* ya que los contratantes por regla general tienen un interés en la unidad contractual que el ordenamiento jurídico considera merecedor de tutela. *Y más si se tiene presente que las relaciones jurídicas se dan entre las mismas partes contratantes, recaen sobre la misma finca, se establece un plazo común de duración y se fundamentan en una misma causa mixta o compleja formada por la unión de dos formas contractuales, que abocan a la tesis de la unidad de contrato por el hecho de que ambas formas contractuales se encuentran ligadas a sus vicisitudes; porque, en consideración a las finalidades que se persiguen con los contratos de referencia, parece evidente que si el contrato de arrendamiento hubiese sido nulo, esta nulidad se habría hecho extensiva a la opción de compra, porque en la intención de los contratantes constituía una unidad económica con el contrato de arrendamiento, y por tanto si durante la vigencia de la opción de compra se ha resuelto el contrato de arrendamiento, este hecho comporta la extinción de la opción de compra por ser un contrato coligado con el de arrendamiento (según resulta también de las sentencias del Tribunal Supremo de 5 enero y 27 febrero 1950, 21 noviembre 1963 y 21 octubre 1974)''.*

En el F.J. 5.º entiende que *no es necesario examinar los restantes motivos (1.º, 2.º, 3.º y 5.º) y que procede DAR LUGAR al recurso y ESTIMAR el 4.º motivo de casación.* En consecuencia, *PROCEDE LA DESESTIMACIÓN DE LA DEMANDA INICIAL con la consiguiente absolución del demandado* (conforme con la parte dispositiva de la sentencia de Primera Instancia). En cuanto a las *COSTAS* no se hace especial *pronunciamiento* en ninguna de las instancias ni respecto a la casación: cada parte pagará las suyas y las comunes por partes iguales.

Hechos:

1) *Demanda.* Por parte de *Don Jordi* se formula demanda en juicio de menor cuantía *contra D.^a Marta* —madre de la niña menor de edad Julia— *en reclamación* de la declaración judicial de su paternidad extramatrimonial, real y biológica, *solicitando, además*, y en consecuencia, para la menor los apellidos de ... en lugar de los que figuran en el Registro Civil, el otorgamiento de la patria potestad compartida del demandante y la demandada y que se establezca un régimen de visitas a su favor. Dirigió también la demanda indicada contra el Ministerio Fiscal.

La demandada —madre de la menor— *contestó y se opuso a* la demanda negando la paternidad del actor y su falta de legitimación porque no había tenido nunca la posesión de estado de padre de la niña Julia.

247

2) *Sentencias de Instancia.*

El Juzgado, por Sentencia 22 febrero 1990, *desestima la demanda, declarando* que el actor no está legitimado para interponer la acción ejercitada.

La Audiencia Provincial, por Sentencia 11 diciembre 1990, *desestima* el recurso de apelación y *confirma* en todas sus partes la sentencia de instancia.

3) *Recursos de casación ante el T.S.J.*

Contra la sentencia de la Audiencia recurren en casación ante el T.S.J. la parte demandante y el Ministerio Fiscal.

• El recurso del *demandante*, al amparo del ordinal 5.º del art. 1.692 LEC., se basa en dos *motivos*: *el primero*, por infracción del art. 1.º-2.º CDC. CAT. (al negar la *sentencia de la Audiencia* la legitimación del actor para poder ejercer la acción, conforme al art. 4-2.º CDC. CAT.), al hacer interpretación restrictiva del art. 4-1 CDC. CAT.; y *el segundo*, por infracción —por inaplicación— de la tradición jurídica catalana recogida en el párrafo 2.º del art. 1.º CDC. CAT. (porque *la sentencia de instancia*, con razonamiento

que recoge *la sentencia de la Audiencia*, le niega la legitimación necesaria para el ejercicio de la acción interpuesta al no haberse acreditado debidamente la existencia de los requisitos que prescribe el art. 131 C.c.).

• El recurso del M.^o Fiscal está desarrollado en cuatro motivos: *el primero*, por violación, por aplicación indebida, del art. 4-2.º CDC. CAT., sosteniendo que el principio de libre investigación de la paternidad es proclamado en el art. 32-2 C.E. y es reconocido históricamente en Cataluña conforme a su tradición jurídica ancestral; *el segundo*, por infracción, por inaplicación, de las normas que —como derecho supletorio en materia de filiación— regulan los arts. 122, 127, 131 y 135 C.c., los cuales cubren el vacío legal de la Compilación, y su falta de aplicación conculca la legitimación del actor no solamente para el procedimiento sino, inclusive, para la titularidad de la acción en defensa del interés legítimo del presunto padre por naturaleza de la menor Julia; *el tercero*, por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos, y que infringe los arts. 1.216, 1.218 y 1.248 C.c.; y *el cuarto*, por vulnerar la doctrina jurisprudencial respecto a la valoración de la negativa de la demandada a la práctica de la prueba pericial biológica.

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente considera que Don Jordi está plenamente legitimado para promover la acción de reclamación de su paternidad de la menor Julia, siendo, por tanto, PROCEDENTE ESTIMAR LOS MOTIVOS DE CASACIÓN interpuestos en tal sentido por la parte demandante y por el M.^o Fiscal en sus respectivos recursos. Para llegar a esta conclusión desarrolla su argumentación en los FFJJ. 3.º y 4.º

En el F.J. 3.º expone que —acreditada la vecindad civil de las partes litigantes y dados los arts. 14 y 16.1 C.c.— la primera cuestión a resolver es la de si Don Jordi está o no legitimado de acuerdo con la CDC. CAT. para promover la

acción declarativa de su pretendida paternidad de la menor Julia. Dice que la Compilación regulaba hasta ahora de modo muy sucinto las acciones en materia de filiación en sus arts. 4 y 5. *Pero dichas normas compiladas —en aplicación de las previsiones contenidas en el art. 1.º, párr. 2.º, CDC. CAT.— se han de completar, integrándolas, con las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina, que constituyen la tradición (32) jurídica catalana y, en lo que no prevén estas disposiciones —por imperativo de su D. FINAL 4.ª— rigen supletoriamente los preceptos del C.c. y las otras leyes estatales de carácter civil, en la medida en que no se opongan a aquellas disposiciones o a los principios generales que informan el ordenamiento jurídico catalán.*

El F.J. 4.º lo dedica el Ponente a la exposición de la “tradición jurídica catalana” en este punto, como sigue:

“La tradición jurídica catalana y los principios generales de su ordenamiento han sido siempre favorables a la libre investigación de la paternidad y de la maternidad con admisión de toda clase de pruebas con tal de conseguir proclamar la veracidad del hecho generador y para hacer coincidir, en cualquier caso, la situación jurídica formal con la real y biológica.= Siendo consecuente con la tradición citada, ESTA SALA CIVIL DEL T.S.J. de Cataluña, EN SU SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE ESTE AÑO, declaró pertinente la acción del progenitor promovida en la investigación de la definición legal de su paternidad biológica porque así fué admitido históricamente y porque el padre ha de tener el mismo derecho que el hijo al reconocimiento de su condición, porque tanto el uno como el otro han de ser igualmente protegidos en la facultad de obtener la declaración del hecho generador que los vincula.= Este derecho del padre para accionar no era regulado en la Compilación catalana, dado que ésta contemplaba solamente la relación paterno-filial desde la pers-

249

(32) En la redacción literal de la sentencia se lee aquí “transició”: estimo es un error mecanográfico, que debe salvarse en la forma expuesta (“tradició”).

pectiva del hijo, pero esto no significaba la prohibición o negación del derecho del padre, cuando las circunstancias particulares no le han permitido el reconocimiento formal de su paternidad, de reclamar judicialmente la declaración de ser el progenitor real.—= Estas consideraciones FAVORABLES A LA ADMISIÓN DE LA ACCIÓN DEL PADRE COMO DERECHO AUTÓNOMO E INDEPENDIENTE DEL DERECHO DEL HIJO, tienen su FUNDAMENTO BÁSICO en el principio de la libre investigación de la paternidad admitido desde siempre en Cataluña y en el párrafo 2.º del artículo 1.º de la Compilación que señala la interpretación adecuada de sus preceptos.—= EL CRITERIO DE ESTA SALA expresado en la sentencia citada HA SIDO RECOGIDO Y RATIFICADO de forma explícita EN LA LEY 9 DEL 27 ABRIL DE 1991 SOBRE FILIACIONES promulgada por el Parlamento de Cataluña en su art. 11, párrafo 3.º ...= ESTE PRECEPTO, que explicita plenamente la acción de los progenitores encaminada a la declaración de la paternidad o maternidad con independencia de la que corresponde al hijo, ES VIGENTE Y APLICABLE AL CASO DEBATIDO ya que en la DISP. TRANSIT. 1.ª de la citada Ley se declara ...= POR LO TANTO, no solamente de acuerdo con la doctrina tradicional citada sino también por imperativo de la ley recientemente promulgada DON JORDI ESTÁ PLENAMENTE LEGITIMADO para promover la acción en reclamación de su paternidad de la menor Julia, SIENDO PROCEDENTE POR TANTO APRECIAR LOS MOTIVOS DE CASACIÓN interpuestos en este sentido por la representación del actor y el M.º Fiscal”.

Expone a continuación el Ponente en el F.J. 5.º que “Admitida la acción de Don Jordi en reclamación de la paternidad de la menor Julia, de acuerdo con las consideraciones anteriores, ANTE LA FALTA de normas propias de la Compilación era necesario haber buscado su ordenación positiva —en aplicación de su D. FINAL 4.ª— en los preceptos del C.c. reguladores de la materia: el art. 131 C.c. dispone que “Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante po-

sesión de estado”. *Este concepto SE FORMA por los actos directos del padre o de su familia, demostrativos de un verdadero conocimiento voluntario, libre y espontáneo de su paternidad. Teniendo en cuenta este precepto, conviene examinar SI DE LA PRUEBA PRACTICADA resulta la existencia de los elementos necesarios para su estimación Y SI LA SENTENCIA RECURRIDA ha vulnerado por inaplicación o infracción los preceptos en que el M.º Fiscal fundamenta los motivos 2.º, 3.º y 4.º*—= *EN EL ANÁLISIS DE LA PRUEBA se observa (33): EN PRIMER LUGAR, que la sentencia de instancia no ha considerado debidamente que el precepto del art. 122 C.c. PROHÍBE al progenitor que hiciere el reconocimiento separadamente ‘manifestar en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente’. Por eso, cuando afirma que no es indicio suficiente para ser valorado el hecho de designar en la inscripción de nacimiento el nombre del padre como Jordi, deja de considerar que, atendidas las circunstancias, era la única manera de indicar la paternidad real del actor. Por lo tanto, este nombre sí que constituye un primer indicio de la paternidad que es necesario valorar juntamente con los otros hechos básicos que resulten probados, ya que la parte demandada se ha limitado a oponerse a la pretensión del actor sin alegar ninguna prueba susceptible de excluir su paternidad.*—= *(EN SEGUNDO LUGAR), otro elemento definidor de la posesión de estado es el ‘tractatus’, siendo éste el más indicador de la existencia real de la paternidad. En este sentido, es necesario apreciar como muy significativas las cinco actas notariales extendidas entre las fechas correspondientes al 14 noviembre 1987 y el 10 septiembre 1988, que evidencian la presencia de la menor en casa del actor y la atención y afecto (34) que éste y su padre le demuestran,*

(33) Introduzco aquí los argumentos del Ponente con subrayado especial numerándolos y a continuación uno del otro (con el enlace de un punto y guión, seguido o no del signo de igual): no obstante, en la redacción del texto publicado aparecen en párrafos separados.

(34) En la redacción literal de la sentencia se dice “efecte”: estimo se trata de un error mecanográfico a salvar en la forma que hago (‘afecte’).

siendo esta prueba documental merecedora de una especial relevancia de acuerdo con el art. 1.218 C.c., ya que acredita con documentos públicos que el 'tractatus' del actor hacia la menor corresponde realmente a una relación paternal y no a la de una simple amistad con la madre.— (=). *ADEMÁS, es necesario apreciar como muy revelador el hecho de que se acredite la presencia del actor en el Hospital de ... en el momento del alumbramiento de la niña, según se deduce de las fotografías ..., y su relación con la madre de la menor antes y durante la gestación, representada por la colección de fotografías aportadas como documentos probatorios indicativos de la relación íntima y afectuosa que el actor mantenía con la niña y su madre, todos ellos indicativos de la existencia real de un trato paternal hacia la menor cuya filiación se reclama.— (=) Estas buenas relaciones entre las partes y el hecho de que la niña recibiese las atenciones y el cuidado del actor en su propio domicilio resultan acreditados en la prueba de confesión de la demandada...—= FINALMENTE, la obstinada resistencia de la demandada a la práctica de la prueba biológica acordada en primera instancia... y después nuevamente acordada en la diligencia para mejor proveer y finalmente en apelación por la Audiencia, prueba que no se pudo realizar en ninguna ocasión por la obstinada e injustificada negativa de la madre a su práctica, constituye según la reiterada doctrina del T.S. (Sentencias de 14 octubre 1985, 3 diciembre 1988, 24 enero y 30 diciembre 1989) un indicio muy significativo que tiene especial relevancia a favor de la paternidad."*

El hecho de que el juzgador de instancia —concluye el Ponente en este F.J. 5.º— no haya valorado estas pruebas merece su reconsideración en este recurso atendido el carácter primordial que en este caso ha de tener la prueba documental ante la testifical contradictoria de ambas partes que no merece apreciación de acuerdo con la doctrina establecida por el T.S. (Sentencias de 8 marzo 1963, 16 diciembre 1982 y 26 mayo 1988) y según describe el art. 1.248 C.c.

En el F.J. 6.º el Ponente dice que “De la prueba analizada resultan un número de hechos indicativos por los cuales es necesario llegar a la deducción de que el actor Don Jordi es el padre extramatrimonial por naturaleza de la niña menor Julia de la que ha tenido permanentemente la posesión de estado: por esta razón han de considerarse acreditados todos los requisitos que contempla el art. 135 C.c. para determinar la existencia real de la relación paterno-filial entre el actor Don Jordi y la menor Julia...”

En el F.J. 7.º, en aplicación del art. 1.715.4.1.º LEC., el Ponente dice que LA ESTIMACIÓN de los motivos de casación de los dos recursos comporta la declaración de no imposición de las costas causadas en las instancias y que, por tanto, cada parte pagará las suyas y las comunes por mitad.

19. S. DE 22 JULIO 1991.

253

Hechos:

1) El demandante *SOLICITA* del Juzgado de Primera Instancia: *el deslinde* de una finca rústica de su propiedad sita en ...; *que se fije la línea de separación con la finca de los demandados; que se reintegre al actor en la posesión* de una porción de 2.447 m² que indebidamente poseen aquéllos; y *la demolición de la edificación* construída en suelo ajeno.

2) El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia *ESTIMANDO EN PARTE LA DEMANDA* y *declarando que el linde* entre la finca propiedad del actor y las de propiedad de los demandados *‘transcurre en la zona de tangencia por el límite de las parcelas catastrales números 110 y 114 del polígono n.º 5 de X.’, correspondiendo al actor el pleno dominio de la parcela 110 y condenando a los demandados al reintegro de la porción indebidamente ocupada y a perder en favor del actor lo en ella edificado.*

La Audiencia Provincial, por Sentencia de 3 diciembre 1990, *ESTIMA EN PARTE* el recurso de apelación de los demandados, *reconoce que el lindero discutido es el determinado*

en el catastro en la línea colindante de las fincas 110 y 114 citadas, y *DECLARA que la finca del actor ha sido invadida por los demandados edificando en terreno de aquél*. La Audiencia *DEJABA PARA EJECUCIÓN DE SENTENCIA* la determinación de la superficie ocupada, así como si lo edificado se construyó en todo o en parte en terreno del actor, variando en uno u otro caso los derechos del edificante y del dueño del terreno.

3) *Recursos de casación*: Contra la sentencia de la Audiencia formularon recurso la parte demandante y los demandados.

En el recurso de los demandados se alega la infracción de los arts. 348, 349 y 350 C.c., arts. 205 y 207 L.H., y 298 R.H., art. 7 C.c. (por abuso de derecho), art. 1.248 C.c., arts. 659 LEC. y arts. 516 y 517 LEC.

El demandante en su recurso denuncia la infracción del art. 364 C.c. (por aplicación indebida), art. 278 CDC. CAT. (por no aplicación), art. 361 C.c. (también por aplicación indebida) y art. 1.º CDC. CAT. (por su no aplicación).

254

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente dedica los *FFJJ. 2.º, 3.º y 4.º* al análisis del recurso *de los demandados, que QUEDA TOTALMENTE DESESTIMADO*. Y en los *FF. 5.º y 6.º* examina el recurso *del demandante, CON ESTIMA PARCIAL del mismo*. La argumentación es diversa y no sigue el orden numérico de los motivos de cada recurso.

• El *RECHAZO del recurso DE LOS DEMANDADOS* se argumenta como sigue: *en cuanto al último motivo —infracción de los arts. 516 y 517 LEC., por la falta de entrega de copias de documentos acompañados con la demanda—, las deficiencias fueron subsanadas por sendas providencias y los demandados tuvieron conocimiento de tales documentos y el examen y valoración de los mismos queda constatado en autos, con lo que se llega a la conclusión de que no existieron las deficiencias e irregularidades alegadas ni, en consecuencia, la indefensión de la parte.—* En cuanto a los

motivos 1.º, 5.º y 6.º —denunciando error en la apreciación de la prueba, respecto a la determinación de los linderos de las fincas, a la documentación del catastro y al valor probatorio concedido a los testigos de la parte actora por las sentencias de instancia—, los recurrentes se limitan a hacer una valoración subjetiva de la prueba testifical rechazando la realizada por el juzgador de instancia y ni siquiera aluden a documentos que obren en autos demostrativos del pretendido error en la apreciación de la prueba; en cuanto a la determinación de los linderos, tampoco señalan un documento que ‘per se’ revele lo contrario de lo apreciado en la instancia, sino que sólo se critica la deducción contenida en la sentencia impugnada; cita el Ponente las Sentencias del T.S. de 23 octubre 1990, y 12 noviembre, 14 noviembre y 5 diciembre 1990.—= Respecto a los motivos 2.º, 3.º y 4.º —sobre infracción de la normativa civil en orden a la definición y extensión del derecho de propiedad y de la reglamentación hipotecaria sobre inmatriculación de títulos públicos por exceso de cabida—, tal infracción pretenden justificarla los demandados recurrentes sobre la base de alterar las circunstancias fácticas de la sentencia impugnada —lo que no se ha conseguido— y con la afirmación de que la granja por ellos construida no se ha edificado sobre parte de los terrenos del demandante, volviendo a hacerse una nueva valoración de la prueba relativa al deslinde practicada en la instancia —prueba no desvirtuada en el presente recurso—; en cuanto a la inmatriculación, se parte del SUPUESTO NO DEMOSTRADO de que el exceso de cabida, inscrito en el Registro sin perjuicio de tercero hasta pasados dos años (art. 207 L.H.), afecta directamente al límite de las fincas de los litigantes establecido en la resolución impugnada. Finalmente, la supuesta existencia de abuso de derecho se intenta justificar aludiendo al comportamiento del actor (que compra en 1983 una finca por 125.000 Ptas. y pretende ahora una indemnización de 5.000.000 Ptas.), pero esa actitud de abuso de derecho referida se basa en la supuesta mala fé del dueño

del terreno, circunstancia que escapa a la casación y que fué debidamente valorada en la sentencia recurrida; cita el Ponente las Sentencias del T.S. de 30.11.1981 y 29.4.1986; y considera que esta cuestión no se planteó en la instancia y que, en principio, no abusa de sus derechos quien intenta definirlos contra el que edifica en su terreno.

256 • En cuanto al recurso DEL DEMANDANTE, el Ponente diferencia el primer motivo de los otros tres restantes del recurso, en la forma que sigue: EL MOTIVO 1.º —que denuncia la aplicación indebida del art. 364 C.c.— NO PUEDE PROSPE-
RAR, porque no hay tal incompatibilidad con el art. 278 CDC. CAT. y porque la aplicación en Cataluña del art. 364 C.c. viene avalada por la doctrina de los autores (que entienden que la eventual mala fé del constructor queda enervada en el supuesto de que la edificación se hiciera a la vista del dueño del terreno invadido sin que éste se opusiera...).— Entiende el Ponente que LOS SIGUIENTES TRES MOTIVOS están tan íntimamente relacionados que deben examinarse al mismo tiempo, y —uniendo en un solo argumento los razonamientos repartidos por el recurrente en los tres motivos comentados— considera que “aquél (recurrente) entiende que las disposiciones del Derecho Civil de Cataluña son de preferente aplicación a las del C.c. y, en consecuencia, es el art. 278 de la Compilación y no el 361 C.c. el que debe regular el supuesto discutido de edificación en suelo ajeno, tanto de buena como de mala fé.— (=) Ante esta argumentación entiende el Ponente que los hechos que fundamentan la sentencia recurrida permanecen inalterados al haber sido combatidos sin éxito y, por lo tanto, hay que partir: de un lado, de que la finca del actor ha sido invadida en la parte en que son colindantes por la finca de los demandados, y, de otro lado, que la edificación se ha realizado de buena fé (por la compensación de comportamientos ex. art. 364 C.c.). Con lo que estas circunstancias —unidas a la no probanza en la instancia de la concreta superficie ocupada por la edificación en suelo ajeno— condicionan la apli-

cación que se hace del art. 361 citado o la que debió hacerse del art. 278 de la Compilación”.

Sigue argumentando el Ponente que *“la sentencia recurrida aplica correctamente el art. 361 C.c. en los casos de accesión invertida (cuando la invasión del suelo es parcial), esto es, en las llamadas “construcciones extralimitadas”. En estos supuestos el principio de “superficie —sic— solo cedit” se sustituye por el de “accessorium sequitur principale”, atribuyendo la calidad de principal a lo construido cuando su importancia y valor superan al de la parte del suelo, COMO INDICA LA S. DEL T.S. DE 15 JUNIO 1981. Esta Sentencia, junto con las anteriores de 30.6.23, 31.5.49, 17.6.71, 23.10.73, 27.11.84, 12.11.85 y 19.4.88, señalan como requisitos de la accesión invertida los siguientes: a) que el instituto de la accesión viene regulado en función directa de la cosa principal, en cuyo favor ha de ceder la accesoria; b) que en materia de construcción extralimitada debe reputarse como principal lo edificado y como accesorio la porción de terreno invadida; c) que, conjugando criterios armónicos de equidad, sentido social de la propiedad y económico de la edificación, debe respetarse siempre la indivisibilidad de la construcción; y d) que al dueño del suelo invadido asiste un indudable derecho a una compensación económica justa por la intromisión que ha de soportar como consecuencia de los principios anteriores y como obligado tributo a una relación de vecindad entre feudos (sic)”*.

Continúa diciendo el Ponente que *“Esta doctrina aplicada para los casos de edificación parcial de buena fé en suelo ajeno, tanto en territorios de aplicación directa del C.c., como en Cataluña, justifica la decisión tomada por la sentencia recurrida ‘si lo edificado se construyó en parte sobre terreno propio del edificante’, teniendo, en este caso, el dueño de lo edificado derecho a adquirir la parte invadida mediante el pago de su precio y la justa compensación a que se alude en el punto d) antes referido.—= Pero si la ejecución de la sentencia demostrara que la edificación se hizo*

‘en su totalidad en terreno del actor’, el *Derecho Civil de Cataluña*, en el art. 278 de la *Compilación*, HA DE APLICARSE CON PREFERENCIA AL (35) 361 DEL C.C., pudiendo el que haya edificado de buena fé retener la edificación hasta que el dueño le reintegre, afiance o comuniqué judicialmente el precio de los materiales y de los jornales de los operarios, en la cuantía que declare quien pretenda la retención sin perjuicio de las comprobaciones posteriores”.

Concluye el Ponente que, “al no haberlo hecho así la sentencia recurrida DEBE ESTIMARSE PARCIALMENTE EL MOTIVO 2.º Y TOTALMENTE LOS MOTIVOS 3.º Y 4.º; y, consiguientemente, procede LA ESTIMACIÓN PARCIAL del recurso del actor en los términos que se determinan en la parte dispositiva de la presente resolución”.

En F.J. 7.º no se hace especial condena en costas.

Hechos:

1) Doña Asunción había arrendado a Don Eduardo, con fecha 1 octubre 1983, el negocio de bar-restaurant denominado X., instalado en una caseta de obra ubicada entre los mojones M-32 y M-33 de la playa de ..., lindando con el Paseo Marítimo ...

2) Al parecer (36) hubo un *procedimiento penal*, por *Diligencias Previas* n.º 417/1987, ante el Juzgado de Instrucción de ... A los autos se incorporaba una *certificación de fecha 3.11.1988 de la Delegación de Costas* en Cataluña del M.O.P.U. haciendo constar que “Doña Asunción no es *concesionaria* de ninguna zona de dominio público marítimo-terrestre en ...”.

(35) La redacción literal de la sentencia dice “el”: debe entenderse —por el contexto de la frase— más bien “al”, como dejo dicho.

(36) No constan otros datos: la ALUSIÓN se contiene en el resumen que de los argumentos del escrito del recurso efectúa el Magistrado Ponente en F.J. 1.º - ap. d).

3) Doña Asunción demanda en juicio ordinario de menor cuantía la resolución del contrato de arrendamiento contra Don Eduardo.

Por el Juzgado de Primera Instancia, en Sentencia de 10 mayo 1989, estimando la demanda, se declara resuelto el contrato de arrendamiento de industria correspondiente a la actividad de bar-restaurant X.

4) La Audiencia Provincial, en sentencia de 30 octubre 1990, rechaza el recurso de apelación del demandado y confirma íntegramente la sentencia de instancia.

5) Por el demandado Don Eduardo se formula ante el T.S.J. *recurso de revisión*, fundado en el art. 1.796-1 LEC., basado en los siguientes argumentos: 1) de un lado, porque D.^a Asunción carecía de legitimación activa para accionar, dado que el bar-restaurant litigioso está ubicado en zona marítimo-terrestre y ella no tiene título alguno para su uso al no ostentar la cualidad de concesionaria; 2) y, de otro lado, que de dicho hecho —y del *documento* (certificación del M.O.P.U. citada) aportado al procedimiento penal se tuvo conocimiento por esta parte a primeros de septiembre de 1990, por lo que tal conocimiento se califica como ‘de nueva noticia’, fundamental para la decisión y, por ende, incardinable en el n.º 1 del art. 1.692 LEC.

259

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente resuelve este extraordinario recurso *DE REVISIÓN en el F.J. 2.º y lo rechaza*, al decir que “*Resulta incuestionable la IMPROCEDENCIA DEL recurso planteado porque, fundamentándose la revisión que se pretende en el n.º primero del art. 1.796 LEC., el precepto exige para su prosperabilidad que, ‘después de pronunciada una sentencia firme se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor, o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado’, y en el caso ocurre que el documento ... NO CONSTA QUE ESTUVIERE DETENIDO por fuerza mayor o malicioso proceder de la parte favorecida por la sentencia impugnada,*

requisito de inexcusable concurrencia como enseñan entre otras las SS. T.S. de 3.3.1983, 2.7.1985, 21.6 y 14.7.1986, y cuya prueba corresponde al recurrente (S. de 18.4.1987); ADEMÁS, no tiene la condición de documento recobrado, ya que no cabe aplicar tal consideración a los que el recurrente tuvo a su disposición durante la tramitación del juicio..., y obviamente se tienen a disposición —cual sucede en el de autos— si se pueden obtener de un Registro u Oficina Pública (art. 504-3.º LEC. y SS. 21.6.1986, 18.4, 25.9 y 15.12.1987), sin que obste en modo alguno el olvido de la parte ... ni siquiera en su caso la dificultad en la localización ...; y, POR ÚLTIMO, ni siquiera el documento sería decisivo para resolver el pleito, pues sólo es decisivo el documento que puede ser eficaz para alterar el fallo y no parcialmente su fundamentación (SS. 27.4.1954 y 22.9.1986), y es claro que ... el planteamiento del Sr: ... (recurrente) no tiene ninguna consistencia ni en la perspectiva de la doctrina de la posesión, ni de la equidad, ni de la buena fé, siendo incontestable la existencia del arrendamiento y la legitimación 'ad causam' de la Sra. ... para ejercitar la acción resolutoria, con independencia de si la misma gozaba o no de la titularidad de la concesión administrativa; a todo lo que sólo cabe añadir que el denominado en nuestra LEC. RECURSO DE REVISIÓN, sea un remedio excepcional, un recurso extraordinario o un nuevo proceso o juicio jurisdiccional, AL IMPLICAR UNA restricción del principio de la cosa juzgada y, como consecuencia, del de la seguridad jurídica que ésta conlleva, ES DE INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA, tanto en el número taxativo de motivos como en la determinación del alcance de cada uno de ellos, de tal modo que no cabe imaginar una función genérica de corrección de errores, enmienda de infracciones de preceptos procesales o sustantivos, o de concesión de la posibilidad de utilizar nuevos argumentos o pruebas fuera de los estrictos casos previstos”...

Con imposición de costas y pérdida del depósito.

21. S. DE 1 OCTUBRE 1991.

Hechos:

1) El causante —padre de la aquí recurrente— había otorgado *testamento el 5.3.1984* en el que *manifiesta* “haber contraído único matrimonio con D.^a Esperanza, de quien no tiene hijos, pero la cual se halla en avanzado estado de gestación”. Luego *dispone* que “lega a dicha futura descendencia legítima, o a quien pueda acreditarla, la legítima correspondiente”, y “*designa herederos* a sus tres hermanos”.

El causante *se suicidó* en la noche *del 18 al 19 de marzo de 1984*. Después de fallecido el testador, *la viuda dio a luz una hija el día 14 de junio de 1984*, inscrita en el Registro Civil...

2) *La hija póstuma, aquí parte actora* —a través de su madre y legal representante— solicita del competente Juzgado la declaración de la nulidad del testamento citado de su padre causante (37).

3) La parte demandante interpone *recurso de casación* ante el T.S.J., con base en los *motivos* siguientes: 1.º) por indebida aplicación del art. 141.3 CDC. CAT., porque la hija póstuma ha sido preterida erróneamente en el testamento; 2.º) por infracción del art. 663.2 C.c., porque el testador no se hallaba en su cabal juicio en el momento de otorgar el testamento; 3) por infracción de la doctrina jurisprudencial sentada (sic.) por *la Sentencia del T.S. de fecha 4 de mayo de 1966*.

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente *parte en el F.J. 1.º de LA PREMISA* de que “Debe hacerse constar, con carácter previo, que el escrito de interposición del recurso de casación *cita las nor-*

(37) De la redacción literal de la sentencia no aparecen referencias a las sentencias de primera y de segunda instancia. Cabe suponer que una y otra fueron *desestimatorias*, por lo que de la propia dicción del Ponente se desprende.

mas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que considera infringidas, pero no el motivo o los motivos en que se ampara tal y como debió hacer conforme a lo dispuesto por el art. 1.707 LEC. El requisito omitido por el recurrente no es baladí, ni puro formalismo, sino ciertamente necesario para ser congruente con las reglas del art. 1.715 ... (S. del T.S. de 18.12.1985). La confusión es especialmente notable en el MOTIVO SEGUNDO —que el orden lógico obliga a examinar en primer lugar— ...= La lectura del motivo indica que el recurrente no discute tanto la pertinencia del precepto en el caso de autos cuanto el supuesto de hecho que determina su aplicación, es decir, si el testador se hallaba o no en su sano juicio. Ello hubiera podido producir, en su caso, error en la apreciación de la prueba (motivo 4.º del art. 1.692) y debió basarse en documentos obrantes en autos demostrativos de la equivocación del juzgador ...=”.

262

Sigue el Ponente con el examen del citado *motivo 2.º*, al que dedica *los FFJJ. 2.º y 3.º*, que se resumen como sigue.— En *F.J. 2.º* el Ponente *hace constar LOS HECHOS* siguientes: 1) *la valoración de la prueba obrante en autos en primera instancia (incluso la pericial de médico forense, practicada para mejor proveer) —confirmada íntegramente por la sentencia de la Audiencia—, de la que el juzgador llega a la conclusión de que el testador estaba en su cabal juicio cuando otorgó testamento notarial abierto; 2) la dación de fé del notario* de que, a su juicio, el compareciente tiene la capacidad legal necesaria para testar, conforme a lo dispuesto en el art. 685 C.c. (la presunción *iuris tantum* de que la capacidad del testador ha de presumirse siempre aparece *reforzada* cuando se trata de testamentos notariales: así, en S. del T.S. de 7 octubre 1982); 3) *la recurrente infiere la falta de juicio del testador del que denomina “disparatado” testamento, como acto preparatorio a su planeado suicidio.—* = En *F.J. 3.º* el Ponente analiza esa *inferencia* realizada por la recurrente (que califica de razonamiento silogístico, más exactamente *un entimema*) y entiende que *la premisa mayor*

implícita sería la de “nadie que proyecte su suicidio y lo lleva a cabo está en su cabal juicio”, y que *la premisa menor* de que ‘cuando acudió al Notario ya tenía en mente suicidarse dos semanas después’ *cabe sospecharla pero no aparece probada en autos*. A continuación dice el Ponente que “*Lo que sí debe rechazarse* es la pretendida relación necesaria entre el suicidio y la falta de cabal juicio ...= Es frecuente la asociación entre situaciones mentales anómalas, especialmente de carácter depresivo, y conductas suicidas. Pero ni esta relación se dá siempre ni los estados depresivos afectan necesariamente a la capacidad testamentaria ...= Las graves sanciones eclesiásticas contra los suicidios y la repercusión social que las mismas tenían para los familiares ...= Pero *de esta práctica ... piadosa no puede inferirse que la persona que pone fin a su vida lo haga siempre por no hallarse en su cabal juicio*. Tal *conclusión* sería *contraria* a las enseñanzas de la psiquiatría e incluso al sentir de civilizaciones que tenemos por clásicas. Basta recordar que un autor tan próximo al Cristianismo como SÉNECA dedica una de sus ‘Epístolas a Lucilio’ (la LXX) al tema de ‘la muerte apacible’.

El F.J. 4.º examina el argumento de la pretendida *preterición errónea* de la hija póstuma, aquí recurrente. Después de explicitar el Ponente en qué consiste esta modalidad de preterición, alude a su estudio por los clásicos catalanes (CÁNCER, ‘Variarum resolutionum’ ...), y considera que ni el tenor literal del art. 141.3 CDC. CAT., ni su interpretación teleológica, permiten ver en el supuesto de autos un caso de preterición: no existe el ‘deffectus voluntatis’ a que aludía CÁNCER. No existe ni la llamada preterición *formal* (el póstumo *es mencionado* de la manera más *precisa* posible en el momento de otorgar el testamento), ni tampoco la preterición *material* (le atribuye la legítima correspondiente). La exigencia de *ser mencionado* (“esmentat”) del art. 141 CDC. CAT. queda cumplida en el caso de autos, y *una interpretación restrictiva* de que ‘mencionar’ significa ‘nom-

brar' (en el sentido *estricto* de designar por el nombre) es *incompatible* con el examen sistemático del precepto. Tal interpretación *podría convenir* a los supuestos de preterición *intencional* ... pero no a la hipótesis de preterición del legítimo nacido después de otorgado el testamento (la persona no nacida nunca puede ser designada por su nombre porque no lo tiene) ...

En el F.J. 5.º analiza el *motivo* 3.º, en orden a la infracción de doctrina jurisprudencial, refiriéndose al art. 1.6 C.c. y a que es reiterado el criterio del T.S. de que "una única sentencia no constituye jurisprudencia a los efectos del recurso de casación" (SS. T.S. de 20.1.1961, 4.2.1975, 20.9.1990), aunque —sigue el Ponente— "No obstante, este Tribunal Superior no desconoce que cualquier pronunciamiento del T.S., no contradicho por doctrina legal en sentido estricto, tiene un alto valor como precedente del que no debemos apartarnos sin razones serias que lo justifiquen". A continuación procede el Ponente a la *comparación* entre el supuesto de hecho CONTEMPLADO EN LA SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1966 citada por la recurrente y el supuesto de hecho *subyacente en el caso de autos*, con detenido análisis de las circunstancias de uno y otro caso, para *concluir: en primer lugar, que uno y otro supuesto no son similares*, por lo que no cabe postular la misma 'ratio decidendi' (SS. de 6.11.1979 y 17.10.1983, entre otras); *en segundo lugar, EN LA S. DE 4 DE MAYO DE 1966 (4.º CONSIDERANDO)* "la Sala 1.ª del T.S. efectúa una sólida argumentación *histórica*, no hace sino reforzar lo que aquí se ha dicho, y *en ella descarta totalmente* la concurrencia de preterición errónea *cuando el póstumo no es mencionado en el testamento de manera imprecisa y contradictoria* con otras disposiciones, meramente *inter ceteros*, sino clara y singularmente determinado, concretando cuál sea la voluntad del testador a su respecto". Todo lo cual conduce a la DESESTIMACIÓN DEL TERCER MOTIVO del recurso, *al igual que los dos precedentes*.

Con condena en costas.

Hechos:

Una vez más, se trata aquí del típico supuesto de hecho en que el vendedor de una finca situada en territorio de Cataluña *demand*a frente al comprador la rescisión del contrato de compraventa por lesión ‘ultra dimidium’ (38).

Por el comprador se interpone *recurso de casación* ante el T.S.J., con base en los siguientes *motivos*: 1.º) al amparo del *ordinal* 4.º —sic— del art. 1.692 LEC., por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos y aduciendo *dos hechos* trascendentes (uno, que el vendedor no ha probado ser catalán; y otro, que el comprador tiene la vecindad civil del lugar de nacimiento, la de Menorca); 2.º) también amparado en *ordinal* 4.º del art. 1.692, en relación con el 1.691 LEC., por error en la apreciación de la prueba, alegando *dos hechos* (que el piso vendido está ocupado por su arrendatario, y que no quería cobrarle la renta legal de 4.800 ptas. mensuales); 3.º) al amparo del *ordinal* 5.º del art. 1.692 LEC., por infracción del art. 321-2.º CDC. CAT., y no aplicación del art. 1.095 en relación con los arts. 1.462, 1.464 y 1.469 C.c., porque no procede la rescisión *dado que no se hizo la entrega de la posesión del inmueble*; 4.º) al amparo del *ordinal* 5.º del art. 1.692 LEC., por infracción del art. 324 CDC. CAT., en referencia (sic) con el art. 1.295 C.c., “porque no se puede admitir que una rescisión solicitada y admitida por la otra parte (*no* por lesión) pueda dar lugar a que se quede con el millón de pesetas la parte actora” (sic); 5.º) al amparo del *ordinal* 5.º del art. 1.692 LEC., en relación con

(38) No aparecen otras referencias *fácticas* en la redacción literal de la sentencia. Se desprende de la dicción del Ponente que la demanda había sido *estimada* en primera y segunda instancia.

Al parecer se interpuso por el comprador demandado una *causa penal* (por hipotética falsedad del documento de compraventa del piso litigioso) y se solicitaba la *suspensión* del proceso civil ya iniciado en orden a la rescisión por lesión.

el art. 1.691-1.º (sic), por error de derecho, por violación por no aplicación de los arts. 578 y 659 LEC., e infracción de arts. 1.215 y 1.248 C.c., al *no haber apreciado* la Sala de Instancia *la prueba testifical*, de la que se deduce que en la fecha del contrato de compraventa el piso litigioso estaba ocupado por su arrendatario que pagaba mensualmente la cantidad de 4.800 Ptas.; 6.º) al amparo del ordinal 5.º del art. 1.692 LEC., por infracción por no aplicación de los arts. 1.454 y 1.281 C.c.

Parece que *EN EL ACTO DE LA VISTA DEL RECURSO* se formularon por el recurrente determinadas *alegaciones* respecto a que “las sentencias de instancia no entraron a examinar el tema de la capacidad mental del vendedor”.

Fundamento del fallo del T.S.J.:

266

El Magistrado Ponente procede a la *DESESTIMACIÓN TOTAL* del recurso, con variada argumentación, que se sintetiza seguidamente.

En el *F.J. 1.º* analiza *EL MOTIVO 1.º, QUE RECHAZA*: “porque (con independencia de la incorrección de su planteamiento al aducirse la infracción de un precepto de Derecho sustantivo por la vía del error de hecho en la apreciación de la prueba, y de que la invocación del n.º 4.º del art. 1.692 LEC. exige unos concretos requisitos, y entre ellos el fundamental de existencia de un documento ‘stricto sensu’ que no haya sido valorado por el juzgador de instancia, pues la valoración equivocada ha de ser deducida por el cauce del ordinal 5.º), de cualquier manera, la vecindad civil del Sr. ... (comprador ...) al tiempo de celebrarse el contrato resulta intrascendente, como irrelevante también resulta la del Sr. ... (vendedor ...) por más que la vecindad civil catalana de éste no plantee el mínimo atisbo de duda.—= Y ello es así porque, *VERSANDO EL TEMA LITIGIOSO SOBRE LA RESCISIÓN DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR LESIÓN ‘ULTRA DIMIDIUM’* rige como punto de conexión el de la situación de la cosa, es decir, será aplicable la normativa correspondiente (arts. 321 y si-

guientes) de la CDC. CAT. cuando —como ocurre en el caso— el inmueble objeto de la enajenación onerosa se halla situado en territorio de Cataluña, con total independencia de la vecindad civil del comprador: lo cual SE DEDUCE de los arts. del C.c. 16.1.1.º ... y 10.5 ... No es éste el lugar para discurrir acerca de la corrección u oportunidad del SISTEMA, PUES RESULTA INCUESTIONABLE QUE ES EL ÚNICO LEGALMENTE APLICABLE, y sin que obste la S. T.S. de 12.3.1984 (cuya referencia en el 7.º CONSIDERANDO a lo que constituye una solución distinta, tiene mero carácter de ‘obiter dicta’). Es de señalar también que el criterio de que se trata ya fué recogido en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y no excluído por la de la Audiencia, POR LO QUE LA PROSPERABILIDAD DEL RECURSO HABRÍA EXIGIDO IMPUGNAR TAL CONCLUSIÓN ...”=

El Ponente dedica el F.J. 2.º al examen de LOS MOTIVOS 2.º Y 5.º, por responder ambos a un mismo propósito en orden a la denuncia de error en la apreciación de la prueba. LOS DOS MOTIVOS DEBEN SER RECHAZADOS: *habría sido suficiente al efecto con recordar la doctrina de que no son idóneos los escritos de alegaciones y las pruebas documentadas, como tampoco los documentos ya valorados por el Tribunal de Instancia, ni cabe contradecir un resultado probatorio claramente extraído por la sentencia recurrida mediante el análisis de un mero elemento aislado; sin embargo, haciendo abstracción de lo dicho, y para aclarar totalmente la temática litigiosa, procede indicar que no hay duda de que el piso objeto de la compraventa estaba arrendado, pero ello no afecta al resultado del pleito (las alegaciones de que la parte vendedora no efectuó la notificación de la venta al arrendatario a los efectos del tanteo y de que al realizarse la valoración de la vivienda no se tuvo en cuenta el dictamen pericial ... son alegaciones no planteadas en la instancia, no siendo adecuado el hacerlo en casación) ...; y de cualquier forma, no existe el más mínimo barrunte o indicio de posible injusticia porque, dadas las circunstancias de la vivienda*

de autos y el valor de 53.360.000 Ptas. (dictamen pericial), el hipotético descuento por el arrendamiento en absoluto podría afectar a la *clarísima conclusión de que el precio justo excede con mucho del doble del pactado por las partes en el contrato de 25.2.1988; por último*, a los meros efectos dialécticos (pues no se hizo un planteamiento procesal adecuado) procede señalar que *el valor de capitalización de la renta en sede del art. 53 L.A.U.* (que regula el ejercicio de la acción impugnatoria a fin de evitar la denegación de la prórroga obligatoria por causa de necesidad) *no es transportable al concepto de justo precio contemplado en la rescisión por lesión*, como ya declaró la S. del T.S. de 9 abril 1957; ...=

El F.J. 3.º analiza EL MOTIVO 3.º, CUYA DESESTIMACIÓN ES EVIDENTE: porque la compraventa es en nuestro Derecho un contrato que se perfecciona (nace a la vida) por el mero consentimiento, de conformidad con los arts. 1.445 y 1.450 C.c., *sin que para tal existencia —y por ende, para su rescisión— sea necesario que se haya producido la consumación* (entrega de la cosa y pago del precio), *bastando el sinalagma genético. Es cierto que en nuestro sistema jurídico la traslación del dominio por vía contractual exige además* (del título) *la tradición* (modo de adquirir) *en cualquiera de sus modalidades legales* (arts. 1.462 a 1.464 C.c. y 277 CDC. CAT.): *PERO NO ES DABLE CONFUNDIR CONTRATO TRASLATIVO DEL DOMINIO CON TRANSMISIÓN DEL MISMO; aquello es una idoneidad, una vocación, disposición o querencia, y lo segundo es un efecto. Para la rescisión por lesión basta lo primero. EN SÍNTESIS: no es necesaria la entrega de la posesión, no es necesario que se haya producido el efecto transmisivo de la propiedad.—Por otro lado, es de advertir la inaplicabilidad de las sentencias que se citan en el escrito del recurso*, las cuales se refieren a supuestos ajenos al caso de autos ...

Finalmente, en F.J. 4.º estudia el MOTIVO 4.º, QUE TAMBIÉN RECHAZA: *el motivo debe claudicar, porque se trata de una*

cuestión nueva no suscitada en la instancia .. y además en cualquier caso, hay que tener en cuenta que el vendedor no hizo efectivo el talón o cheque nominativo, y no consta si el comprador prefiere la rescisión del contrato u opta por la facultad de complementar el precio hasta el que sea justo ...= Por otro lado, debe destacarse que no hay correspondencia entre las posiciones de las partes procesales, pues son totalmente independientes e incluso incompatibles la pretensión del vendedor (de rescisión por lesión) de la del comprador (de devolución por duplicado de las arras pactadas como penitenciales, con la consecuencia jurídica prevista en art. 1.454 C.c.).

Y precisamente por la incompatibilidad y efecto excluyente de ambas pretensiones, AL ESTIMARSE —COMO SE ESTIMÓ— la rescisoria por lesión 'ultra dimidium', resulta superfluo cualquier otro razonamiento respecto del tema suscitado en el motivo 6.º del recurso de casación ... por lo que también decae el motivo de que se trata.

269

Por último, las ALEGACIONES vertidas en la vista de la casación ... SON IRRELEVANTES: no sólo por no haberse hecho valer por un motivo concreto (como exige el art. 1.707 LEC.), sino, además, porque su existencia o inexistencia no afecta al tema debatido, al no exigir la acción rescisoria por lesión una especial situación subjetiva de su titular al tiempo de perfeccionarse la enajenación onerosa.

23. S. DE 22 OCTUBRE 1991.

Antecedentes fácticos (39):

I. Doña Carmen —ESPOSA Y MADRE DE LOS AQUÍ DEMANDADOS— había fallecido en 1971 bajo testamento de 1969 en el que “*lega a su esposo Don Antonio el usufructo vitalicio de todos sus bienes, con relevación de fianza, facultándole para que por sí solo pueda vender y gravar los bienes de la tes-*

(39) Expuestos con claridad, con otro orden, por el Ponente en el F.J. 1.º

tadora, excepto los que la misma posee en X.; e instituye herederos universales de sus bienes, respetando el usufructo y facultad de vender y gravar antedichos, a sus hijos José M.^a, Josefina y Alberto, en las partes iguales o desiguales y con las condiciones que su dicho esposo Don Antonio estime convenientes; y salva y lega su legítima a los que la puedan acreditar, en especial a sus dichos hijos”.

270 II. El 20 de noviembre de 1980 el viudo Don Antonio y sus tres hijos comparecen en la Notaría de ... y otorgan la llamada “escritura de Inventario y Manifestación de Herencia” (sic). En dicha escritura, *tras exponer* el contenido del testamento, *manifiestan* que “por carecer de momento de los datos precisos, *no pueden los comparecientes formalizar ahora el complejo inventario del caudal relicto* por la causante; *pero, urgiéndoles operar con una de las fincas de la herencia*, cuya titulación a favor de la causante les consta, *proceden a relacionarla, como principio de inventario que prometen adicionar en su día*, en la siguiente forma ...= Seguidamente procedían al otorgamiento: “*Primero.— Que Don Antonio y sus hijos ... aceptan, el primero el legado de usufructo con las facultades anejas, y éstos la institución hereditaria a su respectivo favor, dispuestos por su esposa y madre D.^a Carmen.— Segundo.— Por consecuencia del referido legado de usufructo y haciendo uso de las facultades distributivas a él concedidas por la testadora, su esposa, Don Antonio se adjudica en usufructo vitalicio y adjudica a su hijo Don José M.^a la finca antes descrita, el cual acepta tal adjudicación, reservándose adjudicar a éste y a los otros hijos de la causante los demás bienes de la herencia, con las correspondientes compensaciones en metálico en caso de que hubiere lugar a ello.— Tercero.— D.^a Josefina y Don Alberto dan su expresa conformidad a lo formalizado según el precedente otorgamiento, y consienten que la adjudicación según el mismo efectuada se inscriba en el Registro de la Propiedad en concepto de libre de toda afección legitimaria, consentimiento que igualmente pres-*

ta, por lo que a él pueda afectar, Don José M.^o (sic) (40).

III. Por parte del BANCO X. se plantea CONTRA el viudo Don Antonio y contra sus hijos Don José M.^a, D.^a DOLORES (41) y D.^a Josefina, ante el Juzgado de Primera Instancia de ... sendas demandas de juicio ejecutivo, que originaron los autos núms. 17 y 18/1981, en los que recayeron sendas sentencias de fecha 3 marzo 1981 mandando seguir adelante la EJECUCIÓN por una cantidad total por principal de más de 25.000.000.- Ptas.

En los referidos juicios ejecutivos se decretó el embargo de, además de otros bienes, los derechos hereditarios o legítimos que pudieran ostentar Don Antonio, Don José M.^a y D.^a Josefina en las fincas relictas por D.^a Carmen, SITAS EN C. y denominadas ...

IV. Por el BANCO X. se formula DEMANDA contra Don Antonio y sus tres hijos, por lo que se procede a:

271

- Argumentar:

- Que Don Antonio, y Don José M.^a y D.^a Josefina le adeudan más de 25.000.000 Ptas. y carecen de otros bienes suficientes para hacer efectiva la obligación pecuniaria.

- Que Don Alberto ES INTERESADO en la herencia de su madre.

- Que Don Antonio hizo uso de las facultades distributivas, efectuando una distribución igualitaria o de partes iguales entre sus hijos.

- Que éstos han aceptado la herencia relictas por D.^a Carmen.

- Que, si bien las dos fincas SITAS EN C. continúan inscritas a nombre de la causante y no han sido inventariadas todavía por los herederos de la misma, éstos intentan así ocultar un patrimonio que les pertenece.

(40) Así destacado por el Ponente en la propia sentencia.

(41) Así, en la sentencia. No se desprende de la redacción literal de los hechos quién pueda ser esta D.^a DOLORES: ¿quizá la esposa de Don José M.^a?

Obsérvese que no aparece como demandado el hijo Don Alberto.

• *Suplicar* se dicte sentencia con las siguientes DECLARACIONES:

1.º *Que Don Antonio, Don José M.^a, D.^a Josefina y Don Alberto son herederos testamentarios de su esposa y madre D.^a Carmen, fallecida en ... bajo el último testamento ante ..., y que han aceptado la herencia relicta por la causante, de forma pura y simple y sin beneficio de inventario, ante el Notario ...*

2.º *Que las fincas descritas ... SITAS EN C., forman parte de los bienes relictos por D.^a Carmen.*

3.º *Que, en méritos de los juicios ejecutivos n.º 17/81 y 18/81 del Juzgado de Primera Instancia de ..., LOS AQUÍ DEMANDADOS DON ANTONIO, DON JOSÉ M.^a Y D.^a JOSEFINA (42), SON DEUDORES SOLIDARIOS DEL BANCO X., por la cantidad de 15.000.000 Pts. y 10.620.872 Pts., respectivamente, más intereses, gastos y costas que prudencialmente se establecieron en 3.500.000 Pts. y 3.000.000 Pts., respectivamente, según sentencias firmes y ejecutivas.*

4.º *Que las fincas propias de los demandados, SITAS EN B., y a causa de los embargos preferentes a los tratados por el Banco X., deben responder de cantidades superiores a su valor real, que hacen prácticamente inviable y utópico que la parte actora pueda resarcirse de la totalidad de los créditos reconocidos en la declaración anterior.*

5.º *Que los demandados Don Antonio, Don José M.^a y Dona Josefina carecen de otros bienes, excepción hecha de las fincas de B. y las dos fincas de C., que puedan ser realizados a cuenta de las deudas contraídas con el Banco X.*

6.º *Que los demandados no han inventariado en documento público las fincas relictas por D.^a Carmen, SITAS EN C., y QUE FORMAN PARTE DE LA HERENCIA aceptada pura y simple(mente) ante ...*

7.º *Que el Banco X., PUEDE SUBROGARSE EN LOS DERECHOS DE LOS DEMANDADOS —excepto en el caso de Don Alberto—*

(42) Véase que tampoco es demandado Don Alberto.

Y OTORGAR EN SU NOMBRE Y REPRESENTACIÓN, en virtud de la subrogación prevista en el art. 1.111 C.c., escritura pública de inventario o ADICIÓN de inventario referente a las fincas SITAS EN C. y relictas por D.^a Carmen, y en los términos de la declaración OCTAVA que sigue.

8.º Que, *habiendo ocultado los demandados Don Antonio y Don José M.^a y D.^a Josefina sus derechos hereditarios sobre las fincas sitas en C. y relictas por D.^a Carmen —de acuerdo con la voluntad del distributario Don Antonio ... y de acuerdo con el art. 115-3.º CDC. CAT., así como en evitación de un fraude a los acreedores de los aquí demandados—, la nuda propiedad de las fincas relictas por D.^a Carmen debe adjudicarse por terceras e iguales partes indivisas a sus hijos José, M.^a Josefa y ALBERTO y en cuanto al usufructo ... adjudicarlo a Don Antonio.*

9.º Que *se faculte al Banco X. para que presente, para su liquidación del Impuesto de Sucesiones, y ante la Oficina Liquidadora que corresponda, la escritura que se otorgue en méritos de las declaraciones anteriores, así como para su inscripción en el Registro de la Propiedad de ...*

273

10.º Que, *EN LA SUBROGACIÓN DE DERECHOS que aquí se solicita NO PROCEDE ACTUACIÓN ALGUNA en los que correspondan a Don Alberto, por no adeudar cantidad alguna a la parte actora.*

11.º Que *los demandados deben ser condenados a estar y pasar por las anteriores declaraciones.*

12.º Que *las costas del presente juicio deberán ser satisfechas por los demandados.*

V. El Juzgado de Primera Instancia *dictó sentencia* el 19 junio 1989, *AL PARECER* (43) estimando la demanda.

La Audiencia Provincial *dicta sentencia* el 8 junio 1990 resolviendo el recurso de apelación de los demandados, *confirmatoria* de la de instancia.

(43) *Nada se dice al efecto* en la redacción literal de la sentencia, aunque es implícitamente deducible de la exposición.

VI. Por parte de *LOS DEMANDADOS* se interpuso *recurso de casación ANTE EL T.S. (SALA 1.ª)*, y por éste se acuerda la *competencia del T.S.J. de Cataluña* por Auto de 21 febrero 1991.

En consecuencia, *LOS DEMANDADOS* (Don Antonio, Don José M.^a, D.^a Josefina y D. Alberto) interpusieron *recurso de casación ANTE EL T.S.J. DE CATALUÑA*, formalizado en base a *TRECE* motivos, que seguidamente se resumen:

1.º Infracción del art. 675, a.p. 1.º, punto 1.º C.c., en relación con el *pronunciamiento primero* de la Sentencia recurrida: porque el demandado Don Antonio no tiene la condición de heredero testamentario de D.^a Carmen, por ser *solamente un simple legatario de usufructo*.

2.º Infracción del art. 1.281, párrafo 1.º C.c., en relación con la llamada escritura “de Inventario y Manifestación de Herencia”: porque en dicha escritura se trataba de una aceptación de la herencia relicta de la madre *de la modalidad* de institución de heredero establecida en el testamento, tratándose de una mera escritura de “principio de inventario” (sic). Por todo lo cual, se interpreta erróneamente la voluntad del distributivo.

3.º Infracción del art. 1.281, párrafo 2.º C.c., en relación con la referida escritura: porque hay *contradicción* de las palabras empleadas con la intención evidente de los otorgantes.

4.º Infracción del art. 1.284 C.c., en relación con la misma escritura: porque una cláusula de la misma admite diversos sentidos.

5.º Infracción del art. 1.283 C.c., en relación con la dicha escritura: en cuanto a las expresiones ‘adjudicación’ y ‘reserva de adjudicar’.

6.º Infracción del art. 115-3.º, a.p. 1.º, prop. 1.^a, en relación con el art. 98 ap. 1.º, prop. 1.^a de la CDC. CAT., en orden a la delación de la herencia y al ejercicio de la facultad de distribución.

7.º Infracción del art. 115 CDC. CAT., respecto de la facultad de distribución.

8.º Infracción, por interpretación errónea, del art. 115-norma 2.ª CDC. CAT., en relación con las normas 1.ª y 3.ª del mismo artículo, en cuanto a la facultad de distribución.

9.º Infracción del art. 1.111 C.c.: porque ni Don José M.ª ni D.ª Josefina, tienen ningún derecho concreto sobre las fincas relictas, salvo el derecho de legítima, y porque la adjudicación de las fincas por terceras partes indivisas *implificaría la aceptación tácita* de la herencia por los adjudicatarios, sin que los acreedores estén facultados para aceptar la herencia por sustitución o por subrogación.

[Al fundamentar el recurso *en el escrito de interposición*, y *EN EL ACTO DE LA VISTA DEL RECURSO*, se adujo —con argumentación *distinta*—: 1.º) que con la subrogación declarada por la sentencia recurrida no se incrementa el patrimonio de los deudores, pues ni la escritura pública ni la inscripción en el Registro de la Propiedad son modos de adquirir o extinguir derechos.—2.º) Al fundamentar el recurso, *EN EL ACTO DE LA VISTA*, se denuncia que la Sala de Instancia no tuvo en cuenta que la acción subrogatoria tiene en el art. 1.111 C.c. con un carácter subsidiario, porque no se ha intentado subastar el derecho de usufructo del que es titular Don Antonio, que tiene la condición de deudor solidario ...].

275

10.º Infracción de los arts. 1.058 y 1.059 C.c., en orden la partición hereditaria (44).

11.º Infracción de los arts. 133 y 115-norma 1.ª - in fine CDC. CAT., en relación con el principio de *la intangibilidad cualitativa* de la legítima: principio vulnerado —al decir del recurrente— *por los pronunciamientos 7.º, 8.º y 9.º* de la sentencia recurrida, al no atribuírsele a los hijos bienes libres de usufructo, por hacerse la atribución solamente de nuda propiedad; y porque, como consecuencia, “la voluntad del distributario”, *que dan por existente las sentencias recurridas*,

(44) El Magistrado Ponente alerta sobre la hábil argumentación de la parte recurrente *en este motivo, que gira alrededor del art. 54.1 R.H.*, del que dice “Sagazmente no mencionado en el motivo pero sí en su fundamentación”.

de existir realmente, sería nula e ineficaz, por ser contrario a la voluntad de la testadora, al no respetar el legado de legítima, que ha de ser libre de usufructo según la ley.

12.º Infracción del art. 7 C.c., amparado *en el ordinal* 5.º del art. 1.692 LEC., en relación con la imposición de las costas procesales.

13.º Al amparo del *ordinal* 4.º del art. 1.692 LEC., por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos —la escritura de 20 noviembre 1980— y que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente *RECHAZA TOTALMENTE EL RECURSO* y lo hace con diversa argumentación, procediendo *en el F.J. 2.º* al examen del motivo 12.º, *en el F.J. 3.º* al análisis del motivo 9.º, *en el F.J. 4.º* al estudio del motivo 13.º, y *EN EL F.J. 5.º* al examen global y de conjunto de los restantes motivos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 10.º y 11.º.

En orden a esa argumentación del Ponente, y sin entrar en una valoración o calificación por mi parte, procedo aquí a la presentación de la fundamentación del fallo *en el orden siguiente* basado en mi muy personal criterio:

• *El F.J. 5.º* sienta *LAS PREMISAS BÁSICAS* para centrar el objeto del litigio. *En primer lugar, el pleito no versó en absoluto sobre la posibilidad de subrogar o sustituir al acreedor en lugar del heredero distributivo en el ejercicio del encargo distributivo:* es superfluo tratar sobre el carácter personalísimo de la facultad y de la consiguiente imposibilidad subrogatoria. *En segundo lugar,* es igualmente superfluo (mero ‘obiter dicta’) discurrir en torno a *si el heredero distributivo tiene o no plazo para ejercer el encargo o si cabe señalárselo* a instancia de los directamente interesados o —a modo de una ‘interrogatio in iure’— de los acreedores del hijo en expectativa de designación o asignación ex art. 115 CDC. CAT.— *En tercer lugar, queda claro que la sentencia*

de instancia DECLARA PLENAMENTE ACREDITADO el ejercicio de la facultad distributiva y la aceptación de la sucesión. LA CONCLUSIÓN ES LA MISMA en la sentencia del Juzgado y en la de la Audiencia: ambas resoluciones DEDUCEN de la escritura de 20.XI.1980 la conclusión del ejercicio por D. Antonio del encargo distributivo, ejerciendo tal facultad entre los hijos por partes iguales, con adjudicación a uno de ellos de una finca concreta, y la simultánea aceptación por los interesados de la herencia deferida. EN TORNO A TAL DECISIÓN, QUE CONSTITUYE EL TEMA NUCLEAR DEL PLEITO, giran la generalidad de los motivos del recurso de casación ... en los cuales se articulan diversas alegaciones relativas a la normativa de la interpretación de los testamentos y de los contratos. En este punto advierte el Ponente de la reiteradísima DOCTRINA JURISPRUDENCIAL que —con el fin de evitar que la casación se pueda convertir en una nueva instancia— atribuye a la soberana apreciación de los Tribunales de Instancia ('a quo') la materia interpretativa de los actos y negocios jurídicos (testamentos, convenios, contratos, etc.), sin que quepa modificarla en casación salvo que exista evidente error o manifiesta equivocación o, claro es, fuere ilegal, absurda, ilógica o inverosímil. De ello resulta que si la interpretación efectuada FUERA MERAMENTE DUDOSA el Tribunal de Casación no puede sustituirla por otra nueva; ...= Y EN EL CASO OCURRE que la hermenéutica de instancia —especialmente la desarrollada en la Sentencia del Juzgado que la Audiencia implícitamente viene a recoger —no sólo no es ni siquiera problemática, dudosa o insegura, sino que es cabalmente compartida por este Tribunal.

277

ESTA ARGUMENTACIÓN —además de las notas puntuales que se añadirán— ES DECISIVA Y SUFICIENTE PARA TENER POR DECAÍDOS LOS MOTIVOS del recurso formulados al amparo del ordinal 5.º del art. 1.692 LEC. y bajo los números siguientes:

—El motivo 1.º NO PUEDE DAR LUGAR A LA CASACIÓN del fallo en este punto particular: porque se trata de una cuestión nueva no planteada en la apelación; porque la termino-

logía empleada en la sentencia recurrida de 'heredero' distributivo tiene una cierta explicación pues así se denomina en la práctica a aquél a quien se encomienda la facultad de elección o distribución; porque en el fallo se alude a los 'sucesores' testamentarios; porque el hecho de introducir *la modificación pretendida* —legatario de usufructo— tendría un alcance meramente formal y con obvia irrelevancia práctica; y, finalmente, porque para lo que se pretende *habría bastado* con utilizar *EL RECURSO DE ACLARACIÓN*, que 'per se' supone la innecesariedad de la casación.

278

— *El motivo 2.º NO RESULTA COMPENSABLE EN EL PLANO JURÍDICO*, y deviene *estéril* cualquier discurso basado en una perspectiva moral, personal o familiar en orden a la aceptación de la herencia. *No aparece contradicción* entre los términos de la escritura de 20.11.1980 de 'Manifestación de Herencia' y el razonamiento del juzgador 'a quo'. *La conclusión que pretende extraer el recurrente lo que hace es intentar imponer su criterio subjetivo, por más interesado, al más objetivo, por imparcial, de la Sala, que este Tribunal comparte: porque del texto literal de la escritura de 1980 LO MÁS QUE CABE DEDUCIR respecto de la reserva efectuada por Don Antonio es que la misma hace referencia a una adjudicación CONCRETA (acto de partición o división de bienes) pero sin incidir en la EFECTIVA adjudicación (preferible hablar de atribución) hereditaria por cuotas iguales ... dándose lugar, al producirse la simultánea aceptación, a una comunidad hereditaria.*

— *El motivo 3.º NO ES ACEPTADO*, ya que *mal puede darse la pretendida infracción al no concurrir aquí el 'supuesto de hecho' de la norma* (la contradicción de las palabras ...). Por otro lado, es oportuno *no confundir* la 'verdadera intención' de los otorgantes de la escritura pública de autos con el resultado inadmisibles e incluso fraudulento de pretender configurar tal 'intención evidente' en torno a un *parcial* ejercicio del encargo 'mortis causa' (con arreglo al cual se adjudicaría la finca urbana al único posible heredero contra quien no podría actuar el Banco acreedor por no ser deu-

dor del mismo, y se reservaría la decisión del encargo en cuanto al 'relictum' restante, con paralización económica de la actividad de la entidad acreedora).

— *El motivo 4.º ES RECHAZADO, por no darse en el caso el soporte fáctico de que una cláusula documental admita diversos sentidos, siendo incuestionable PARA LOS TRES ÓRGANOS JURISDICCIONALES que hubo delación hereditaria. Aparte de que la pretendida denuncia de la infracción lo que implica es que hace supuesto de la cuestión.*

— *El motivo 5.º ES RECHAZADO: basta remitirse a lo expuesto anteriormente en cuanto a las expresiones 'adjudicación' y 'reserva de adjudicar'. Añade el Ponente que "la apreciación judicial se efectúa exclusivamente en el terreno interpretativo DE LO QUE SE HIZO, sin prejuzgar el alcance entre los interesados respecto DE LO HECHO, lo que habría comportado tener que analizar temas ajenos al recurso de casación (cuales los relativos a la legítima, compensaciones en metálico, entre otros)".*

— *El motivo 6.º CARECE DE CONSISTENCIA al hacer supuesto de la cuestión, pues tales preceptos —arts. 115-3.ª-1.ª en relación con el 98-1.º-1.ª CDC. CAT.— no sólo no han sido conculcados por la sentencia recurrida, sino plenamente observados AL ENTENDERSE que se ha producido la delación de la herencia por el ejercicio de la facultad de distribución, con lo que se abrió la posibilidad de la aceptación efectuada, por lo que mal podría ser ésta nula por falta de aquélla. A cuyo razonamiento aún cabe añadir: que no hay burdo sofisma cuando se razona que al haber aceptación es que hubo distribución (delación) y lo que cabría añadir es que hubo presunción, siendo tal inferencia lógica y su combate procesal requiere un adecuado planteamiento; que es verdad que sin antecedentes no cabe consecuente, pero en el caso es claro que la aceptación contribuye a reafirmar (explicar y reforzar) la conclusión de haberse ejercitado la designación de heredero; que, por otro lado, no es dable en casación tratar de desvirtuar todo un complejo hermenéutico mediante el*

simple expediente de *contradecir UNO de sus elementos*, con evidente riesgo de convertir el recurso extraordinario en una tercera instancia y palmario olvido de su auténtica *finalidad* de vigilancia de la aplicación adecuada de la norma jurídica.

— *El motivo 7.º es asimismo RECHAZADO*, dado que la denunciada infracción del art. 115 CDC. CAT. obviamente no se produce en el supuesto litigioso, toda vez que *en nada se contradice la norma 1.ª* (que reconoce la facultad, en caso de distribución, de limitar ...) ni tampoco *la norma 3.ª, ap. 1.º* (que establece que el cónyuge supérstite ...) ni en definitiva *la norma 2.ª* (que dispone que la elección ...), *con lo claramente estipulado en la escritura* ('haciendo uso de las facultades distributarias' ...), sin que quepa entrar de nuevo a examinar aquí el alcance de la *reserva*, por examinada, y por incidir en hacer supuesto de la cuestión.

280

— *El motivo 8.º también es DESESTIMADO*: viene a insistir en argumentaciones, ora desestimadas, ora sin relevancia decisiva por infructuosas ..., ora en definitiva sin interés para el pleito por referirse a cuestiones ajenas al mismo ...= Añade el Ponente que *no existe apreciación injusta EN LA SENTENCIA DEL JUZGADO cuando alude al malicioso propósito de evitar la traba ...*

— *El motivo 10.º es RECHADO*: porque *no se produce la infracción que se denuncia* y porque —*cualquiera que sea la postura que mantengamos en orden a si es o no 'necesaria' una nueva actuación de Don Antonio para partir* (en el sentido de adjudicación de bienes concretos, o división o complemento de dinero)— de ninguna de las maneras se infringirían los artículos del C.c. que configuran el motivo. *Carece totalmente de sentido la alusión a que se prescinde de la intervención de Don Alberto (al que la SENTENCIA IMPUGNADA considera heredero de una tercera parte indivisa y, por otro lado, excluye de la posibilidad subrogatoria del banco demandante, con absoluta corrección y por razones obvias). Todo ello DEJANDO A UN LADO QUE EL ART. 54.1. R.H. NO PUEDE SERVIR DE BASE POR SÍ SOLO PARA UN RECURSO DE CASACIÓN y*

que, de cualquier forma, dicho artículo no resulta afectado cuando un heredero distributivo elige o distribuye la herencia determinando con datos matemáticos la participación de cada uno de los varios elegidos.

— *El motivo 11.º queda también DESESTIMADO.* Dice el Ponente que “*El rechazo del motivo resulta incuestionable: en primer lugar, la interpretación de la voluntad de la testadora D.ª Carmen exigiría, a efectos del recurso extraordinario, otra fundamentación diferente; en segundo lugar, la referencia en el testamento a la legítima (legado de legítima sin concreción de bienes) es jurídicamente intrascendente, incluso en la idea de evitar la preterición; y, en tercer lugar, Y ÉSTE ES EL CASO, el heredero distributivo hizo unas asignaciones y los herederos aceptaron todo ello*”.

• *El F.J. 4.º examina el motivo 13.º y LO RECHAZA TOTALMENTE*, como sigue: “*Para rechazar este motivo basta decir que el documento indicado como sostén del motivo, en cumplimiento de lo establecido en los arts. 1.707, párrafo 2.º, y 1.692, n.º 4.º, de la LEC., es la escritura de 20 de noviembre de 1980, la cual precisamente constituye la base de la fundamentación jurídica DE LAS SENTENCIAS DE INSTANCIA, y es conocida por reiteradísima la doctrina jurisprudencial referente a que no es viable el ordinal cuarto del art. 1.692 CUANDO —COMO EN EL CASO OCURRE— el documento ya ha sido valorado por el juzgador ‘a quo’, de tal manera que la eventual valoración errónea ha de ser hecha valer POR EL CAUCE DEL ORDINAL QUINTO*”.

• En el F.J. 3.º el Ponente analiza el motivo 9.º —en relación con la pretendida infracción del art. 1.111 C.c., y doctrina y jurisprudencia que lo desarrolla— (45) y parte de

(45) Recuérdese que en la exposición del citado motivo 9.º se hacía referencia a las diferentes argumentaciones de la parte recurrente al articular este motivo: bien en el escrito de interposición del recurso, bien en el acto de la vista e información oral ante el T.S.J.

Todo ello se deduce —en mi relectura desapasionada— de la exposición efectuada por el Ponente: cualquier matización en este punto —para mí, trascendente— es de suma importancia e interés.

la consideración inicial de que *“Aunque la casación ha perdido una notable parte de formalismo después de la última reforma en profundidad de la LEC., todavía sigue siendo esencial configurar la interposición (del recurso) en torno a motivos, con cita de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas, y razonando la pertinencia y fundamentación de los motivos, tal y como exige el art. 1.707, DE TAL MANERA QUE NO CABE ALTERAR LO SUSTANCIAL DE TAL CONFIGURACIÓN EN EL MOMENTO DE LA INFORMACIÓN ORAL ANTE EL TRIBUNAL, y, de no respetarse tal regla, las nuevas consideraciones resultan inatendibles y no deben ser objeto de atención (sic). ESTO ES LO QUE OCURRE EN EL PRESENTE CASO, tanto más que también se conculca la vía de acceso de la cuestión al Tribunal, porque LA AUDIENCIA no ignora la subsidiariedad (económica) de la acción subrogatoria del art. 1.111 C.c., bien, al contrario, claramente la destaca; y lo que realmente aprecia es que ‘faltan bienes para cobrarse íntegramente’, añadiendo —en correcta aplicación de LA DOCTRINA relativa a dicha acción— la posibilidad de ejercicio si los bienes que hay son insuficientes y la innecesariedad de probar la insolvencia total del deudor, POR TODO LO QUE EL TEMA QUEDA REDUCIDO A UN SUBSTRATO EMINENTEMENTE FÁCTICO de si había o no bienes suficientes con los que hacer efectivo el crédito de la entidad actora, y la polémica en torno a ello sólo puede venir a casación A TRAVÉS del error de hecho (ordinal cuarto) o bien del error de derecho en la apreciación del material probatorio (ordinal quinto) pero con cita en este caso de la regla de prueba que haya podido ser desconocida por el juzgador ‘a quo’”.*

RECHAZA, POR OTRA PARTE, el Ponente como carentes de consistencia las argumentaciones vertidas en este motivo 9.º: de un lado, porque la afirmación de que no hay incremento del patrimonio de los deudores *no es cierta*, porque no cabe negar que se produce un incremento del patrimonio cuando se incorpora al mismo (por la aceptación) la cuota indivisa sobre la nuda propiedad de un caudal hereditario, OPERANDO

LA DOCUMENTACIÓN Y CONSTANCIA REGISTRAL QUE PROCEDA COMO EXPEDIENTE FORMAL 'AD HOC' para facilitar la realización forzosa judicial correspondiente; y de otro lado, las afirmaciones en orden a las legítimas o a la facultad de los acreedores para aceptar la herencia por subrogación o por sustitución son insostenibles (por lo que SE VERÁ (46) al examinar los restantes motivos) ya que parten de la inexistencia de aceptación expresa, lo que implica (como consecuencia de lo que SE DIRÁ (46)) hacer supuesto de la cuestión.

• Finalmente, el Ponente analiza el motivo 12.º en su F.J. 2.º, y lo hace precisamente EN PRIMER LUGAR Y ANTES QUE los restantes debido "a su evidente autonomía". Comienza el Ponente diciendo que "El motivo no se había formulado EN EL ESCRITO DE INTERPOSICIÓN con la claridad necesaria, pues no es entendible cómo habrá de casarse UN PRONUNCIAMIENTO DEL FALLO que —cual EL DÉCIMO— es ABSOLUTORIO para el demandado que lo recurre Don Alberto. Y, aun cuando EN LA VISTA DEL RECURSO se concretó la impugnación en el tema de la imposición de costas —lo que supone centrar la atención en la petición duodécima de la demanda, que se recoge en el pronunciamiento UNDÉCIMO de la Sentencia—, es obvia la carencia de consistencia del motivo de que se trata ... Razona el Ponente la NO ESTIMACIÓN del motivo con una serie de argumentos: 1.º) que no consta planteada la cuestión en la segunda instancia, lo que como cuestión nueva tiene vedado el acceso a la casación; 2.º) que no es adecuada la vía procesal elegida (infracción del art. 7.º C.c. y vía del ordinal 5.º del 1.692 LEC.), sino que la materia de COSTAS PROCESALES necesariamente ha de suscitarse POR EL CAUCE del ordinal TERCERO del art. 1.692 LEC. y A TRAVÉS DEL APARTADO RELATIVO AL QUEBRANTAMIENTO DE LAS FORMAS ESENCIALES DEL JUICIO por infracción de las normas regulado-

(46) Al variar en mi presentación el orden expositivo, hay que entender estos verbos 'se verá', 'se dirá', en tiempo pretérito. O sea, aquí debe leerse "se ha visto", "se ha dicho". ¿Dónde? En el apartado precedente, al reseñar el F.J. 5.º.

ras de la sentencia, en relación con la norma concreta que corresponda (arts. 523, 710, etc. de la LEC.); 3.º) que no es verdad que Don Alberto haya resultado ABSUELTO, sino que es un claro y directo INTERESADO en cuestiones discutidas en el proceso y con pronunciamientos declarativos en la sentencia (47) ... y aparece como incuestionable la vinculación jurídica para el mismo de varias de las peticiones de la demanda ESTIMADAS en la resolución recurrida ... y sin que obste el que no le afecten algunos de los pronunciamientos" ...

24. S. DE 28 OCTUBRE 1991.

Hechos:

284

1) Don Alberto había otorgado *testamento* el 20 septiembre 1974, en cuya *cláusula III* disponía "Instituye heredera a su esposa D.^a Catalina, y, para el caso de que no llegara a serlo, o siéndolo, en la parte de bienes de que no hubiese dispuesto por cualquier título, la sustituye y herederos suyos instituye a sus hijos Francisco y Jorge en partes iguales y libres entre ellos".

2) Fallecido Don Alberto, la viuda D.^a Catalina otorga *testamento* el 17 agosto 1978, en cuya *cláusula 2.ª* disponía "Lega a sus nietos ..., por partes iguales, el piso 2.º de la casa sita en ...". Dicho piso había formado parte de los bienes relictos por Don Alberto.

3) De la exposición de *hechos* que presenta el Ponente en el FJ. 1.º no aparece ni quién es el demandante, ni quién es el demandado, ni los pedimentos de la demanda. La presentación que subsigue deriva de mi personal interpretación.

(47) Alude aquí el Ponente a una resolución judicial dictada el 10 de octubre de 1988 RESPECTO DE UN LITIGIO ANTERIOR DE IGUAL CONTENIDO OBJETIVO: en ella no se entró EN EL FONDO del asunto al apreciarse indebida constitución de la relación jurídico-procesal por falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haberse vocado al juicio al mencionado Don Alberto.

Como no tenemos otros datos, no hay más que esta alusión del Ponente.

AL PARECER —por lo expuesto— *la esencia de la cuestión controvertida* gira en torno a la naturaleza y alcance de la cláusula III del testamento de Don Alberto, antes reseñada: para la *tesis del demandante*, se trataba de una institución de heredero a favor de la esposa y de una sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los hijos; para el *demandado* —*AQUÍ, RECURRENTE*— se trataría de una sustitución preventiva de residuo.

4) Las sentencias dictadas *en primera instancia y en apelación* son ambas *ESTIMATORIAS* de las pretensiones deducidas en la demanda (48): *reconocen* que la heredera fiduciaria *no tenía facultades para disponer 'mortis causa'* de lo recibido del causante, *debiendo distribuirse por partes iguales entre los hijos* los bienes de la herencia paterna fideicomitidos; y *acuerdan* —en la *PARTE DISPOSITIVA*— diversos pronunciamientos *concordes* con las peticiones (48) de la parte demandante.

5) El demandado interpuso *recurso de casación ante el T.S.J.*, fundamentado *en cuatro motivos*, al amparo del art. 1.692-5.º LEC., que denuncian, respectivamente: *el primero*, la infracción, por inaplicación, del art. 675 C.c.; *el segundo*, la infracción, por inaplicación, del art. 216 CDC. CAT.; *el tercero*, la infracción, por aplicación indebida, del art. 210 CDC. CAT.; y *el cuarto*, la infracción del principio general de derecho de que 'nadie puede ir en contra de sus propios actos'.

Entre las *argumentaciones* más relevantes del recurso (49) cabe citar aquí:

a) *De una parte*, que, aunque —según constante jurisprudencia— la interpretación de las cláusulas testamentarias es tarea privativa del Tribunal de Instancia, el error patente sufrido en su interpretación sí tiene acceso al recurso de

(48) No sabemos cuáles eran, ni en qué consistían.

(49) Todas ellas se entresacan de los distintos y larguísimo párrafos que integran el F.J. 2.º

casación. Si —COMO OCURRE EN EL PRESENTE CASO— la sustitución se establece ‘en la parte de bienes de que no hubiera dispuesto por cualquier título’ la heredera instituída, *en la expresión ‘cualquier título’ se incluye la disposición ‘mortis causa’* y el no hacerlo así infringe la primera regla interpretativa de los testamentos que ordena estar al sentido literal de las palabras. Por este camino *LA SENTENCIA RECURRIDA* *incide* en el error de concepto de *vincular la existencia* de una ‘sustitución preventiva de residuo’ *a la exigencia de una autorización expresa para disponer por actos ‘mortis causa’*: *inaplicando* el art. 216 CDC. CAT. ... y, por el contrario, *aplicando indebidamente* el art. 210 de la Compilación.

b) *De otra parte*, además, reitera que esa *exigencia* de autorización expresa para disponer por actos ‘mortis causa’ *viene dada únicamente en aquellos casos* en que el testador utiliza la denominación “fideicomiso de residuo” —supuesto del art. 210, p. 2.º de la Compilación—, pero *HABRÁ TAMBIÉN* (50) ‘sustitución preventiva de residuo’ —art. 216, p. 1.º Compilación— cuando, sin utilizar aquella expresión, aparezcan concedidas por el testador facultades *genéricas* para disponer por cualquier título.

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente dedica *el F.J. 2.º* a examinar *los tres primeros motivos* del recurso, y *el F.J. 3.º* al *motivo 4.º*

• En *el F.J. 2.º* analiza *los tres primeros motivos* con un tratamiento *conjunto* por su evidente correlación “dado que, en el fondo, se refieren a una interpretación de una cláusula testamentaria y a la consecuente aplicabilidad o no aplicabilidad de determinados preceptos de la Compilación civil catalana”. Seguidamente dice el Ponente que “El art. 675 C.c., *de aplicación en el ámbito del Derecho civil catalán*, establece una regla interpretativa para las declaraciones de última voluntad que preferentemente se inclina por el

(50) Así subrayado en la propia sentencia.

sentido literal de las palabras, salvo que ...".— Ante la argumentación presentada por el recurrente —en relación con este art. 675 C.c.— recuerda el Ponente que sobre este punto *LA JURISPRUDENCIA DEL T.S. establece sustancialmente lo siguiente: "Es doctrina reiterada de esta Sala que ha de prevalecer en casación la interpretación de las cláusulas testamentarias hechas por los Tribunales de Instancia, en tanto no se demuestre que es equivocada por contrariar de modo manifiesto la voluntad del testador, así como también es jurisprudencia consagrada que el juzgador ha de atenerse al literal contexto de las cláusulas testamentarias, siempre que éstas no sean oscuras, ambigüas o inexpresivas (S. 13.2.43); "la interpretación ha de hacerse por el juzgador de instancia y será sólo revisable en caso de manifiesto error" (S. 11.6.74); "aunque es cierto que esta Sala tiene declarado con reiteración que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al juzgador de instancia, no es menos cierto que ello es así mientras no resulte que el criterio mantenido por tal órgano jurisdiccional es equivocado o erróneo por contradecir de modo manifiesto la voluntad del testador ..."* (S. 18.4.85).

287

A la vista de esta doctrina jurisprudencial y de la cláusula testamentaria litigiosa, entiende el Ponente que *"no queda más que dilucidar si en la resolución impugnada se ha realizado una interpretación manifiestamente errónea de aquella cláusula, si el testador al autorizar a la fiduciaria la disposición 'por cualquier título' se refería realmente a las disposiciones inter vivos o la expresión manifestada tan genéricamente incluía también la autorización para disponer 'mortis causa'"*,= *"La duda —sigue el Ponente— justifica cumplidamente la labor hermenéutica realizada en la primera y en la segunda instancia, implicando además esta operación el examen de la figura jurídica a la que realmente se está refiriendo la cláusula testamentaria controvertida. Y, en definitiva, si debe regirse por el art. 210 de la Compilación o si estamos ante una sustitución preventiva de residuo que*

incluso —COMO SOSTIENE EL RECURRENTE— no necesitaría autorización expresa para disponer de los bienes de la herencia por causa de muerte”.

La apreciación DE LA SALA DE APELACIÓN —continúa el Ponente— no resulta errónea ni equivocada cuando indica que “estamos en presencia de una sustitución fideicomisaria en la que la cónyuge fiduciaria está AUTORIZADA para disponer ‘intervivos’ por cualquier título, NO COMPRENDIENDO ESTA ÚLTIMA EXPRESIÓN LA FACULTAD DE DISPONER ‘MORTIS CAUSA’”. La Sala de apelación lo entiende así basándose: en el art. 210 CDC. CAT.; en la doctrina del T.S. (SS. de 7.1.59, 2.12.66, 25.5.71, 2.9.87 y 10.10.89, entre otras) y en la de la D.G. de R. y N. (Ress. de 13.12.34, 16.9.44 y 29.11.62), DEDUCIENDO DE LAS MISMAS que “a pesar de que la generalidad con que los actos de disposición se conciben al utilizar la frase ‘por cualquier título’, no se dice de modo expreso que aquéllos comprendan los ‘mortis causa’”...= Por otra parte, añade que la sentencia recurrida es convincente al considerar que “la intención del causante, como más racional y coherente, era la de utilizar la institución del fideicomiso con el deseo de evitar que a la muerte de su esposa los bienes de su herencia, de los que ésta no hubiere dispuesto, pudieran pasar a personas distintas de las queridas por aquél”.

288

Rechaza, finalmente, el Ponente la argumentación del recurrente en torno a la sustitución preventiva de residuo, ya que —dice— “con esta distinción el recurrente intenta dar valor de principio general a la oración subordinada al inicio del mencionado párrafo 2.º del art. 210, cuando —por el contrario— el legislador claramente establece la regla general al decir que ‘no habrá fideicomiso de residuo si el heredero o legatario resultan expresamente autorizados por el testador para disponer libremente de los bienes de la herencia o legado, por actos entre vivos y por causa de muerte’.— No ESTAMOS, POR TANTO, ANTE la sustitución preventiva a que se refiere el recurrente y, EN CONSECUENCIA, aceptada la interpretación realizada en la instancia como razonable y ajustada a

lo dispuesto en el art. 675 C.c., DEBEN RECHAZARSE los tres primeros motivos del recurso”.

• En el F.J. 3.º el Ponente examina el cuarto motivo del recurso, entiende que la contradicción —denunciada por el recurrente— *enlaza indudablemente con LA TESIS SOSTENIDA EN LA DEMANDA —QUE HA PROSPERADO EN LAS DOS INSTANCIAS PRECEDENTES—*, y dice a continuación que “Si la interpretación de la repetida cláusula III del testamento del causante Don Alberto nos coloca frente a una *SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO*, ya que la fiduciaria *no ha sido expresamente autorizada para disponer ‘mortis causa’* de los bienes fideicomitidos, *resulta incomprensible la excepción* que supondría dar por *válida* la disposición testamentaria de la madre en favor de los nietos ... (Tal legado del piso es) de (51) finca integrante de los bienes fideicomitidos que han de hacer tránsito a los herederos fideicomisarios. *CONSECUENTEMENTE EL LEGADO ES INEFICAZ al recaer sobre un bien indisponible por vía testamentaria, lo que haría inútil incluso la consideración de la existencia de un legado de cosa ajena, que —por otro lado— entraría dentro de la prohibición del art. 862 C.c.*”.

289

PROCEDE, PUES ESTIMAR ESTE CUARTO MOTIVO Y PARCIALMENTE EL RECURSO, en los términos que se especifican en la parte dispositiva de la presente resolución (sic.).

25. S. DE 31 OCTUBRE 1991.

Hechos:

1) *Aparecen* consignados con claridad en el F.J. 1.º de la Sentencia de Primera Instancia *COMO RESULTADOS de la prueba documental practicada* —premisas fácticas éstas a las que se remite la Sentencia de la Audiencia, aquí recurrida—:

A. Mediante documento privado de 24.5.76, D.^a Consuelo —propietaria de un piso— concede un derecho de

(51) Suplo con este inciso todo el párrafo del testamento relativo al legado.

opción de compra sobre el mismo a favor de Don Miguel.

B. Dicho documento privado es protocolizado notarialmente el 31.5.76.

C. El mismo Notario autoriza —el mismo día y bajo el número siguiente del protocolo— un contrato denominado “compraventa con pacto de retro” por virtud del cual: 1) ejercitando (Don Miguel) la opción de compra —y *no se menciona* el pacto de retro—, D.^a Consuelo vende el piso por el precio de 2.055.000 Ptas., de las cuales 1.450.000 Ptas. quedan retenidas por el comprador para hacer frente a la hipoteca que grava la finca; 2) a virtud del pacto de retro, “la vendedora se reserva el derecho de adquirir ... la finca que acaba de vender, por todo el plazo concedido entre el día de hoy y el día 31.XI.1977, inclusive, por el mismo precio de esta compraventa”.

290

D. El día 13.4.1977 D.^a Consuelo otorga una escritura, denominada “de renuncia”, en virtud de la cual “dá por anticipadamente caducado el derecho de poder adquirir la finca de referencia y, en contraprestación a dicha renuncia, confiesa y reconoce haber recibido antes de este acto y en dinero efectivo de Don Miguel la suma de 100.000 Ptas., firmando carta de pago”.

E. En la misma fecha —13.4.1977— los mismos otorgantes, en unión del esposo de D.^a Consuelo, protocolizan notarialmente otro documento privado en el que la referida señora “reconoce adeudar a Don Miguel 1.550.000 Ptas., que se obliga a reintegrar en cinco plazos”. El acreedor, por su parte, “concede a la deudora un derecho de retracto convencional sobre la finca descrita en el antecedente I de este contrato, propiedad de Don Miguel”, esto es, el piso litigioso.

F. La señora deudora no pagó ninguna de las sumas a que se había obligado, y el acreedor le efectúa en 11.11.78 una notificación, por la que “daba por resuelto de pleno derecho el retracto convencional convenido el 13.4.77”.

G. En fecha de primeros de enero de 1979, por el comprador Don Miguel se formula *demanda de desahucio*

por precario de la vivienda de autos. Dicho pleito finaliza el 17.7.81 con sentencia ordenando el lanzamiento de D.^a Consuelo y familia.

Por su parte, D.^a Consuelo interpuso *acción criminal* contra Don Miguel —*querella por usura*—, que acabó siendo sobreseída en 1981.

H. Don Miguel procede el 13.11.81 a la *venta del piso* controvertido *a favor de los consortes C., por precio de 4.833.016 Ptas.*

I. Por parte de D.^a Consuelo y su esposo se procede el 23.7.87 a formular *demand*a contra Don Miguel sobre nulidad de compraventa 'a carta de gracia' y de opción de compra:

2) *Tales premisas fácticas* no fueron impugnadas en el recurso de casación formulado.

3) *Al parecer* (52) la demanda fue *DESESTIMADA en primera y en segunda instancia.*

4) Los demandantes interponen *recurso de casación* ante el T.S.J., con base en el art. 1.692-5.º LEC., fundamentándolo en los *tres* motivos siguientes: 1.º) infracción, por aplicación indebida, del art. 326 CDC. CAT.; 2.º) infracción, por no aplicación, de la doctrina jurisprudencial del T.S. sobre el negocio fiduciario en la modalidad de 'fiducia cum creditore' (SS. de 8.3.57, 15.10.64, 1 y 21.3.69, 2.6.82 y 19.5.82, entre otras) (*al entender que EL CONTRATO DE 31.5.76, rotulado de 'compraventa con pacto de retro', encubría un préstamo y no transmitía al comprador la propiedad de la cosa vendida sino de un modo formal, como garantía de la devolución del mutuo*); y 3.º) infracción, por inaplicación, de los arts. 1.858 y 1.859 C.c., así como de los arts. 6.4 y 1.275 C.c. (pues se ha vulnerado la prohibición del llamado 'pacto comisorio', en virtud del cual el acreedor se apropia o dispone de las cosas dadas en prenda o hipoteca).

(52) No consta claramente en la redacción literal de la sentencia: parece implícitamente deducirse de la exposición efectuada por el Ponente.

Fundamento del fallo del T.S.J.:

• El Ponente recoge en *F.J. 1.º* los hechos que originan este litigio, y dice “*Las premisas fácticas, sobre las que la Audiencia construye su sentencia no han sido impugnadas en el recurso de casación, POR LO QUE ESTA SALA HA DE CONSIDERARLAS INTANGIBLES*” ...

• En *F.J. 2.º* analiza el motivo 1.º, QUE ES RECHAZADO al señalar que el art. 326 CDC. CAT. “no es invocado en los escritos de demanda y de contestación y no es aplicado por ninguna de las dos sentencias de instancia, por lo que mal puede hablarse de ‘aplicación indebida’. Es más, la sentencia recurrida en casación elude la cuestión al expresar que ‘a los fines de la litis, es indiferente que al negocio jurídico se le califique de compraventa con pacto de retroventa o compraventa a carta de gracia, figuras que producen efectos diferentes en cuanto a la transmisión de la propiedad, tema que no ha sido objeto de discusión en esta alzada” ...

• En *F.J. 3.º* examina el motivo 2.º —del que el motivo 1.º era, al decir del recurrente, “a modo de capítulo previo y aclaratorio”— y dice que con su argumentación la parte recurrente olvida que “el contrato de referencia no es sino un eslabón en la larga cadena de negocios jurídicos celebrados entre ambos litigantes ...”. Entiende que la sentencia recurrida llega a la CONCLUSIÓN de que ‘el comprador adquirió la condición de propietario con plenas facultades’, y dice que “Esta Sala no comparte íntegramente la argumentación de la Audiencia pero —PARTIENDO DEL MISMO SUSTRATO FÁCTICO sólidamente asentado en la prueba documental y no combatido en este recurso— llega a la misma conclusión de que se operó una transmisión plena e irrevocable del dominio de la finca...”= Entiende tiene máxima importancia el documento notarial de 13.4.77... puesto que “bien se interprete como renuncia onerosa al ejercicio del retracto, bien como enajenación del derecho a lluir i quitar, es lo cierto que a partir de este momento Don Miguel deviene pleno propietario de la finca ”...= “En resumen: la Audiencia estima correcta-

mente que, si bien en una primera fase del complejo negocial se instrumentó la compraventa en funciones de garantía, posteriormente ambas partes aceptaron expresamente por escrito y por sus actos coetáneos y posteriores que el pleno dominio de la finca había pasado a Don Miguel. *Esto sentado, HAY QUE CONCLUIR RECHAZANDO EL SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN, pues la doctrina jurisprudencial sobre el negocio fiduciario en su modalidad de 'fiducia cum creditore' no es aplicable a los hechos que la sentencia combatida estima probados*".

• El F.J. 4.º estudia el motivo 3.º y último, *QUE TAMBIÉN RECHAZA* argumentando: (primero) que en el supuesto de autos no aparece celebrado ningún contrato de prenda ... ni del derecho real de hipoteca ...; (segundo), que no es correcto decir que la prohibición del comiso sea general en nuestro ordenamiento jurídico como lo fué en el romano, *SEGÚN HA TENIDO OCASIÓN DE RECORDAR ESTA SALA EN SENTENCIA DE 29 DE MAYO PASADO (53) (siguiendo la del T.S. de 22 de diciembre de 1988...);* (tercero), que conviene recordar que *EN EL CASO QUE NOS OCUPA* la finca *NO* pasó a ser propiedad del acreedor *por un acto unilateral de éste* que la hiciera suya al expirar el plazo del retracto sin haber cobrado la deuda (sino que) "*fué la deudora quien, mediante precio, renunció anticipadamente al ejercicio del retracto reconociendo desde entonces 'expressis verbis' al comprador su calidad de propietario sin restricciones, titularidad dominical ratificada por actos propios de ambos contratantes*".— "*DEBE PUES RECHAZARSE TAMBIÉN ESTE ÚLTIMO MOTIVO del recurso, toda vez que el demandado (recurrido) no adquirió la propiedad de la finca a virtud de un pacto comisorio prohibido por la ley, NO SIENDO DE APLICACIÓN LOS ARTÍCULOS QUE SE REPUTAN INFRINGIDOS*".

(53) Es la señalada con mi exposición *precedentemente CON EL NÚMERO 16* (Ponente Sr. DÍAZ VALCÁRCEL).

Hechos:

1) Aparecen expuestos con claridad en el F.J. 1.º, resumidamente.

La parte demandante ejercita la acción de rescisión por lesión 'ultra dimidium' del contrato de compraventa de una casa sita en... mediante escritura de fecha 20.10.87. Alegaba un posible vicio o error en el consentimiento de la vendedora, persona delicada de salud que vivía sola, y la captación dolosa de su voluntad por parte de los demandados, y que existe lesión 'ultra dimidium' al entender que el precio escriturado de 2.400.000 Ptas. es inferior al cincuenta por ciento del valor real de la finca vendida, estimado pericialmente en 14.000.000 Ptas. La parte actora ejercita la acción de rescisión por lesión 'u.d.', regulada en art. 321 ss. de la CDC. CAT., estimando que ha sufrido lesión en más de la mitad del precio justo. Y, subsidiariamente, si no se accediera a la rescisión porque la finca hubiese sido transmitida a un tercero de buena fé, hace una petición de indemnización por los perjuicios sufridos.

La parte demandada contestó y SE OPUSO a la demanda, alegando: que al precio confesado en la escritura ha de añadirse el valor del usufructo de la finca —que en el mismo momento de la operación se cedió a la vendedora— y que valoran en 4.000.000 Ptas.; que la compraventa fué otorgada en compensación de los beneficios recibidos de los demandados y de los servicios y atenciones (54) que éstos le prestaron durante los muchos años en que la asistieron, de modo que la actora les quiso compensar mediante el otorgamiento de la escritura de referencia, por lo cual LA CAUSA DEL CONTRATO es también la gratitud y la liberalidad de la otorgante; que, considerado que la compraventa no es exclusivamente onerosa, queda excluída de la previsión del art. 321,

(54) Comprensivas éstas de entrega de alimentos, vestidos y medicinas durante largo tiempo.

párrafo 1.º CDC. CAT. y es de aplicación el párrafo 2.º del mismo artículo *QUE EXCLUYE* la rescisión en estos supuestos. *EN LA SÚPLICA* solicitan que: se dicte sentencia no accediendo a las pretensiones de la parte actora y manteniendo la firmeza del contrato de compraventa en su día firmado; y que, en el supuesto —que se niega— de que no fueren atendidas las pretensiones de los demandados, se dicte sentencia alternativa por la que se fije el valor de la finca y el importe de las prestaciones efectuadas a fin de poder pagar en su caso la diferencia correspondiente o bien recuperar el valor de las prestaciones, según les convenga.

2) *El Juzgado de Primera Instancia*, en sentencia de 27.6.90, *ESTIMA* la demanda.

El recurso de apelación de los demandados ante la *Audiencia Provincial* origina la *sentencia aquí recurrida*, en virtud de la cual se procede a la *revocación* íntegra de la sentencia de instancia y a la *DESESTIMACIÓN de la demanda*, *con absolución a los demandados* de los pedimentos de la demanda. *Entre los RAZONAMIENTOS* de la Sala cabe citar: que *justifica la desestimación* de la demanda por el hecho de que *LA CAUSA DEL CONTRATO* que se pretende rescindir “no es onerosa, sino totalmente o en parte gratuita porque se percibe razonablemente un componente de liberalidad dentro de la multitud de *formas* bajo las cuales se manifiesta una causa encubierta en un negocio indirecto con tal de obtener merced a este negocio objetivos que no son los que permiten la estructura del mismo negocio”. *Considera, por lo tanto, la Sala en su sentencia aquí recurrida que la relación contractual* reflejada en la escritura de compraventa —motivo del litigio— *la constituye* un ‘negotium mixtum cum donatione’ y *su causa es el resultado de la fusión de otras dos causas, una, onerosa* (por la cual se compensan y se pagan los servicios y prestaciones (55) económicas otorgadas

(55) En la sentencia se lee ‘serveis i *pretensions*’ (sic): entiendo es error mecanográfico, a salvar como digo (‘prestacions’).

por los demandados a la actora y *que es la que sirve a la figura contractual utilizada*) y otra encubierta de carácter liberal que resulta del 'animus donandi' (por la cual la vendedora expresa su gratitud a los compradores haciéndolos donatarios de la diferencia del valor de lo que se ha transmitido). *Esto explica y justifica el desequilibrio* que hay entre el precio de venta de la finca y el importe de las prestaciones asistenciales y económicas, y *enerva la acción ejercitada* por aplicación del párrafo 2.º del art. 321 CDC. CAT. alegado por los demandados (S. de 18 noviembre 1970).

3) La parte demandante interpuso recurso *de casación* ante el T.S.J., basado en los siguientes *motivos*:

1.º Al amparo del art. 1.692-3.º inciso 1.º LEC., por violación de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia del art. 359 LEC. Sostiene el recurrente que la Sala ha resuelto sobre una cuestión que no es la que plantearon las partes: la sentencia es incongruente por 'extra petitum' porque *afirma* que "en la compraventa de la finca no ha habido ningún precio y, como el negocio no resulta oneroso, no procede la acción rescisoria por lesión u.d., la cual cosa obliga a desestimar la demanda", y *esta afirmación no la ha sostenido ninguno de los litigantes*.

2.º Al amparo del art. 1.692-4.º LEC., por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en los autos. La *afirmación de la sentencia recurrida* (en virtud de la cual "el fedatario público advirtió a la vendedora sobre lo que ésta estaba realizando y, gracias a su intervención, se suscribió *EL DOCUMENTO PRIVADO* por virtud del cual los compradores cedían a la vendedora el usufructo vitalicio de la finca y se comprometían a no enajenarla ni gravarla hasta que se hubiere extinguido el citado usufructo") *se impugna* por el recurrente *por error*, ya que *no resulta de la prueba documental aportada*, considerado que el *Notario sucesor* en la Notaría del que autorizó la compraventa *al expe-*

dir la copia de la escritura y del documento en que se pactó el usufructo dice: “Que, con motivo de la expedición de la copia de la compraventa solicitada, ha resultado que el documento privado estaba en el interior de la matriz de compraventa por ejemplar duplicado, pero sin formar parte de ella. El documento no estaba protocolizado ni constaba acta de depósito del mismo ni, según lo que conoce este Notario, había resguardo particular de ningún tipo de depósito. Por todo ello considera que procede cumplir el mandamiento y aportar los originales que se han encontrado, y de cuya existencia el Notario se había enterado con motivo de la citada búsqueda y de la expedición, sin que este documento privado forme parte del protocolo, de que como sucesor me he hecho cargo”.

3.º Al amparo del n.º 5 del art. 1.692 LEC., por infracción, por aplicación indebida, del art. 321, párrafo 2.º CDC. CAT., y por falta de aplicación del art. 321-1.º, y, en consecuencia, por aplicación incorrecta del art. 1.253 C.c. Porque la sentencia recurrida hace una estimación en orden a la existencia de un ánimo de liberalidad del actor en el otorgamiento de la escritura de compraventa, mientras que —en tesis del recurrente— no se produce un enlace preciso entre los hechos demostrados en las actuaciones y la presunción que deduce la sentencia (en orden a ese ánimo de liberalidad).

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente procede a LA DESESTIMACIÓN del recurso, al que dedica los FFJJ. 2.º, 3.º y 4.º

• En el FJ. 2.º examina el motivo primero: parte de una consideración inicial sobre la *congruencia* de las sentencias; entiende que del análisis de la sentencia recurrida resulta que no puede estimarse viciada de ningún tipo de incongruencia ni tampoco hay ‘extra petitum’, sino que se ajusta y adecúa a las pretensiones deducidas por las partes en el proceso. *Por todo lo cual NO PUEDE PROSPERAR Y HA DE*

DECAER este motivo de casación, por las razones siguientes:

a) *Se trata de una sentencia ABSOLUTORIA* y, en términos generales, estas sentencias no pueden ser incongruentes, excepto que se basen en una excepción no alegada ni estimable de oficio, porque la absolución y la desestimación decretadas resuelven todos los puntos litigiosos de manera implícita y solamente éstos: y con esta declaración escueta de la sentencia recurrida (“hemos de revocar y revocamos, etc.”) hay bastante para haber de considerar congruente la resolución dictada (SS. T.S. 11.2.72; 3.2.73; 1.75, 6.7 y 29.9.83; 20.10.84; 6.3, 16.10 y 17 y 22.11 y 31.12.86; y 21.4 y 30.6.88).

b) La Sala en su Sentencia no se aleja de los hechos invocados en los escritos iniciales del litigio, sino que —tal como manifiesta ella misma— valora su realidad con la apreciación conjunta de la totalidad de las actuaciones judiciales.

El demandante postula únicamente la acción de rescisión por lesión y subsidiariamente solicita una indemnización para el caso de no accederse a la rescisión por transmisión de la finca a tercero: pero este último supuesto no se ha producido.—= Teniendo en cuenta la naturaleza del litigio la sentencia de la Audiencia no puede devenir incongruente, dado que —al DESESTIMAR la demanda— SE LIMITA A no dar pie a las pretensiones del demandante de acuerdo con el ‘petitum’ primero de los demandados. No entra, porque no procede y no es oportuno, a resolver las peticiones subsidiarias de las partes ya que no se han producido los supuestos en que se basan.

c) Considerada la argumentación de la sentencia recurrida en relación a que la relación contractual reflejada en la escritura de compraventa está constituida por un ‘negotium mixtum cum donatione’, de tales consideraciones procede concluir que no hay incongruencia en la sentencia recurrida: por lo tanto, NO CABE ADMITIR Y SE HA DE DESESTIMAR este primer motivo de casación.

• En F.J. 3.º analiza el motivo segundo: entiende que la afirmación de la sentencia recurrida (“el fedatario público advirtió a la vendedora...”) no ha quedado desvirtuada por la comunicación del notario sucesor —tal como pretende el recurrente— dado que la Sala se basa no solamente en el examen de los documentos aportados, que si bien no expresan el hecho tampoco lo contradicen, sino hace la apreciación conjunta de la totalidad de las actuaciones y este particular sí que resulta de la prueba testifical donde el testimonio de la parte demandada advera el hecho que la sentencia recoge.— Para poder estimar la existencia del error, la afirmación de la sentencia habría de resultar contradictoria con los documentos incorporados a las actuaciones y éstos habrían de demostrar la equivocación del juzgador, supuesto que no se dá en el caso analizado (SS. del T.S. de 23.3, 17.7 y 15.9.85, 30.4.86, 23.5. y 15.6.87, y 10.2.88). En consecuencia, dado que no existe error en la apreciación de la prueba basada en los documentos que obran en las actuaciones y no aparece demostrada la equivocación del juzgador porque no ha sido contradicha por los otros elementos probatorios, PROCEDE TAMBIÉN DESESTIMAR COMO DESESTIMAMOS este segundo motivo de casación.

• El F.J. 4.º estudia el motivo tercero y último de casación como sigue: “La determinación del nexo lógico y directo necesario para apreciar una presunción constituye un juicio de valor que se reserva a quien juzga y que es preciso respetar mientras no se acredite su falta de razonabilidad. Solamente cuando no hay un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre el hecho base y la presunción deducida, ésta se puede revisar y, si procede, deestimar en casación (SS. del T.S. de 7 y 10.3. y 1.4.83).— En EL CASO PRESENTE, la presunción a la que llega la Sala (cuando manifiesta ‘percibir razonablemente un componente de liberalidad’ por parte del demandante ...) entra en el fondo del litigio y valora según su criterio y atribuciones el conjunto de las alegaciones de las partes y la totalidad de la

prueba practicada. Esta no se centra en la determinación del valor real de la finca —que prácticamente no se discute por las partes— sino en la motivación del contrato.— =...= Por lo tanto, la Sala —para resolver el litigio en los términos en que es planteado— ha de entrar necesariamente a analizar y valorar ESTA RELACIÓN (56) para determinar la causa real del negocio jurídico a que dió lugar y, en este caso, las presunciones judiciales son un medio hábil de prueba y se derivan directamente de los hechos que se debaten”.—Cita a continuación el Ponente LA S. DEL T.S. DE 16 SEPTIEMBRE 1988 ...= La existencia de “la íntima relación entre las partes, ACREDITADA con el otorgamiento SIMULTÁNEO de la escritura de compraventa Y DE UN TESTAMENTO instituyendo herederos universales a los demandados, puede dar lugar perfectamente a la PRESUNCIÓN de la existencia de un ‘animus donandi’ que —JUNTAMENTE con la voluntad de satisfacer los favores recibidos y los gastos ocasionados— son causa del ‘negotium mixtum cum donatione’, como sostiene la parte demandada y estima la sentencia al decir que la causa del contrato no es completamente onerosa, sino expresiva de la liberalidad del actor. Por lo tanto, la presunción deducida en la sentencia es perfectamente lógica, relacionada con los hechos resultantes de la prueba y adecuada al caso según las previsiones de los arts. 1.215 y 1.249 C.c. y la numerosa jurisprudencia del T.S. expresada en las SS. de 29.9 y 21.11.56, 21.9.59, 25.3.65, 20.1.72 y 30.6.88.—Aun cuando en el comportamiento posterior al otorgamiento de la escritura los demandados mostraron su ingratitud y provocaron el arrepentimiento del demandante, la cual cosa no se valora en este procedimiento por razón de la naturaleza de la acción ejercitada.—= En consecuencia, también es procedente DESESTIMAR este tercero y último motivo de casación”.

(56) Se refiere anteriormente a ella al hablar de “las recíprocas relaciones mantenidas por los litigantes durante un puñado de años ... familiares ... de simple amistad ..., etc.”.

Hechos:

1) Por la entidad 'P., S.A.E.' se interpuso *demanda contra* la entidad 'S.A.V.' en lo que se solicitaba del correspondiente Juzgado se dictare sentencia por la que: 1.º) *se declare a su favor el derecho a percibir las cantidades* que dimanen de la quinta parte del *canon establecido* en la escritura de constitución de esta última sociedad *con la aportación* de unas fincas y de un manantial de agua que brota de una de ellas, a favor del aportante Don Juan ... (por haber adquirido este derecho de su último titular Don Modesto, en escritura de compraventa autorizada por el Notario de ... Sr. ... el 22.4.1988); 2.º) *se declare el derecho a obtener información, inspeccionar y controlar la producción y la venta de agua envasada* por parte de la compañía 'S.A.V.'.

La Sociedad 'S.A.V.' *demandada* contestó y se opuso a la *demanda*, alegando que el *canon* establecido *fué* constituido *A FAVOR DEL APORTANTE* y de sus sucesores, que, naturalmente, habrían de ser sus herederos, *PERO NUNCA* a favor de una sociedad competidora suya como es la entidad 'P., S.A.E.', y postulando, finalmente, la nulidad de la transmisión efectuada por Don Modesto.

2) Posteriormente, por la entidad 'S.A.V.' se plantea *demanda contra* Don Modesto y *contra* la entidad 'P., S.A.E.', solicitando del Juzgado *se declare la nulidad o ineficacia de la cesión del derecho a percibir el canon* hecha a favor de la sociedad 'P., S.A.E.' en la escritura de 22.4.1988: puesto que el transmitente Don Modesto está sometido por su causante a un fideicomiso sujeto a condición [ordenaba la causante la sustitución fideicomisaria *tradicional*, para el caso de morir el legatario sin descendencia de legítimo matrimonio, en favor de los descendientes directos de la causante que designase el sustituto y, si faltare la designación, a favor de los hijos del otorgante que hayan sobrevivido, y, si todos premurieren, a favor de los nietos de la causante por

estirpes]; como el fiduciario tiene descendencia legítima y ha hecho la designación —por si se cumpliera la condición— a favor de sus hermanos, y como éstos han autorizado expresamente la operación que se intenta impugnar, se entiende (por la entidad ‘S.A.V.’ aquí actora) que todavía no se ha producido la delación de la herencia y, por tanto, no se puede disponer de los bienes de la misma. En consecuencia, esta estimación dá lugar a que se solicite la nulidad o la ineficacia de la transmisión hecha por Don Modesto a favor de ‘P., S.A.E.’.

A esta petición de la demanda, *Don Modesto y la entidad ‘P., S.A.E.’ contestan Y SE OPOENEN, alegando:* que el fideicomiso referido había quedado sin efecto a partir del día en que Don Modesto engendró a su primer hijo; que la entidad actora ‘S.A.V.’ no tiene acción para pedir la nulidad de un contrato en que no fué parte ni intervino, ni siquiera es heredera o causahabiente de la causante que estableció el fideicomiso de referencia.

3) Por otra *demanda posterior interpuesta por la entidad ‘S.A.V.’* (57) se interesa la redención del caso enfiteútico de nuda percepción, por aplicación de la Ley de 31 diciembre 1945 sobre Inscripción, División y Redención de Censos de Cataluña (B.O.E. n.º 4 de 4.1.1946) (58).

A esta pretensión también *contestan y se oponen* la entidad ‘P., S.A.E.’ y Don Modesto.

4) *Los procedimientos iniciados* aquí reseñados (bajo números 1), 2) y 3) precedentes) *FUERON ACUMULADOS en unas únicas actuaciones.*

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia por la que ESTIMA la demanda de la entidad ‘S.A.V.’ y declara: que

(57) Ningún otro dato en la exposición de la sentencia: ¿Dirigida quizás ante el Tribunal Arbitral de Censos de Cataluña?

(58) La Ley 6/1990 de 16 de marzo sobre Censos del Parlamento de la C.A. de Cataluña, en el art. 33 - Disposición Final 1.ª, *deroga* los arts. 296 al 319 y el 326 de la Compilación y la Ley de 31.XII.1945 (con sus modificaciones sucesivas). Debe entenderse derogada la normativa procesal sobre el Tribunal Arbitral de Censos.

dá lugar a la nulidad del contrato de 22.4.88 por el cual Don Modesto cedía su derecho de pensión o canon a favor de la entidad 'P., S.A.E.'; que la entidad 'S.A.V.' tiene el derecho de redimir el censo de nuda percepción capitalizando la pensión establecida al tres por ciento; que *absuelve a la 'S.A.V.'* de todas las pretensiones formuladas por la 'P., S.A.E.'.

La Audiencia Provincial dicta sentencia de 2.4.91 por la que, *REVOCANDO* la sentencia de instancia y *estimando EN PARTE* la pretensión procesal de la 'P., S.A.E.', *declara*: que esta sociedad 'P., S.A.E.' tiene el derecho de percibir las cantidades dimanantes de la quinta parte del canon estipulado y de ejercer la facultad de comprobar la verdad de su importe sobre los balances de la 'S.A.V.' y por medio de una persona que observe las unidades expedidas, si con ello no se interfiere la actividad normal de la empresa.—*Desestima* las restantes pretensiones y *absuelve de ellas* a los demandados 'P., S.A.E.' y Don Modesto.— De entre las *argumentaciones* de la sentencia de la Audiencia, cabe aquí reseñar: que *se niega* la 'legitimatio ad causam' de la sociedad 'S.A.V.' para promover la acción, dado que la misma *no es parte* en el contrato que pretende anular *ni es heredera o causahabiente* de los afectados por el fideicomiso referido y *su interés* no va más allá del abono del canon sea quien sea la persona acreedora, como lo demuestran las sustituciones consentidas de su titularidad que se han hecho hasta ahora a pesar de que se hayan hecho por vía hereditaria; que se pronuncia *EN CONTRA DE LA EXISTENCIA* de un censo enfitéutico de nuda percepción en el presente caso, porque el canon convenido no se enmarca en un derecho real y no va más allá de la configuración de un derecho de crédito como comisión exigible a una persona jurídica determinada individualmente y sobre una parte limitada de su facturación, y este derecho —continúa diciendo la Audiencia— *no actúa* inmediatamente sobre la finca sino *a través* de la persona del deudor que es la que tiene la obligación

de realizar con sus prestaciones la efectividad del derecho.— Por todo lo cual, la sentencia de la Audiencia *concluye* que la naturaleza del contrato debatido la constituye una obligación personal y no un derecho real, porque para que *LOS DERECHOS REALES* se puedan configurar como tales es necesario (59) ...= *EN EL PRESENTE CASO*, cuando la obligación tiene un sujeto pasivo determinado individualmente contra el que se atribuye el derecho, aunque la obligación sea “propter rem”, es necesario situarla en el campo de las relaciones jurídicas obligacionales y, por tanto, fuera de las propiamente reales.

5) Por la entidad ‘S.A.V.’ se interpuso ante el T.S.J. *recurso de casación* al amparo de los números 5.º y 4.º del art. 1.692 LEC., basado en los siguientes *motivos*: 1.º Infracción, por inaplicación, del art. 297 CDC. CAT. en relación con el art. 1.604 C.c., puesto que la discrepancia de las partes litigantes sobre la calificación jurídica de la obligación contenida en las escrituras objeto del litigio ha de ser resuelta afirmando que no puede ser otra cosa que la constitución de un derecho real de censo enfitéutico regulado en los preceptos indicados como infringidos.— 2.º Infracción de la *normativa catalana VIGENTE EN EL MOMENTO DEL CONTRATO* (Escrituras de Fundación de la Compañía ‘S.A.V.’, de 16.6.1900 y 23.4.1906), *normativa subsidiaria* a aplicar (esto es, la Constitución 5.ª del Título 31 del Derecho Enfitéutico, Libro IV, Volumen 1.º, de las Constituciones de Cataluña) dado que en el momento en que tiene lugar dicho contrato *todavía no había sido promulgada* la CDC. de Cataluña y, por tanto, de entenderse que la CDC. CAT. *NO ERA de aplicación al caso*, lo sería el Derecho supletorio catalán enton-

(59) Desarrolla la Sentencia los caracteres tradicionales que tipifican a un derecho como *DERECHO REAL*. Entendía la sentencia que *EL HECHO* de que *EL APORTANTE A LA SOCIEDAD EN 1900 se reservase el derecho de tanteo y retracto* de los bienes inmuebles aportados a la compañía y *se le concediere como contraprestación el derecho de percibir una pensión sobre el volumen de agua envasada procedente de una de las fincas —concedido a favor suyo y de sus sucesores—* NO venía a significar la constitución de un censo.

ces vigente.—3.º Infracción, por inaplicación indebida —sic— de la Ley 31 diciembre 1945 sobre Inscripción, División y Redención de Censos en Cataluña, en especial arts. 27 al 32 y 39, que regulan las normas específicas para la redención del censo de nuda percepción.—4.º Al amparo del n.º 4.º del art. 1.692 LEC., por error en la apreciación de la prueba basada en documentos que figuran en las actuaciones y que demuestran la equivocación de la Sala, porque considera el recurrente que la titularidad del derecho a la percepción del canon comporta el derecho de inspeccionar y de intervenir en el control de producción y —dado que el adquirente de tal canon es un competidor directo del recurrente— le ocasiona un perjuicio, por lo que la sociedad 'S.A.V.' aquí recurrente deviene legitimada para impugnar la validez de la transmisión.

Fundamento del fallo del T.S.J.:

305

El Magistrado Ponente *DESESTIMA TOTALMENTE EL RECURSO*, dedicando al examen del mismo los FFJJ. 2.º, 3.º y 4.º

• En el F.J. 2.º comienza el Ponente exponiendo que *los tres primeros motivos* del recurso denuncian todos como infringidas las disposiciones que regulan la figura jurídica del censo enfiteútico de nuda percepción, cuya constitución ha sido negada por la sentencia recurrida. *Por lo tanto, dichos tres primeros motivos se fundamentan todos en la misma y única base*, que es la denuncia del pretendido error del Tribunal en la calificación de la naturaleza jurídica de la obligación que resulta de las escrituras de la fundación de la 'S.A.V.'. Son, por lo tanto, corolario natural de una misma discrepancia interpretativa, para lo cual se han de examinar conjuntamente.

Sigue en el F.J. 3.º analizando la interpretación de las cláusulas de la fundación de la compañía 'S.A.V.' en las escrituras de 1900 y de 1906: *es en dicha interpretación donde radica el 'quid' de las cuestiones planteadas en este litigio y de ello ha de depender la determinación de la figura*

jurídica a que obedecen y si corresponde en consecuencia hacer valer los preceptos invocados como infringidos por inaplicación en estos motivos del recurso.

Entiende el Ponente que “*LA EXÉGESIS Y LA HERMENÉUTICA DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO QUE HA HECHO LA SALA SENTENCIADORA (60) MERECE CONSIDERACIÓN Y RESPETO EN EL PRESENTE RECURSO (61): 1) Porque únicamente podría ser combatida si se basase en un error evidente o bien si se demostrase que su conclusión es ilógica o desorbitada respecto de los elementos que contempla, pero si la interpretación dada por el Tribunal ‘a quo’ es racional y coherente NO PROCEDE LA CASACIÓN de la sentencia, incluso en el supuesto de ofrecer alguna duda, porque la doctrina jurisprudencial por la cual la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia es reiteradísima y uniforme y su criterio ha de prevalecer en casación. La decisión de la Sala no se contradice con los términos que contienen los documentos, no atenta contra la letra ni contra el sentido ni el alcance de las cláusulas de la escritura, y resulta ser la más adecuada a la intención y a la voluntad de las partes, según el propio contrato refleja (SS. del T.S. de 21.4 y 27.10.1966; 12.2, 14 y 17.10.70; 25.4.84; y 4.7.89).— 2) Esta resolución [sentencia recurrida] resulta reforzada, además, por los términos literales del contrato del que se desprende que el propósito de las partes NO ES PRECISAMENTE convenir la constitución de un censo enfiteútico de nuda percepción... porque el pacto evita y elude expresamente esta calificación cuando dice “los derechos de tanteo y de retracto se otorgan con la misma eficacia y se habrán de ejercitar de la misma manera y en los mismos términos que ordenan los preceptos que para regular el censo enfiteútico consigna la sección 1.^a del Capítulo 2.^o del Título 9.^o del Libro 4.^o del C.c.”. Con esta cláusula no se expresa la cons-*

(60) V. anteriormente sus argumentaciones, resumidas, en ap. 5).

(61) La subsiguiente división en apartados es mía (J. C. G.) y no aparece en la presentación de la sentencia.

titución de un censo, sino que quiere alcanzar a su normativa reguladora, únicamente en aquello que es necesario para ejercitar el derecho de tanteo y de retracto pero precisamente no se quiere confundir con esta figura, ya que si así fuese lo más natural y lógico sería haberla calificado con esta denominación, cosa que no ha hecho.—= 3) No se puede admitir que exista infracción de las normas sustantivas que alega el recurrente, ya que del examen y la ponderación de los documentos SE CONCLUYE QUE NO CONSTITUYEN el otorgamiento de un censo enfiteútico de nuda percepción, sino una obligación personal, y por tanto la inaplicación de los preceptos que se invocan como infringidos no puede constituir una violación del derecho sino una consecuencia obligada de la referida valoración: por la cual cosa HEMOS DE DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS estos tres motivos de casación”.

• El F.J. 4.º examina el cuarto y último motivo, en que se denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación de la Sala. El Ponente RECHAZA también este motivo y argumenta como sigue: “Es cierto que la doctrina jurisprudencial referida al art. 1.302 C.c. NO EXCLUYE DE SU APLICACIÓN —y, por tanto, del ejercicio de la acción de nulidad— a aquellas personas a las cuales PERJUDIQUE la obligación, aunque sean terceros en el contrato, con la finalidad de obtener el medio legítimo para la reparación del daño causado.— Pero para apreciar este interés protegido por la ley que permita a un tercero el ejercicio de su pretensión de nulidad del acto que estima lesivo a su interés, ES NECESARIO QUE ÉSTE ESTÉ EN RELACIÓN CON EL SUPUESTO DE HECHO que contempla la norma cuya aplicación se invoca. ES DECIR, QUE SU INTERÉS RESULTE DEL PERJUICIO QUE LE OCASIONA LA OBLIGACIÓN QUE SE CONTRAE en virtud del acto que se pretende impugnar, PERO NO una preexistente e innominada obligación, ya que la facultad concedida por el precepto indicado tiene carácter limitativo.— EN EL CASO PRESENTE los derechos y las obligaciones de la ‘S.A.V.’ resultan inalterables sea quien sea la

persona que los ostente, por cuya razón su interés en anular la compraventa está más allá de las previsiones protectoras de la ley: su pretensión no resulta motivada por la operación en sí misma, sino de las circunstancias y características de la persona que adquiere el derecho, y esta consideración es irrelevante porque no afecta a sus derechos y deberes, que se mantienen intactos en su contenido, y por tanto este tipo de interés no es el que el legislador prevé al establecer el precepto que se invoca como violado.—= La excepción QUE LA SALA HA ESTIMADO por la falta de ‘legitimatio ad causam’ HA DE SER RATIFICADA PLENAMENTE POR ESTE TRIBUNAL en virtud de todo lo expuesto Y, POR TANTO, ES PROCEDENTE DESESTIMAR COMO DESESTIMAMOS este último motivo de casación”.

28. S. DE 7 ENERO 1992.

308

Hechos:

1) Don Baltasar había otorgado testamento el 16.12.1986 ante el Notario Don U. y en dicho acto intervenían dos testigos, ambos empleados de la Notaría, faltando en la matriz la firma de uno de ellos. El testamento había sido otorgado según lo establecido en la Compilación civil catalana.— Había otorgado otro testamento *anterior* el 29.12.1963.

El testador fallece el 1.1.1988.

D.^a Juana, viuda del testador, formaliza ante el Juzgado de Primera Instancia su *demanda contra Don Juan, Don Baltasar y Don U.* (éste último a la sazón como Notario autorizante del referido testamento) (62), solicitando se declare la nulidad de dicho testamento.

2) El Juzgado dicta sentencia el 16.5.1990 *desestimatoria* de la demanda.

(62) En la dicción de la exposición de hechos *no aparece el carácter o calidad* de los demandados Don Juan y Don Baltasar (¿hijos del testador? ¿hermanos?), y se dice “a la sazón Notario *otorgante* del instrumento” ...: error de concepto o “lapis” salvable por el buen entendedor, ya que bien es sabido que quien *otorga* nunca es el Notario, el Notario “autoriza”.

La Audiencia Provincial, por sentencia de 4.4.1991, *confirma* íntegramente la sentencia del Juzgado y desestima la demanda.

3) La demandante interpone *recurso de casación ante el T.S.J.*, basada en *cuatro motivos*:

1.º Con amparo en el art. 1.692-4.º LEC., por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en las actuaciones que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios: porque la tesis de la sentencia recurrida de la Audiencia *parte de la base* de que en el testamento *ANTERIOR* (63) el hijo del matrimonio (Don Juan) era usufructuario y con posterioridad ha habido una conformidad tácita de la actora D.^a Juana con el testamento luego impugnado en el pleito, y dicha tesis no es cierta, constituyendo error de hecho en la apreciación de la prueba.

2.º Al amparo del art. 1.692-5.º LEC., por infracción de los arts. 101 y 242 CDC. CAT. y de los arts. 3.1, 6.3 y 687 C.c.; y doctrina jurisprudencial sobre los mismos: porque la exigencia legal (*FIRMA*) del art. 101 CDC. CAT. es imperativa y constitutiva de *UNA OBLIGACIÓN O NECESIDAD*; porque el art. 242 CDC. CAT. contiene *una fórmula que comprende dos posibles causas de nulidad*, una de adecuación a algunas de las formas testamentarias aceptadas y reguladas en el Derecho catalán y *otra* derivada de la falta de alguna de las formalidades y requisitos exigidos para cada uno de los tipos testamentarios: y porque el art. 687 C.c. (“será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas”) *se considera de aplicación* en el sistema testamentario catalán, aunque *concretado* a los requisitos formales por éste exigidos. *Las tres disposiciones legales citadas se resumen en la conclusión de que el testamento otorgado con ausencia de alguna de las formalidades exigidas es nulo de pleno derecho*, cual —se

(63) Así subrayado en la misma sentencia.

dice— ocurre con el de autos al faltar la firma de un testigo.

3.º Al amparo del art. 1.692-4.º LEC., por error en la apreciación de la prueba basada en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del juzgador, denunciando *la apreciación* de la Sala sentenciadora *en orden a la aceptación tácita* por D.ª Juana del testamento litigioso *por entenderla derivada de un conocimiento* por la actora del defecto del testamento *en la fecha de expedición de las copias el 9.3.1988* (64); *porque D.ª Juana (actora) no tuvo conocimiento* de LA FALTA DE LA FIRMA del testigo *sino con posterioridad al día 21 de octubre de 1988 y no podía tenerlo en el mes de marzo anterior* porque el hecho de constar LA ADVERTENCIA en una copia y no en la otra revela que la misma se añadió en data posterior, porque en caso contrario —se dice— lógicamente la advertencia se habría hecho constar en ambas copias ..., lo que también —se añade— lo corrobora el Notario Sr. R. *en la prueba testifical* obrante en las actuaciones.

4.º Al amparo del art 1.692-4.º LEC., por infracción del art. 6 C.c. y de la jurisprudencia relativa al mismo.

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente *en F.J. 1.º CENTRA EL LITIGIO* en orden a la *determinación de la validez jurídica* de un testamento abierto notarial otorgado con sujeción al sistema de la CDC. CAT. en el que, si bien no hay duda acerca de la intervención de los dos testigos (Don Rafael y D.ª María Pilar, ambos empleados de la Notaría), sin embargo falta en la matriz la firma de uno de ellos (Don Rafael).

El Ponente RECHAZA ÍNTEGRAMENTE EL RECURSO, con la argumentación muy interesante que seguidamente se resume:

• En su *F.J. 1.º RECHAZA EL MOTIVO 1.º* y dice *que no puede ser acogido*, por varias razones: *en primer lugar*, para

(64) Tras la 'fé de copia' aparece la siguiente NOTA: "Advertencia: En la matriz de la presente copia autorizada del testamento abierto falta la firma del testigo Don Rafael. Reitero fé" (sic).

que el planteamiento de la denuncia del error de hecho en la apreciación de la prueba pueda estimarse procesalmente correcto *es necesario que el documento en que se fundamenta no haya sido tenido en cuenta por el juzgador de instancia, LO QUE SUPONE TANTO COMO SU ABSOLUTA FALTA DE VALORACIÓN* (pues el error o equivocación en una eventual valoración, efectuado expresa o tácitamente, no tiene base casacional en el ordinal cuarto, sino en el quinto y obviamente por otro tipo de discurso). *En segundo lugar*, la construcción argumentativa del recurso opera sobre la impugnación de una presunción, y ello exigía un razonamiento jurídico diferente (para combatir la afirmación base, de la que se extrae la inferencia lógica, aunque por el cauce del ordinal cuarto, es preciso denunciar la infracción del art. 1.249 C.c.), aparte de que *la deducción presuntiva que hace la sentencia recurrida para sentar la conclusión de aceptación tácita del testamento por la viuda actora no se basa únicamente en el extremo aquí cuestionado, sino también en otras consideraciones y pruebas, cabalmente ajenas al recurso* (por no planteadas) y al motivo elegido (el error en la valoración de las pruebas de confesión y testifical no tiene encaje alguno en el ordinal cuarto), lo que resta cualquier interés práctico al planteamiento efectuado.—Y en tercer lugar, por último, resulta incuestionable que el argumento de la Sala no tiene carácter principal o esencial para resolver el pleito sino que *lo es 'ex abundantia', COMO LO REVELA que aduce como razones para declarar la validez jurídica del testamento la equidad y el principio del 'favor testamenti', que considera la exigencia de la firma de los testigos como una formalidad o ritualidad intrascendente y sólo después añade ('máxime', dice) la conformidad tácita: y resulta obvio que tal tipo de argumentación queda fuera de la casación.*

• El F.J. 2.º lo dedica el Ponente al examen del motivo tercero, QUE DESESTIMA TOTALMENTE. PARA DESESTIMAR EL MOTIVO BASTARÍA CON REMITIRSE 'mutatis mutandis' A LO DICHO PARA EL MOTIVO ANTERIOR, pero en este caso resaltan más si cabe los

defectos de planteamiento procesal, toda vez que: primero, si la Sala deduce algo de un documento es que lo ha valorado, lo que convierte en estéril el cauce del ordinal cuarto; segundo, no tiene ningún efecto en esta vía procesal lo que pueda decir o no la prueba testifical; tercero, no tiene en cuenta la parte recurrente que —con independencia de que constase o no la advertencia en la copia—, si bien la apreciación de la omisión no se revela en la misma medida que con la advertencia, en ningún caso podría estimarse ilógica la conclusión de la Sala que derivara la toma de noticia de la mera copia aun sin el aviso adicionado.

• *El motivo 2.º* —denunciando, según se dijo, la causa ‘formal’ de nulidad del testamento objeto del litigio— es analizado con especial énfasis por el Ponente, dedicándole una gran atención en los FF.JJ. 4.º, 5.º, 6.º, 7.º y 8.º, que seguidamente resumo:

312 —El F.J. 4.º plantea genéricamente *el punto de partida en orden a que EL MOTIVO NO PUEDE PROSPERAR porque el defecto denunciado constituye UNA MERA RITUALIDAD a la que en ningún caso cabe atribuir la trascendencia jurídica de acarrear la nulidad del negocio jurídico testamentario*, conclusión ésta a la que conducen los *razonamientos* que a continuación se expresan.

—El F.J. 5.º contempla *UN PRIMER ARGUMENTO* a favor de LA VALIDEZ del testamento, derivado del canon *histórico* (arg. art. 3.1. C.c., en relación a los ‘antecedentes históricos y legislativos’). Expone cómo la configuración del sistema testamentario en Cataluña se ha caracterizado de modo sustancial por una clara tendencia y efecto de simplificación de formalidades y sobriedad de formas, y de ello es última y parcial manifestación el art. 101, párrafo 1.º CDC. CAT. Lleva a continuación el Ponente a *una visión retrospectiva de este precepto, partiendo del ‘Usatge Duo Testes’* [que, formando parte del ‘Usatge Accusatores’, se integra en las Constituciones de Cataluña: c. 3.ª, T. 16 De testimonis, Libro III, volumen 1.º]; sigue con la regulación dada a la materia de

los *testigos* del testamento abierto o muncupativo ante Notario por el Capítulo XXVI del Privilegio de Pedro II ‘Recognoverunt Proceres’ de 11.1.1284, el Privilegio a la ciudad de Barcelona de Pedro III (IV de Aragón) de 19.10.1339, el Real Acuerdo de 13.3.1755 del Rey Fernando VI; alude también a las formas testamentarias ante el párroco y sacramental.— Por otra parte, considera que el requisito de *rogación* de los testigos (procedente del Digesto, Ley 21, párrafo 2.º, Título I, Libro 28) no regía para los ciudadanos de Barcelona y, aunque mencionado en algunas sentencias, no siempre era de clara vigencia, con lo que en la práctica notarial terminó por diluirse (cita las SS. de 1.3.1852, 26.5.1871 y 1.12.1898, y las Ress. DG. de R. y N. de 3.7.1890 y 10.10.1891). Finalmente, en cuanto a la *firma* de los testigos (exigida en el texto del Digesto, Libro 28, Título I, Ley 30 “Quia testamenta facere possunt”), se mencionan la Real Provisión de 29.11.1736 en su Regla Décimotercera y la Real Provisión de 24.7.1755. *Concluye* el Ponente diciendo que “*El carácter más tolerante de la legislación catalana ha sido explícitamente reconocido en diversas sentencias del T.S. —cuales las de 28.1.1861 y 18.11.1934, entre otras—, y es clara manifestación de un pensamiento jurídico y convicción social de reducir al mínimo esencial la exigencia de formalidades testamentarias insoslayables*”.

—El F.J. 6.º añade EN PRO DE LA VALIDEZ UN SEGUNDO ARGUMENTO basado en el *canon sociológico*, en orden a la *interpretación* con este criterio DEL PARTICULAR CONCRETO DEL PRECEPTO COMPILADO. Recuerda el Ponente “*el viejo dicho, con abolengo suficiente para alcanzar la categoría de axioma*”, del “*Distingue tempora et concordabis iura*”. Y cabe pensar que nunca mejor dicho que aquí y ahora. Con arreglo al mismo, el sistema jurídico debe ser valorado en relación con la realidad del momento en que se aplica, adecuando las mudanzas jurídicas al cambio de las condiciones históricas. *En contemplación de esta perspectiva, parece claro que en el momento actual carece de justificación jurídica,*

y, por otro lado, repugna a la conciencia social el hecho de hacer depender la validez de un testamento otorgado ante un fedatario público —con el evidente prestigio moral y jurídico de los Notarios— de la consignación de la firma DE UNO de los testigos que intervinieron en el acto.—La argumentación que se expone tiene una diáfana fundamentación doctrinal, legal y jurisprudencial...”= Sigue a continuación el Ponente recordando cómo “lo más selecto de LA DOCTRINA CIENTÍFICA destaca la necesidad de atribuir la importancia que le corresponde a la valoración de la realidad sociológica del tiempo en que se realiza la labor hermenéutica de la norma, y asimismo la oportunidad de ponerla en relación con el tiempo en que se dictó la finalidad de ésta”... “Y, en tal sentido —dice— procede señalar que no sólo cabe cuestionar la trascendencia actual de la firma, sino también —en perspectiva dialéctica— que lo está la de la propia intervención de los testigos en los testamentos notariales, y es más, incluso lo estuvo con un criterio bastante generalizado ... en el propio siglo XIX ... Pues bien, si la crítica es tan acentuada, especialmente en los últimos tiempos, para la propia exigencia de intervención de testigos, resulta ocioso cualquier comentario en orden a la de su firma, tanto más si se tiene en cuenta el efecto de la fé pública que implica la apreciación del Notario en cuanto a las circunstancias de índole objetiva.—= EN EL PLANO LEGAL el argumento sociológico tiene su apoyo en el art. 3.1 C.c. ...= Este elemento hermenéutico ya había sido singularmente valorado por LA JURISPRUDENCIA, y así, cita el Ponente las SS. del T.S. de 21.11.1934, 24.1.1970, 31.3.1978 y 28.2.1989, y la Res. D.G. R. y N. de 26.12.1968: en resumen, la ley (como expresan las sentencias antedichas) ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real que constituyen su razón de ser, y precisamente el art. 3.1 prohíbe el anquilosamiento de la doctrina jurisprudencial (v. S. del T.S. de 22.1.1988).—= Cita la S. DEL T.S. DE 25 ABRIL 1991 sobre un caso de nulidad testamentaria, así como diversas SS. del T.S. en relación con

materias variadas, y la S. del T.C. de 21 septiembre 1989. Termina diciendo que *lo que el T.S. pretende prevenir* es de una percepción social exclusivamente individualizada del intérprete, sin un firme soporte de realidad ...= *NO ES ÉSTE EL CASO DE AUTOS. Basta tomar nota* de la opinión de los comentaristas, *observar* la puesta en marcha de la dinámica legislativa [*proyectos de reforma* del C.c. (65) y de la CDC. CAT.], y *contemplar* el parhelio representado por la L.O.P.J. de 1 julio 1985 (art. 281, ap. 1 y 2) cuya normativa ha sido destacada tanto en la doctrina del T.C. (S. n.º 155, de 5 octubre 1989) como en la del T.S. (S. de 14 noviembre 1990). *Finaliza* su pormenorizada exposición diciendo el Ponente que “Es claro que no *nos hallamos ante* una moda, o una postura o estado fluctuante o superficial, sino *algo mucho más profundo y plenamente enraizado ya en la conciencia social y convicción jurídica de los tiempos modernos: la innecesariedad testimonial para corroborar la credibilidad dimanante de la fé pública (por lo demás, plenamente representada en el distintivo oficial notarial del ‘nihil prius fide’)* (sic.)”.

315

— En el F.J. 7.º añade OTRO TERCER ELEMENTO INTERPRETATIVO basado en el canon teleológico (o de finalidad o función del precepto), “*QUE EN EL SUPUESTO DE AUTOS ES IGUALMENTE RELEVANTE, y el cual es posible configurar con una consideración autónoma, sobre la base del art. 3.1. C.c., cuando se refiere a que ‘las normas se interpretarán ... atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad’.* Es difícil concebir la finalidad o función de la exigencia de la firma de los testigos testamentarios, y tal apreciación se acentúa en casos en que —como el de autos— los intervinientes son empleados de la Notaría en que se otorgó el testamento. Pero sea como quiera ... la verdad es que no integra una solemnidad fundamental. Se trata de una mera formalidad, o, con mejor tecnicismo, de un formalismo o ritualidad sin relevancia esen-

(65) Hoy, ya es la Ley 30/1991, de 20 de diciembre (BOE. 23 dic. 91), de modificación del C.c. en materia de testamentos.

cial.—” ... Expone el criterio no siempre rectilíneo del T.S. en diversas sentencias, y añade que “y si bien es verdad que son numerosas las sentencias que adoptan un *criterio riguroso* sobre la base del principio ‘forma dat esse rei’ ... ocurre sin embargo que en la mayoría no pasa de ser una doctrina general; por otro lado, hay también muchas resoluciones en que se adoptó un *criterio flexible* en cuanto a determinadas formalidades (ad exemplum, 19.11.1870, 21.9.1889, 21.11.1899, 1.6.1901, 1.2.1907, 30.4.1909, 27.5.1914, 27.6.1917, 12.6.1926, 19.1 y 20.6.1928, 11.2.1929, 10.12.1934 y 4.1.1952, entre otras); y, ADEMÁS, NO SE CONOCE NINGUNA SENTENCIA que haya declarado nulo un testamento por falta de firma, o AL MENOS NO SE CITA EN EL RECURSO, POR LO CUAL MAL CABE HABLAR —como se hace en el motivo casacional— de infracción de doctrina jurisprudencial (que obviamente sólo existe en contemplación de la ‘ratio decidendi’, sin que baste el ‘obiter dicta’)”.

316

—El F.J. 8.º añade OTRO ARGUMENTO MÁS EN PRO DE LA VALIDEZ del testamento impugnado, cuyo refuerzo enlaza “con la idea moderna en virtud de la cual debe rechazarse el formalismo ...= RESULTA CLARAMENTE EXCESIVO Y ENORMEMENTE RIGUROSO DEPENDER EN EL PLANO FORMAL LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO DE LA MERA FALTA DE FIRMA DE UN TESTIGO, y más todavía si se piensa que la omisión con toda probabilidad se debió a una distracción o desliz, incluso más del propio testigo (empleado de la Notaría) que del notario. Y con lo razonado no se atenta a la norma —como ya se dijo— sino que se centra en su justos límites, sin que quepa dar otra significación a la expresión legal (“pero HAURAN (66) de firmar”), pues —como ya dijo LA SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1950, ‘si bien es cierto que en materia de interpretación de las normas legales es preciso partir de la literalidad de su texto, no puede menos de tenerse en cuenta el valor del resultado, a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional de orden ló-

(66) Así subrayado en la propia sentencia.

gico' (67)— NO ES LÓGICO, NI RACIONAL, EL RESULTADO QUE SE DERIVARÍA de la estimación del recurso y de la demanda.— Y ello tanto más que —como con acierto se razonó en la instancia— se faltaría a la equidad (art. 3.2 C.c., y sentencias del T.S. de 29.10.85 y 18.7.86), que constituye un elemento de interpretación importantísimo en cuanto tendente a lograr la aplicación de la norma sensible a las particularidades del caso (apreciado ello en atención no tanto a las consecuencias sucesorias como a la solución del caso en sí); y (además) no se valoraría adecuadamente el principio del 'favor testamenti', claramente enraizado EN LA CONCIENCIA SOCIAL Y FAMILIAR CATALANA y que forma parte esencial de SU TRADICIÓN JURÍDICA, fuente ésta interpretativa e INTEGRADORA (68) de especial significación (art. 1, párrafo 2.º de la Compilación)".

— En F.J. 9.º RECHAZA el motivo cuarto diciendo que "ha de seguir la misma suerte DESESTIMATORIA: lo que debe tener lugar 'in limini', dado que no es de aplicación el art. 6.3 C.c. cuando hay normativa especial, CUAL OCURRE EN EL CASO, con los arts. 687 C.c. y 242 de la Compilación.— Siquiera convenga también advertir que el precepto del art. 6 debe ser interpretado con criterio flexible, y no rígido (v. gr., SS. de 7.2.84, 26.7.86, 17.10.87 y 29.10.90, entre otras)".

317

29. S. DE 30 ENERO 1992.

Hechos:

I. Antecedente.

1) Por el Banco X se formula demanda de juicio ejecutivo contra Don Manuel y su esposa, en reclamación de 3.196.716 Ptas. (69).

(67) Aparece entrecomillado en la sentencia.

(68) En la redacción de la sentencia se lee "interrogadora", que entiendo es error mecanográfico salvable como digo (integradora).

(69) Previamente el 31 diciembre 1982 el mismo Banco (al parecer) había formulado QUERRELLA CRIMINAL contra Don Manuel, siguiéndose las Diligencias previas ante el Juzgado de Instrucción. Asunto que fue sobreseído en 4 noviembre 1986.

Al parecer también se trabaron varios embargos sobre una finca del demandado.

El Juzgado dicta sentencia el 8 febrero 1983, *estimatoria* de la demanda. La Audiencia, por sentencia de 8 abril 1986, *confirma* la sentencia del juzgado.

2) Posteriormente, *por demanda de fecha 5 noviembre 1984*, en juicio de menor cuantía, el Banco X. reclama de Don Manuel la cantidad de 3.332.370 Ptas.

El Juzgado, por sentencia de 16 septiembre 1987, *estima* la demanda. La Audiencia, por sentencia de 28 diciembre 1988, *confirma* la sentencia de instancia.

3) *Al parecer (70) el matrimonio deudor demandado* había procedido a *escriturar el 17 de junio de 1984* una finca de su pertenencia a favor de una hija y de una nieta *POR VÍA DE DONACIÓN*.

4) Consecuentemente —por lo dicho en ap. 3)— *no había podido ejecutarse la sentencia de 28.12.1988* (v. en ap. 2) por haber sido donada la finca a los descendientes.

5) Finalmente, *el Banco X formula demanda* (autos 242/88) ante el Juzgado *contra Don Manuel, su esposa, una hija y una nieta*. Posteriormente la demanda *SE AMPLIABA CONTRA los herederos o herencia yacente de la fallecida cónyuge de Don Manuel*. La petición fundamental de la demanda se concreta en solicitar se declare por el Juzgado *la rescisión del contrato de donación de 17.6.84* efectuado por los inicialmente demandados, *por haberse efectuado en fraude de acreedores*.

II. El Juzgado de Primera Instancia, por sentencia de 3 diciembre 1990, *declara no procede la admisión de la demanda*, por entender *que la acción rescisoria* ejercitada por la entidad bancaria *había caducado, contando el término* de cuatro años del art. 1.299 C.c. *DESDE* el día en que se otorgó la escritura.

La Audiencia Provincial, por el contrario, procede a la *revocación* de la sentencia apelada y a *declarar la rescisión* solicitada en la demanda, *por entender aplicable el art. 340*

(70) Carecemos de otros datos y del contenido de la escritura.

CDC. CAT. al advertir que ‘nunca’ perjudicarán a los acreedores del donante las donaciones posteriores a la fecha del hecho origen del crédito.

III. Por parte de los demandados se interpuso *recurso de casación* ante el T.S.J., basado en los siguientes *motivos*:

— *El motivo 1.º*, amparado en el n.º 4 del art. 1.692 LEC., denuncia que en la sentencia recurrida ha habido error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos, que demuestran la equivocación del juzgador: el error denunciado *SE CONCRETA EN SUPONER* que los donantes de la finca se hallaban sometidos al régimen civil especial de Cataluña, cuando realmente lo estaban al régimen del Derecho civil común. Para sostener tal alegación *SE ALUDE*: 1) a la certificación registral relativa a las anotaciones de embargo letras A y B en la que se reseña que el matrimonio “se halla sujeto al régimen legal de gananciales”; 2) a otra certificación registral, relativa a la anotación de embargo letra D, sobre la misma finca, con la misma indicación respecto al régimen económico-matrimonial; 3) *al escrito de demanda*, en que la propia entidad demandante reconoce que el matrimonio demandado está sujeto a la sociedad de gananciales.

— *El motivo 2.º*, que la parte recurrente formula al amparo del n.º 5 del art. 1.692 LEC., denuncia una serie de infracciones normativas y de jurisprudencia que se agrupan como *submotivos* en los apartados A, B, C y D, como sigue:

- A) Infracción del art. 10.7 C.c., art. 14 C.c., y del art. 340 CDC. CAT. por aplicación indebida. Entiende el recurrente que *se ha quebrantado —por extensión improcedente de su alcance— lo establecido en el art. 10.7 C.c.* encuadrado bajo el epígrafe “Normas de Derecho internacional privado” y *que ordena* que “las donaciones se regirán en todo caso por la ley nacional del donante”. La sentencia recurrida —dice— *sustituye el concepto y término legal de “ley NACIONAL del donante” por el erróneo de “ley REGIONAL*

del donante". *Lo que supone la inaplicación del art. 14 C.c., bien situado bajo el epígrafe "Ambito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional", así como la aplicación indebida del citado art. 340 de la Compilación.*

• B) Infracción, por inaplicación, de los arts. 1.299 y 1.969 C.c., y 37 de la L.H. *A través de este motivo —que constituye la parte más trascendente del recurso —se viene a decir sustancialmente que —con base en los citados preceptos— la acción ejercitada por el Banco caducaba a los cuatro años, que el cómputo inicial ha de hacerse desde la fecha de la enajenación fraudulenta y que al ser ésta de 17.6.84 y haberse presentado la demanda el 28.11.88 la acción no puede prosperar (conforme ya se argumentaba en la sentencia de primera instancia).*

320

• C) Infracción, por interpretación errónea, de los arts. 1.111, 1.291-3.º y 1.294 C.c. Los recurrentes alegan que —según estos preceptos— *el carácter subsidiario tanto de la acción subrogatoria como de la acción revocatoria o pauliana EXIGE que "la imposibilidad de otro modo de cobrar los acreedores lo que se les deba" debe referirse al momento en que se otorga el contrato cuya rescisión se pretende y en ningún caso al momento —aleatorio y de fijación unilateral— de interposición de la demanda instando la resolución de aquél.*

• D) Infracción *de la doctrina jurisprudencial* respecto de los arts. 1.111, 1.291-3.º, 1.294, 1.299 y 1.969 C.c. y 37 L.H., en lo referente al *cómputo del plazo* para el ejercicio de la acción pauliana. Cita para ello las SS. del T.S. de 8.5.1903, 5.12.1905 y 26.6.1946, entre otras.

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente procede a LA DESESTIMACIÓN TOTAL del recurso. Dedicar el F.J. 1.º a una brevísima síntesis de los hechos, el F.J. 2.º al examen del motivo 1.º y el F.J. 3.º al examen del motivo 2.º en sus varios apartados A, B, C

y D (cuyo orden altera, como a continuación se verá), en la forma que sigue:

• El F.J. 2.º RECHAZA el motivo 1.º y entiende que los documentos alegados obrantes en autos que evidencian el error en la apreciación de la prueba “no son demostrativos de error alguno en la apreciación de la prueba efectuada por la Sala de apelación que impidan la aplicación del art. 340 CDC. CAT, pues para nada se discute el régimen matrimonial mantenido por los donantes que, POR OTRA PARTE, ES PERFECTAMENTE COMPATIBLE CON LA VECINDAD CATALANA DE AQUÉLLOS, residentes en Cataluña (al menos desde 1960, en que construyeron la casa que habitaron por más de veinte años), adquirida aquella vecindad conforme dispone la regla 4.ª del art. 14 C.c. Lo que conlleva LA DESESTIMACIÓN DEL primero de los motivos del recurso”.

• El F.J. 3.º analiza el motivo 2.º en sus varios apartados o submotivos, que por razón de métodos (sic) examina EN EL ORDEN de A, C, B y D, como sigue:

—A). LOS ARGUMENTOS de la parte recurrente en este submotivo “NO PUEDEN SOSTENERSE dada la indemostrada sujeción de los donantes al sistema de vecindad civil del derecho común y la concreta aplicación en el presente caso de las normas de derecho internacional privado (cap. IV, arts. 8 a 13 C.c.), por EXPRESA (71) remisión de lo dispuesto para la aplicación de regímenes INTERTERRITORIALES por el art. 16 del citado Código”.

—C) Apunta el Ponente que “una observación detenida de las (diversas) reclamaciones efectuadas por el Banco arroja el siguiente resultado ... (72)= Si a ello SE AÑADE que estas circunstancias no han sido discutidas por los recurrentes, que —según tiene entendido el T.S. (SS. de 14.4.25, 9.11.66 y 28.10.88)— la apreciación del fraude al acreedor es

(71) Se lee en la sentencia aquí “extensa”, error que entiendo debe salvarse en la forma que expongo (“expresa”).

(72) Recoge aquí el Ponente varios de los antecedentes fácticos que he presentado precedentemente en epígrafe I.

competencia exclusiva de la Sala de instancia y que, en cuanto al PERJUICIO para los acreedores —también cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del Tribunal sentenciador— no es necesario obtener la declaración previa de que el perjudicado carece de todo otro recurso, antes de ejercer la acción rescisoria (SS. de 23.2.13 y 30.1.86), se llega a LA CONCLUSIÓN de que el Banco había agotado todos los medios a su alcance para cobrar su crédito ejercitando aquella acción en la demanda origen de esta controversia, CUMPLIENDO LOS REQUISITOS legales y doctrinales REFERENTES a la existencia del crédito, otorgamiento de la donación que agrave la insolvencia del deudor donante y careciendo el acreedor de otro medio legal para cobrar su crédito”.

—B) Este apartado, el más trascendente (sic) del recurso, es objeto de especial análisis por el Ponente y a él dedica una cuidada y larguísima argumentación, que se resume seguidamente.

322

Para todo ello, parte el Ponente de la aplicación al presente caso del art. 340 CDC. CAT. y de la aplicación supletoria del art. 1.299 C.c., plazo que entiende de caducidad y no de prescripción (SS. del T.S. de 4 y 5 julio 1957). Entiende que “*el problema principal se plantea al determinar el ‘dies a quo’, la iniciación del cómputo para el ejercicio de la acción deducida en la demanda. Precisamente porque ni el 340 ni el 1.299 citados nada establecen sobre este particular, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 1.º y D. FINAL 4.º CDC. CAT. y la aplicación supletoria del art. 1.299 C.c. en cuanto a la preferencia de la normativa civil catalana*” ...= *EL ART 340, PÁRRAFO 3.º DE LA COMPILACIÓN* de forma terminante establece que “no perjudicarán a los acreedores del donante las donaciones que éste otorgue con posterioridad a la fecha del hecho o acto del que nazca el crédito de aquéllos, siempre que carezcan de otros recursos legales para su cobro”. Examina a continuación el Ponente los diversos *antecedentes históricos del precepto* (Constitución ‘Per tolre fraud’ de Fernando II en Cortes de Barcelona en

1503 ...) ... normativa que vino a constituir “la versión catalana de la recepción del ‘ius commune’ por los diversos países que modificaron el sistema original romano de la acción revocatoria o pauliana *manteniendo* el ‘eventus damni’ y *eliminando*, en las donaciones, el ‘consilium fraudis’, *sustituído por presunciones* que consideraban la existencia del fraude en el deudor donante”.—= Luego recoge el comentario de ROCA SASTRE relativo al art. 340 en el sentido de que “con la reforma que supone el art. 340 de la Compilación, *no se prescinde de toda noción de fraude, sino que éste se transmuta objetivamente. Hay un fraude, pero es un ‘fraus re ipsa’.* Prevalece el derecho de crédito frente a una donación posteriormente otorgada, *independiente* de toda registración, *suprimiéndose* el requisito (histórico) de la insinuación”.

Vuelve seguidamente el Ponente al PROBLEMA INICIAL del doble silencio aludido (arts. 340 CDC. CAT. y 1.299 C.c.) sobre el inicio del cómputo para el ejercicio de la acción revocatoria, lo que hace que ante el mismo pueda adoptarse una de estas posturas: o bien se entiende que *el día inicial es el de la enajenación fraudulenta* (criterio sostenido por los RECURRENTES y que parece seguir el art. 37 L.H.), o bien se entiende que *el día inicial es aquél en que la acción pudo ejercitarse* (art. 1.969 C.c., y jurisprudencia del T.S. en S. de 25.1.1964, y criterio sostenido por LA ENTIDAD RECURRIDA e implícitamente por la sentencia de la Sala impugnada).

Entiende el Ponente sobre este problema que hay suficientes razones que avalan LA SEGUNDA POSTURA CITADA en orden a que “el inicio del cómputo no puede referirse sin más —EN EL CASO EXAMINADO— a la fecha de la donación. La doctrina MÁS AUTORIZADA (73) cree que siendo tan fáciles en esta materia las ocultaciones fraudulentas por parte de los deudores, *el plazo de caducidad HA DE CONTARSE DESDE* que el acreedor debió conocer la existencia del negocio jurídico fraudulento, *tesis que concuerda con LOS PRINCIPIOS QUE*

(73) No nos dice cuál sea ésta.

INSPIRAN LA TRADICIÓN JURÍDICA CATALANA, *contraria* a la aplicación automática del art. 37- in fine de la L.H., *cuidadosa* de evitar a toda costa el perjuicio de los acreedores del donante estableciendo un sistema de publicidad registral.— Y, *APARTE DE ELLO*, el T.S., para *proteger* la ocultación o clandestinidad aludida, *mantiene este criterio en sentencias referentes a materia arrendaticia* (obras incontinentidas o subarriendo ocultado) como son las de 19.5.65, 1.6.65, 1.6.73 y 5.6.74, entre otras. *Particularmente significativa es la SENTENCIA CITADA DE 19.5.65*, según la cual (...) = De nada serviría la *posibilidad objetiva* del ejercicio de la acción si hechos impositivos de ocultación *impiden* (sic) *subjetivamente* tal ejercicio”.

Finaliza esta argumentación el Ponente diciendo que “Si *EN EL PRESENTE CASO los hechos han demostrado que el actor, incluso hasta bien avanzado el segundo pleito, casi en 1988, no conoce la enajenación gratuita, bien puede sostener que AL MENOS LA FECHA DE LA INSCRIPCIÓN en el Registro de la Propiedad de la donación discutida —el 1 de diciembre de 1984— ha de ser la indicadora del momento en que el acreedor debió conocer la transmisión efectuada y cuya impugnación concretó en la demanda presentada el 28 de noviembre de 1988*”.

— D) Entiende, finalmente, el Ponente en orden a este submotivo que la *DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CITADA como infringida* en las sentencias allí referidas “*se considera INAPLICABLE al presente caso por las razones expuestas en los puntos precedentes, con apoyo en otras resoluciones del mismo Tribunal anteriormente mencionadas.— Lo que conduce a la DESESTIMACIÓN del segundo de los motivos planteados y del recurso, CONFIRMÁNDOSE la sentencia recurrida*”.

30. S. DE 10 FEBRERO 1992.

Hechos:

1) El socio Sr. S. formula demanda contra el ‘Club X’, solicitando del Juzgado se proceda a *declarar la nulidad del*

acuerdo en orden a la proclamación de la Junta Directiva (ganadora en votación del día 28 julio 1981). Argumentaba: que la Asamblea General Extraordinaria del mencionado Club proclamó la nueva Junta Directiva que había resultado de las elecciones sin respetar el 'quorum' necesario previsto por el art. 12-3.º de los Estatutos Sociales ni las prevenciones del art. 19-2.º de los mismos Estatutos (que exigen la autorización de la Asamblea General Extraordinaria para convocar elecciones de Junta Directiva); que, EN EL CASO AHORA DEBATIDO, la autorización no fue acordada por la Asamblea General Extraordinaria sino por la Junta Directiva del Club, lo que determina que se debiera considerar nula de pleno derecho la votación referente a la elección de la nueva Junta Directiva, ya que al hacerla se habían contrariado los Estatutos Sociales y la normativa estatal y autonómica sobre Asociaciones en general y Asociaciones deportivas.

Por parte del 'Club X', entidad demandada, *se contestó y se opuso a la demanda, alegando: primero, la caducidad de la acción ejercitada por la parte actora, porque había formulado su impugnación después de los cuarenta días que establece el art. 19-2.º del R.D. 177/1981 de 16 de enero; segundo, que el actor impugnaba un supuesto acuerdo tomado por la Asamblea General y es necesario precisar que el día 28.7.1981 la Asamblea General no tomó ningún tipo de acuerdo, porque fué convocada y se reunió con la única finalidad de constatar un hecho electoral autenticado (sic) por la Junta Electoral; tercera, que el 'Orden del Día' de la convocatoria era 'Proclamación de Presidente y Junta Directiva, si procede', y que la anterior Junta Directiva —asesorada por el propio actor—, después de haber presentado su dimisión, inició el proceso a fin de elegir una nueva Junta Directiva y designó la correspondiente Junta Electoral y convocó la Asamblea General del Club sin ningún tipo de oposición por parte del actor.*

2) El Juzgado de Primera Instancia, por sentencia de 13.12.1990, procede a la *ESTIMACIÓN* de la demanda y a de-

clarar la nulidad del acuerdo consistente en la proclamación de la candidatura que había resultado tras las elecciones de 28.7.1989, y también la nulidad de los actos posteriores que hubiere realizado la nueva Junta Directiva.

La Audiencia Provincial, en sentencia de 5.9.1991, procede a la *revocación* de la sentencia apelada, por considerar que el actor había ejercitado su acción impugnatoria cuando ya habían transcurrido con exceso los cuarenta días que establece el Reglamento de Régimen Interior del Club para ejercitar esta acción.

3) La parte *demandante* interpone recurso de casación ante el T.S.J., basado en los *tres motivos* que siguen:

— *Primero*: Al amparo del n.º 4 del art. 1.692 LEC., por error en la apreciación de la prueba: porque el Tribunal de instancia *basa* su resolución en el Reglamento de Régimen Interior del Club, *reglamento que existe, pero que ninguna de las partes litigantes ha aportado* a los autos que han dado origen a este recurso de casación.

— *Segundo*: Al amparo del n.º 5 del art. 1.692 LEC., *por inaplicación* del art. 4.1. C.c. (74) y del art. 12 del Decreto de 20 mayo 1965, en relación con el art. 6-6.º de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964: lo cual habría llevado a *declarar la nulidad radical del acuerdo* consistente en la *proclamación* de la candidatura que forma la actual directiva del 'Club', por ser contrario a la Ley.

— *Tercero*: Al amparo del n.º 5 del art. 1.692 LEC., *por aplicación indebida* de la Ley estatal de 31 de mayo de 1981 y la Ley Catalana del Deporte 8/1988 de 7 de abril.

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente procede a la *DESESTIMACIÓN TOTAL* del recurso, centrando sus argumentos en los FF.JJ. 2.º, 3.º y 4.º, como sigue:

(74) En realidad el recurrente alegaba —dice el Ponente— *EL ACTUAL ART. 6.3* del Código.

• El F.J. 2.º *RECHAZA el motivo 1.º, basado en el n.º 4 del art. 1.692 LEC. (que permite basar el recurso en el error ... que resulte de documento APORTADO a los autos y que cumpla todos los requisitos exigidos por una reiterada y conocida jurisprudencia del T.S.), mientras que “EN EL PRESENTE CASO nos encontramos con que el error denunciado quiere la parte recurrente basarlo en un documento que no aparece en los autos: lo cual demuestra de manera patente la improcedencia de este primer motivo de casación, que nunca se podrá basar en el art. 1.692-4.º LEC., ya que un documento no aportado es imposible que sirva para demostrar la equivocación del juzgador en la apreciación de la prueba y, por consiguiente, la vía escogida IMPIDE A ESTE TRIBUNAL ESTIMAR el presente motivo de casación, PESE A QUE ES POSIBLE QUE LOS HECHOS que han dado origen a este recurso, al menos en parte, SE HAYAN DESARROLLADO AL MARGEN de las previsiones legales y estatutarias” (75).*

• El F.J. 3.º *procede a la DESESTIMACIÓN del motivo segundo, argumentando que “de los autos resulta que las posibles infracciones cometidas en el proceso electoral, que ha llevado a la elección de la actual Junta Directiva de la mencionada entidad, son en todo caso unas infracciones de normas reglamentarias, de rango inferior a las legales en sentido estricto, o de preceptos estatutarios, que —de acuerdo con lo que dispone el art. 12 del Decreto de 20 de mayo de 1965— originan únicamente la ANULABILIDAD, pero no la nulidad radical, de los actos impugnados.—Y como para la impugnación de los actos anulables el precepto mencionado establece UN PLAZO de cuarenta días, QUE EN EL CASO que dá origen al presente recurso han transcurrido sobradamente, es evidente que ha caducado el plazo para impugnar, porque los actos irregulares no eran unos actos nulos en sentido estricto”.*

(75) Subrayo especialmente este inciso que incluye ‘obiter dicta’ el Ponente quizá como un modo elegante de dar una satisfacción moral al demandante-recurrente.

• El F.J. 4.º también *DESESTIMA EL motivo tercero* al decir que “no invoca ningún precepto concreto de las mencionadas disposiciones legales que cree infringidas, y el recurrente tampoco formula ningún tipo de razonamiento que apoye la pertenencia y fundamentación de este motivo de casación, vulnerando de una forma clara y evidente lo que dispone el art. 1.707-3.º LEC.”.

31. S. DE 7 ABRIL 1992.

Hechos:

1) Con motivo de la jubilación del Sr. F. el día 1.1.1989, tras convenio de cesión de su despacho profesional en B., los cónyuges Don F. y D.ª C. pasaron a residir habitualmente en P. con el propósito de quedarse allí indefinidamente. En principio, la casa de P. —propiedad de la mujer D.ª C.— era utilizada como segunda residencia para pasar los fines de semana, pero de resultas de la jubilación se había convertido en la residencia habitual del matrimonio: no obstante, el marido solía trasladarse con cierta frecuencia a B., debido al control de su antiguo despacho profesional.

Esta exposición de DATOS FÁCTICOS presentados por la esposa D.ª C. como demandante —en el juicio de separación matrimonial contra su marido Don F.— eran negados y contradichos por el demandado, alegando tener el matrimonio su domicilio habitual en B., lugar de su despacho profesional.

2) La demanda de separación es formulada por la esposa ANTE EL JUZGADO DE L., con fecha 14.11.1990. Proveída el mismo día, el demandado fué emplazado mediante EXHORTO EN B., lugar donde actualmente reside.

Por el demandado Don F. se promueve CUESTIÓN DE COMPETENCIA por inhibitoria ANTE EL JUZGADO DE B.— Este Juzgado, con fecha 21.12.1990, acuerda requerir la inhibición del Juzgado de L.: éste accedió a ello, dando traslado a la parte actora —que se opuso— y al Ministerio Fiscal —que emitió

informe a favor—; la esposa actora recurre en apelación a la *Audiencia Provincial de L.*, la cual, por sentencia de 24.9.91, *revoca* la decisión del Juzgado de Primera Instancia de L. y decide *DENEGAR la inhibición requerida*.

Por el Juzgado de Primera Instancia *DE B.*, en resolución de fecha 9.1.92, *se insiste* en el requerimiento de inhibición.

3) Al tratarse de *una cuestión de competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña*, las actuaciones se remitiéron a la Sala de lo Civil del T.S.J. de Cataluña, al que corresponde la resolución de acuerdo con lo que dispone la L.O.P.J. 6/1985 de 1 de julio en su art. 73 - n.º 2 - ap. c).

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente dedica *el F.J. 1.º* a la exposición sucinta de los *hechos* y *el F.J. 2.º* en parte a argumentaciones y en parte a la resolución del caso. En el F.J. 3.º se da la solución al caso.

• En *F.J. 2.º* se plantea *LA PREMISA* diciendo “*CON OBJETO DE DIRIMIR ESTA CUESTIÓN DE COMPETENCIA, Y SÓLO A ESTE EFECTO, debe dilucidarse cuál era el último domicilio conyugal de los esposos contendientes* y, según lo que dispone el art. 40 C.c., ‘el lugar de la residencia habitual’ es el que determina el domicilio de las personas naturales; *esta residencia, de hecho, como elemento fundamental de base, unida a la voluntad o ‘animus manendi’ de permanecer más o menos indefinidamente, es uno de los elementos definidores del concepto jurídico del domicilio de las personas físicas*. Esta concreción en el caso que analizamos *únicamente* es la de *resolver la controversia planteada*” ...=

Entiende el Ponente que *los datos fácticos aportados* por la esposa D.ª C. “han resultado suficientemente *acreditados* en este procedimiento con la valoración exclusiva de los documentos aportados”, que constituyen la única prueba practicada por razón de la naturaleza de la cuestión que se debate en este incidente. Considera luego que —*como acertadamente señala la sentencia de la Audiencia Provincial de*

L.— “los documentos aportados *POR LA ACTORA SON más decisivos en la cuestión que se debate*, porque corresponde a la esfera jurídica de lo que se entiende por ‘residencia habitual’ ... *documentos todos indicativos del HECHO* de que la residencia de los esposos en P. tenía el carácter propio de domicilio habitual.—= Por otra parte, los documentos aportados *POR DON F. ... ninguno de ellos contradice la tesis sostenida por su esposa.— Por tanto, sobre la base de los datos que figuran en las actuaciones, DEBE CONCLUIRSE que la última residencia habitual del matrimonio se encontraba en la localidad de P. —como ha sostenido y demostrado LA PARTE ACTORA de este procedimiento*”.—

• El F.J. 3.º es expresivo de que “*la discusión debe ser resuelta, en consecuencia, A FAVOR DEL JUZGADO DE L. —en aplicación del párrafo 1.º de la Disp. Adic. 3.ª de la Ley 30/1981 de 7 de julio, en la que se modifica la regulación del matrimonio en el C.c. y se determina el procedimiento que debe seguirse en las causas de nulidad, separación y divorcio [SEGÚN ESTE TEXTO LEGAL ... (76)].—= Al considerarse suficientemente acreditado EL HECHO DE que, en el momento inmediatamente anterior a la separación, el matrimonio tenía su domicilio en la casa propiedad de la actora, situada en P., PROVINCIA DE L., corresponde decidir la cuestión de competencia planteada a favor del Juzgado de L., al que se remitirán las actuaciones con la certificación de esta sentencia, que debe comunicarse al Juzgado de B. para los efectos legales pertinentes*”.

(76) DISPONE que “*el juez competente para conocer de estos procedimientos es el de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal, y en el supuesto de que los cónyuges residan en diferentes partidos judiciales, el juez competente, a elección del demandado, es el del último domicilio del matrimonio o el de la residencia del demandado, a elección del demandante*”.

Hechos (77):

1) De la presentación efectuada por el Magistrado Ponente parece derivarse que un conjunto de fincas rústicas eran *propiedad de LOS DEMANDANTES*, que habían sido *objeto de mejoras varias* y que venían siendo *explotadas por una comunidad familiar (78)* (integrada por los citados, así como por una hija suya y el yerno —EL DEMANDADO—).

2) La hija estaba *desde 1989* separada legalmente de su marido.

3) Al parecer, *QUEDÓ PROBADO* en autos que *determinadas mejoras en algunas fincas —especialmente, de explanación y supresión de márgenes—* habían sido *costeadas* por el yerno demandado, quien igualmente había *trabajado personalmente* en su realización.

4) La demanda de los titulares de las fincas contra su yerno (79) parece que fue *ESTIMADA* por el Juzgado de Primera Instancia.

331

El demandado contestó, *se opuso* a la demanda y, a su vez, formuló *demanda reconventional* contra los suegros actores en la que solicitaba *indemnización* por las obras de mejoras realizadas —según él— a su costa.

(77) Extraídos *parcialmente* —y en mi particular visión— del entramado presentado en la redacción de la sentencia, en FF.JJ. 3.º (párrafo 2.º) y 1.º

(78) Ninguna otra referencia en la sentencia. A mi parecer, debía tratarse de las típicas 'comunidades familiares *tácitas*', propias de todo el ámbito jurídico mediterráneo.

Sobre este punto en la doctrina española es inevitable la referencia a la obra de E. de HINOJOSA NAVEROS, "La comunidad doméstica en España durante la Edad Media", en OBRAS (Estudios de Investigación), T. II, Madrid, 1955, págs. 329 ss.

En la doctrina italiana: v. las obras clásicas de: FUMAGALLI, "Il diritto di 'fraternalità' nella giurisprudenza da Accursio alla codificazione", Torino, 1912, espec. págs. 89 ss.; A. VERGA, "Le comunione tacite familiari", Padova, 1930; VISMARA, "L'unità della famiglia nella storia del diritto italiano" (Prolusione al curso 1955-1956, Univ. de Pavia), en el volumen "Famiglia e successioni nella storia del diritto", Ed. Studium, Roma, 1975, págs. 15 ss.

(79) Ninguna referencia aparece en la sentencia, ni siquiera la acción ejercitada. No sabemos los *pedimentos* de la demanda.

5) La Audiencia Provincial *APLICABA* al supuesto de autos los principios generales sobre *accesión* y, concretamente, el art. 278 CDC. CAT. (que recogió parcialmente las prescripciones del Usatge 'Si quis in alieno' de las Constituciones de Cataluña, libro VII); *DISPONÍA* que el demandado fuera *indemnizado* por el equivalente al tercio del valor de los cobertizos y establos existentes en las fincas 'a precios del momento de su edificación'. En virtud de dicha sentencia, la Audiencia *ESTIMA EN PARTE* el recurso del demandado y *REVOCA EN PARTE* la sentencia del Juzgado, *CONCEDIENDO al demandado un derecho de retención y un derecho a ser indemnizado* en la cuantía de un tercio del valor de las edificaciones existentes en las fincas objeto del litigio.

6) Por parte del demandado se interpuso *recurso de casación* ante el T.S.J., basado en los siguientes *motivos*:

332 1.º Al amparo del *ordinal* 3.º del art. 1.692 LEC., por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 359 LEC.), que exigen la *congruencia* no sólo con la demanda sino también con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito. Alega el recurrente que la sentencia recurrida *reconoce* al demandado *el derecho a ser indemnizado* respecto de los cobertizos y establos existentes en las fincas, *pero nada dice* respecto de las obras de mejora consistentes en explanaciones y supresión de márgenes: a pesar de que el resarcimiento por tales conceptos fue también solicitado por vía reconvencional.

2.º Al amparo del *ordinal* 5.º del art. 1.692 LEC., por infracción, por inaplicación, de los arts. 1.231 y 1.232 C.c. sobre la prueba de confesión judicial: dado que en la prueba de *confesión* los demandantes habían reconocido que el demandado realizó algunas obras de mejora en los campos, especialmente explanaciones y supresión de márgenes.

3.º Al amparo del *ordinal* 5.º del art. 1.692 LEC., por interpretación errónea del art. 278 CDC. CAT., por infracción del principio general que prohíbe el enriquecimiento sin causa, y por infracción del art. 3.1 C.c. en orden a la

interpretación de las normas: dado que la sentencia recurrida declara que *el valor de las mejoras* en que debe ser indemnizado el demandado reconviviente se calculará de acuerdo con los precios vigentes en el momento en que fueron realizadas.

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente estudia en F.J. 1.º el motivo 1.º, en F.J. 2.º el motivo 2.º y en FF.JJ. 3.º y 4.º el motivo 3.º, con un F.J. 5.º relativo a las costas.

• En F.J. 1.º *RECHAZA el motivo 1.º*, con cita de las SS. del T.S. de 28 de octubre 1970, 13 de diciembre 1985 y 28 enero 1991, en orden a la doctrina jurisprudencial relativa al *tema de la congruencia* de las sentencias: la apreciación de los elementos fácticos que haga el Tribunal no puede provocar una incongruencia ...= no se produce incongruencia por el cambio del punto de vista del Tribunal respecto al mantenido por los interesados ...= Dice el Ponente que “*En el caso que nos ocupa no hay incongruencia defectiva u omisiva SINO simplemente ESTIMACIÓN PARCIAL DE LAS PRETENSIONES RECONVENCIONALES IMPLÍCITAS, lo cual supone, necesariamente, desestimación de los restantes pedimentos (reconvencionales) del demandado. Ello resulta claro del cotejo entre la parte dispositiva de la sentencia —única impugnable— y las peticiones subsidiarias contenidas en el ‘suplico’ del escrito de contestación a la demanda*”...

• En F.J. 2.º *RECHAZA el motivo 2.º* y dice que “puede verse en el examen de las actuaciones, (que) el Sr. ... (demandante) *no* confiesa lisa y llanamente las posiciones que se le formulaban al respecto; antes bien, sus respuestas son extensas y matizadas, *negando* concretamente que fuese el demandado Sr. ... quien costeara las obras.— *Ello significa que los artículos del C.c. que se mencionan como inaplicados son realmente inaplicables por no darse el supuesto de hecho que contemplan, a saber, la confesión en sentido estricto*”.— Cita el Ponente una serie de SS. del T.S. invocando la juris-

prudencia *interpretativa* del citado art. 1.232 C.c.: SS. de 21.5.82, 4 y 25.11.83, 27.11.85, 3.12.85, y *últimamente la S. de 15.3.91*, expresivas de que “la confesión no es prueba plena, salvo en el caso de que se preste bajo juramento decisorio, sin que el juzgador esté obligado a seguirla en su resultado ...”, “la confesión ha de ser clara, precisa y contundente y, aun así, tampoco sería decisiva por sí sola ...”, “si la Sala *a quo* hace una apreciación conjunta de la prueba teniendo en cuenta no sólo la de confesión sino las demás practicadas, no procede invocar la infracción del art. 1.232 C.c. pues la Sala aquilata el valor de la confesión judicial combinándola con los demás elementos probatorios, y deduce de todos ellos los efectos que procede dar a la misma; *sin que sea lícito dividirla contra el que la hace, y su fuerza probatoria ha de referirse al conjunto armónico de las respuestas dadas sobre un mismo hecho*”.

• En F.J. 3.º *SE EXPONEN el motivo 3.º y los hechos previos* (al recurso) que conviene precisar (80) ...

Alude el Ponente a la aplicación al supuesto del art. 278 CDC. CAT., y dice “extremo que no ha sido combatido en casación por lo que, en aras de la congruencia, nada cabe decir” (sic) (81) ... Termina aludiendo al *INCISO* de la sentencia recurrida sobre la *indemnización* al demandado y dice “Esta última precisión sobre el *CÁLCULO* del resarcimiento no aparece razonada en la sentencia ni consta en el texto del art. 278, aunque se pronuncia en tal sentido alguna sentencia de la extinta Audiencia Territorial de Barcelona (Sala 2.ª, S. de 25 de septiembre de 1979)”.

• El F.J. 4.º es de tipo argumentativo y gira en torno al *criterio de interpretación en orden al cálculo de las mejoras*

(80) Presenta resumidamente *tres puntos*: un esquema de los datos fácticos subyacentes, el argumento básico de la sentencia recurrida y la parte dispositiva de ésta.

(81) Si en el *apartado 1.º* de este F.J. 3.º se dice que el tercer motivo denuncia “interpretación errónea del art. 278 CDC. CAT. en cuanto ...”, y en el *apartado 2.º* se dice “extremo no combatido en casación ...”: aparece un dilema al curioso lector: ¿cuál de los incisos es el válido? Resulta un tanto críptica y extraña la inteligencia del texto.

efectuadas. Por su gran interés se reproduce casi literalmente, como sigue: “*La diferencia entre calcular el importe de la indemnización con criterios meramente nominalistas (cantidad de pesetas efectivamente desembolsadas) o con criterios realistas (valor actual de los materiales y jornales empleados) no tenía trascendencia en los tiempos en que el poder adquisitivo de la moneda se mantenía constante y por ello la cuestión no aparece planteada en los textos clásicos. Pero en épocas en que la depreciación monetaria se produce mes tras mes y alcanza elevadas cotas, el pago en pesetas actuales de una cantidad desembolsada cuando el dinero tenía un valor muy superior resulta inicua (sic.) (82) salvo que se introduzca algún factor de corrección; máxime cuando —COMO SUCEDE EN EL PRESENTE CASO— entre un momento y otro pueden haber transcurrido más de veinte años, con lo que el teórico derecho a ser indemnizado resultaría en la práctica irrisorio si se aplican criterios nominalistas. Por otra parte, la equidad exige también contemplar la situación de los actores, dueños del suelo, quienes para levantar el derecho de retención resultante de la aplicación del art. 278 de la Compilación deberían comprar unas construcciones que quizá actualmente no les reporten utilidad.—= Parece pues equitativo que LA INDEMNIZACIÓN AL DEMANDADO SE COMPUTE ACTUALIZANDO EL VALOR DE LOS MATERIALES Y JORNALES REALMENTE EMPLEADOS, pero sólo hasta el límite que supone el valor real de los cobertizos y establos en el estado en que hoy se encuentran. La solución expuesta NO SÓLO RESULTA de una interpretación del art. 278 a la luz de la realidad inflacionaria para conseguir que la aplicación de la norma no vulnere la equidad (art. 3 C.c.), SINO QUE ADEMÁS tiene precedentes jurisprudenciales —como la sentencia de 4 de marzo de 1982 (que sienta el criterio de que “la indemnización debida al poseedor de buena fé que edificando de nuevo o*

(82) Dejo el adjetivo tal como está, en género femenino, que parece relativo a “cantidad”, y no a “pago” según la inteligencia gramatical de la frase.

de cualquier otro modo MEJORASE la finca ajena, no está determinada por el coste de la obra sino en tanto en cuanto siendo la misma obra necesaria o útil, se conserve sin menoscabo y exista al tiempo de entrar el verdadero dueño en posesión, porque de otra manera podría aquél enriquecerse indebidamente en perjuicio de éste")—. *EL CRITERIO ADOPTADO tampoco es extraño al Derecho civil catalán; así, el art. 215 del novísimo 'Codi de successions per causa de mort' (Llei 40/1991, de 30 de desembre) prevé que 'las mejoras introducidas en los bienes fideicomitidos se estimarán por el aumento de valor que los bienes han experimentado, sin que pueda exceder del precio de coste actualizado'.— Y el art. 1.425 C.c., referente al régimen de participación, dispone que 'los bienes constitutivos del patrimonio final se estimarán según el estado y valor que tuvieron en el momento de la terminación del régimen': criterio aplicable en Cataluña para los supuestos de 'asociación a compras y mejoras' (art. 53.2 de la Compilación)".*

A la vista de la argumentada decisión del Ponente, *EN MI OPINIÓN* (83) parece que el T.S.J. acepta parcialmente este tercero y último motivo del recurso, situándose en una posición intermedia entre la de los demandantes y la del demandado aquí recurrente.

- El F.J. 5.º alude a las costas, disponiendo que "De acuerdo con la regla 4.ª del art. 1.715 LEC., cada parte satisfará las costas que haya ocasionado en el recurso".

33. S. DE 4 MAYO 1992.

Hechos:

POR EL PROCURADOR SR. F. (en la representación procesal acreditada en autos) *se formula la impugnación de la tasación de costas* efectuada por el Procurador Sr. G. el 27

(83) Como puede verse, para nada indica el Ponente si se acepta o rechaza este tercer motivo.

febrero 1992, en cuanto a las partidas de la minuta nominadas acepto y bastanteo de poder, y testimonio y desglose de poder, por ser claramente inprocedentes por indebidas.

La parte DEMANDADA en el incidente no formuló oposición o contradicción alguna.

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente dedica el F.J. 1.º a la decisión del litigio y el F.J. 2.º a las costas.

• El F.J. 1.º procede a la ESTIMACIÓN de la impugnación solicitada y dice —respecto de las partidas de la minuta impugnadas— que “*son INDEBIDAS, por entenderse LA PRIMERA como superflua, habida cuenta de la moderna doctrina jurisprudencial sobre el requisito del bastanteo, que se cumple con la mera expresión en el propio escrito de que se trate, o incluso revelable por la simple constancia de la firma del Letrado al lado de la del Procurador; y considerarse no autorizada por la Ley LA SEGUNDA PARTIDA, tanto más que en todo caso carece de sentido o interés para el propio proceso de que se trata al no poder tener ninguna repercusión útil en su tramitación o resultado, y habida cuenta además las posibilidades de presentar el poder con una fotocopia interesando la devolución previa autenticación de la segunda y la prevista en el art. 281.3 de la L.O.P.J. (otorgamiento por comparecencia ‘apud acta’). La reducción de la tasación de costas, como es obvio, habrá de comprender la parte proporcional de I.V.A.*”

337

El Ponente se apoya en diversas resoluciones en torno al art. 424 LEC., y así cita, entre otras: las SS. de 23.3.87, 29.6 y 7.10.88 y 10.9.90 en orden al bastanteo y a las pólizas colegiales y mutuales (las dos últimas); la de 29.6.88 en cuanto a la aceptación de poder; la de 10.9.90 respecto al desglose de poder; y, fundamentalmente, la S. de 7.10.88 que recoge el criterio jurisprudencial reiterado de que “*del concepto de costas abonables HAN DE DEDUCIRSE: a) los gastos que únicamente afecten al declarante; b) los gastos que sean*

totalmente independientes de la condena en costas; y c) las relativas a diligencias superfluas o indiferentes para la tramitación del pleito o de sus recursos. *EN APLICACIÓN DE ESTA DOCTRINA LA PROPIA SENTENCIA INCLUYE EN EL APARTADO C) la póliza colegial inserta en los bastanteos de poderes, y en los apartados a) y b) los derechos de bastanteo y desglose de poderes” ...*

• El F.J. 2.º dice que “*Habida cuenta de las circunstancias concurrentes y naturaleza de la cuestión suscitada, y que por la parte demandada en el incidente no se formuló oposición o contradicción alguna, no se hace especial mención de las costas causadas*”.

34. S. DE 8 JUNIO 1992.

Hechos:

338

1) *DOÑA MARÍA* —de 82 años de edad, soltera sin hijos ni parientes a excepción de un hermano— *vendió el 27.9.1985 a su único hermano DON JOSÉ* cinco fincas por precio global de 400.000 Ptas. (cantidad notablemente inferior a la mitad de lo que debía estimarse como precio justo en la fecha de la venta).

La vendedora se encontraba *enferma desde 1984*, habiendo sido internada en una clínica en varias ocasiones. *En octubre de 1990* presentaba un cuadro de arterioesclerosis cerebral y artrosis generalizada y demencia senil, que la incapacitaban para cualquier actividad.

2) *La vendedora D.ª María formula DEMANDA* ante el competente Juzgado de Primera Instancia, ejercitando la acción rescisoria por lesión u.d. (con fundamento en los arts. 321 y sigs. de la CDC. CAT.) *CONTRA el comprador* (su hermano José) y contra los Srs. Enrique y Ana (en su calidad de *adquirentes posteriores* en 26.6.1987, de UNA de las fincas objeto de la compra-venta cuya rescisión se pretende).

Por fallecimiento de la actora el 14.6.91, durante este liti-

gio, se produjo la *sustitución procesal* de la misma *POR SUS HEREDEROS* Don Antonio y D.^a Ana.

3) El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia por la que *DESESTIMA* la demanda.

La Audiencia Provincial dicta sentencia, *CONFIRMATORIA* de la de Primera Instancia, *desestimando* la demanda. Dados los antecedentes fácticos, precitados, la Audiencia argumentaba su decisión deduciendo de la conducta de la vendedora la existencia de un ánimo de liberalidad hacia su hermano comprador.

4) Por la parte demandante —*ahora* sus herederos— se interpuso recurso de casación ante el T.S.J., basado en los tres *motivos* que siguen y al amparo del *ordinal* 5.º del art. 1.692 LEC.:

1.º Infracción del art. 1.249 C.c., en concordancia con el art. 1.214 C.c. y con el art. 372-3.º LEC. Alega que no se puede construir la *presunción de liberalidad* sobre un hecho no acreditado; el art. 1.249 C.c. citado como infringido exige que la afirmación que se presume debe quedar acreditada: las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado. Tampoco se puede desconocer a quién incumbe la carga de la prueba, conforme a lo que dispone el art. 1.214 C.c.

2.º Infracción del art. 1.257 C.c. y, en su caso, del art. 207 L.H., a *contrario sensu* de lo dispuesto en los arts. 34 y 38 L.H. Dada la naturaleza de la inscripción registral de una de las fincas vendidas por el primer demandado a los segundos demandados (adquirentes), en relación con la condición de ‘tercero hipotecario’ que ostenta la parte recurrente.

3.º Infracción del art. 323-2.º CDC. CAT., dada la lesión en más de la mitad del precio justo de la compraventa aquí impugnada. Porque se ha prescindido de la *valoración global* de las fincas vendidas, esto es, *el valor en venta* de las fincas al tiempo de otorgarse el contrato.

Fundamento del fallo T.S.J.:

Por el Magistrado Ponente se procede a *LA DESESTIMACIÓN TOTAL* del recurso. Dedicar el F.J. 1.º a una sumaria exposición fáctica, el F.J. 2.º a una visión global del recurso y del tema debatido, el F.J. 3.º al examen del motivo 1.º con un inciso final respecto a los restantes y el F.J. 4.º a las costas.

• En el F.J. 1.º el Ponente dice que “A la vista del fallo y argumentación contenida en la sentencia que se combate, resulta *que las cuestiones planteadas en el motivo 2.º ... y en el motivo 3.º ..., son cuestiones accesorias o subsidiarias respecto a la principal discutida y formulada en el primero de los motivos ...*”.

Sigue argumentando el Ponente *sobre el tema principal* del litigio y dice que “sabido es que *el fundamento de la institución que contemplamos, la rescisión por lesión u.d., regulada en el art. 321 CDC. CAT., es de carácter objetivo.* El vendedor *no necesita probar* el vicio del consentimiento, basta con que pruebe la lesión en más de la mitad del justo precio. *El ámbito de aplicación* del precepto citado se extiende a los contratos de compraventa, permuta y demás de carácter oneroso, relativos a bienes inmuebles. *Y en el aspecto personal,* sólo queda favorecido por el ejercicio de la acción rescisoria el enajenante que haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio.—= *Pero el párrafo segundo del precepto comentado establece las excepciones que impiden la aplicación de la regla general. Y UNA DE ELLAS ES PRECISAMENTE LA ALEGADA POR LOS DEMANDADOS en su oposición* a las pretensiones de la actora y de los actuales recurrentes: la existencia de *un deseo de liberalidad en el enajenante.* La causa onerosa supone *un mínimo de equivalencia* con relación al justo precio, *equivalencia que resulta innecesaria, y por tanto no lesiva, una vez probado el ‘animus donandi’ del transmitente.*—= *Aparte de la existencia del ‘negotium mixtum cum donatione’ a que puede referirse el párrafo 2.º del art. 321 CDC. CAT., que supondría añadir una causa gratuita a la onerosa contenida en el contrato, LA S.*

DEL T.S. DE 31 DE MARZO DE 1973 califica la existencia de *liberalidad* como 'hecho impeditivo del nacimiento de la acción', lo que sería una excepción a su procedencia, y ha de ser aducida por la parte demandada.

• El F.J. 3.º estudia el motivo 1.º planteado por el recurrente y dedica una gran extensión al análisis del mismo, que descompongo en dos grandes APARTADOS según la respectiva denuncia del art. del C.c. infringido:

— En cuanto al art. 1.249 C.c.: Dice el Ponente que "según tiene entendido el T.S. (SS. entre otras, de 1.2.61, 24.5.80 y 23.2.87) sólo podría atacarse en casación la presunción formada por el Tribunal de Instancia cuando éste la funde en un razonamiento contrario a la lógica. Asimismo (v. S. de 13 de mayo de 1985) LA APRECIACIÓN DEL ENLACE preciso y directo entre el hecho base y el hecho consecuencia a que se refiere el art. 1.253 C.c. cuando regula la prueba de presunciones, al estar sometida únicamente a las reglas del criterio humano, que no figuran determinadas en ningún precepto legal, corresponde al Tribunal de Instancia, CUYO JUICIO HA DE ACATARSE tanto para eliminar como para admitir la presunción, a menos que se demuestre su patente improcedencia.= Aplicando este criterio a la sentencia combatida (84) ...= ... Con estos datos la actividad deductiva del juzgador de instancia presumiendo el 'animus donandi' en la vendedora no puede tacharse de incorrecta; y, por otro lado, no debe olvidarse que según una jurisprudencia reiterada (v. SS. de 14.7.89 y 19.10.89, en relación con las SS. 12.2.87 y 5.2.88) la prueba de presunciones puede impugnarse en casación por dos vías: una, al amparo del n.º 4.º del art. 1.692 LEC., por infracción del art. 1.249 C.c., que afecta a la existencia del hecho básico del que ha de partir la deducción, y otra, con base en el n.º 5.º del mismo precepto de la LEC., por infracción del art. 1.253 C.c., encaminado a

(84) Se remite a los datos fácticos presentados en ap. 1) anterior, en mi presentación de este litigio.

combatir la precisión y el rigor del enlace entre este hecho y el que se trata de demostrar. *NO OBSTANTE, LA PARTE RECURRENTE NO DENUNCIA LA INFRACCIÓN DEL ART. 1.249 POR LA VÍA DEL N.º CUATRO DEL PRECEPTO CITADO, con cita de DOCUMENTOS obrantes en autos que demuestran la equivocación del juzgador*".

— *En cuanto al art. 1.214 C.c.*: Sigue el Ponente diciendo que "este artículo (el 1.214 C.c.) *por su carácter genérico, relativo al 'onus probandi', no permite el éxito de un recurso de casación POR INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO APLICABLES* para resolver las cuestiones objeto del debate, *mas que en los supuestos en que el Tribunal de Instancia haya INVERTIDO el principio de la carga de la prueba, PERO NO en aquellos casos en los que lo realmente pretendido por los impugnantes consista en combatir la valoración de la misma realizada por el Juzgado SUSTITUYÉNDOLA —COMO SE PRETENDE EN ESTE CASO— POR EL CRITERIO PARTICULAR DE LOS RECURRENTES* (v. SS. del T.S. de 10.5.89, 15.6.89, en relación a SS. 21.12.84 y 8.11.86.)". — *EN CONSECUENCIA, al encontrarse ante UNA DE LAS EXCEPCIONES al ejercicio de la acción rescisoria, tal como lo determina el párrafo 2.º del art. 321 de la CDC. CAT., NO PUEDE ESTIMARSE EL PRIMERO de los motivos del recurso ...*". Y sigue en el mismo párrafo: ... "*LO QUE, A SU VEZ, LLEVA APAREJADA LA DESESTIMACIÓN DE LOS RESTANTES, sólo sostenibles en el supuesto de aplicarse el párrafo 1.º del citado art. 321 de la Compilación*".

• El F.J. 4.º expresa que "*Por todo lo dicho, PROCEDE DESESTIMAR el recurso de CASACIÓN, con imposición de COSTAS al recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del art. 1.715 LEC., y se acuerda la pérdida del DEPÓSITO constituido*".

35. . S. DE 6 JULIO 1992.

Hechos:

1) *DON JOSÉ ANGEL formula el 26.3.1990 demanda de juicio ordinario de menor cuantía CONTRA D.ª X Y EL MENOR*

OMAR (nacido el 15.8.1982), con la pretensión de que sea reconocido como padre extramatrimonial de dicho menor.

Al parecer, la madre se había opuesto a la práctica de las pruebas biológicas.

2) El Juzgado, por sentencia DE FECHA 16 ABRIL 1991 (85), procede a la ESTIMACIÓN de la demanda, previo dictamen favorable del M.º Fiscal (86). De entre sus *argumentos* son relevantes los que siguen: “que las pruebas biológicas *no pueden ser impuestas obligatoriamente y contra su voluntad a ningún ciudadano; que quien se niegue o no las permita, aunque sea sin causa justificada, no incurre en la ‘ficta confessio’ que el art. 593 LEC. autoriza para supuestos distintos; que sólo tiene VALOR INDICIARIO, debiendo completarse con otras pruebas que puedan producir el conocimiento de la paternidad que se reclama; que las pruebas biológicas llegan a la certeza en el aspecto negativo y son casi exactas en el positivo; por lo que —EN EL CASO CONCRETO— se estima que fué precisamente el conocimiento de la exactitud de tales pruebas lo que condujo a la demandada a oponerse a las mismas y a que no pudieran practicarse por causa a ella imputable, ‘valorando SU NEGATIVA como indicio de la certeza de la paternidad solicitada ...’.*”

343

3) La Audiencia Provincial dicta sentencia —AL PARECER, por lo expuesto (87)— por la que *confirma* la de primera instancia y *estima* la demanda.

En el F.J. 1.º justifica la legitimación del actor con base en la doctrina jurisprudencial del T.S.J. de Cataluña (SS. de

(85) Hace constar oportunamente que *en dicha fecha SE HALLABA VIGENTE* el Título I (Filiación) del Libro I de la CDC. CAT., T.R. aprobado por D.º L.º 1/1984 de 19 de julio.

(86) Así parece entenderse de lo expuesto EN EL PÁRRAFO 2.º del F.J. 6.º y de lo dicho en F.J. 4.º: *en aquél* se habla de sentencia “de instancia”, y *en éste* de sentencia “recurrida”.

Porque por ninguna parte aparece *cuáles* fueron las decisiones en primera y segunda instancia: deben deducirse de una serena lectura de cada uno de los párrafos de la redacción literal de la sentencia.

(87) *No se consigna la fecha, pero PRESUMIBLEMENTE* era posterior al verano de 1991.

18 de febrero de 1991 y de 22 de julio de 1991) y dice que la repetida doctrina ha sido ratificada de forma explícita por 'la Ley 9 del 27 de abril de 1991, promulgada por el Parlamento de Cataluña sobre filiación'; finaliza diciendo que 'el art. 11 de la Ley es aplicable al supuesto litigioso habida cuenta de lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias 1.^a y 3.^a'.

El F.J. 2.^o alude a las pruebas obrantes en autos que DEMUESTRAN la convivencia de actor y codemandada bajo un mismo techo así como su mutua atracción, y "la oportunidad de acceso carnal en las fechas en que se cifra la concepción".

4) La señora demandada formula recurso de casación ante el T.S.J. basado en los siguientes tres motivos:

1.^o Infracción del art. 1.253 C.c., en relación al enlace entre los hechos demostrados y aquel que se deduce, al amparo del art. 1.692-4.^o y 5.^o de la LEC.

344

2.^o Infracción de la jurisprudencia aplicable, en relación con la falta de realización en este procedimiento de las pruebas biológicas relativas a la filiación, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.692-5.^o LEC.; porque A LA SUPUESTA NEGATIVA DE LA RECURRENTE para la verificación de las pruebas "se la ha dado el valor de 'ficta confessio' y 'a posteriori' se ha buscado encubrir tal valoración".

3.^o Infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico Civil especial de Cataluña, por violación del art. 11 y de las Disposiciones (sic) 1.^a y 3.^a de la Ley 7/1991, de 27 de abril, de Filiación, que deroga los arts. 4 y 5 de la CDC. CAT. Entiende la recurrente que la sentencia recurrida de la Audiencia ha incidido en tales violaciones por infracción y que, no obstante, ha hecho una correcta aplicación retroactiva del art. 11.3 de la Ley, pero que "lo que no cabe hacer es aplicar el precepto de forma segmentaria".

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente estudia el recurso y sus motivos como sigue: al motivo 3.^o dedica los FFJJ. 1.^o, 2.^o, 3.^o y 4.^o;

al motivo 1.º el F.J. 5.º, y al motivo 2.º el F.J. 6.º El F.J. 7.º lo dedica a las costas.

En conjunto, el Ponente procede a LA DESESTIMACIÓN TOTAL del recurso con las siguientes argumentaciones:

- F.J. 1.º: “El orden lógico aconseja examinar EN PRIMER LUGAR el tercero y último de los motivos de casación articulados ...= Ante todo hay que decir que, tal como viene formulado, adolece de una doble imprecisión. No expresa el motivo, conforme a la ENUMERACIÓN que de los mismos hace el art. 1.692 de la Ley Procesal, requisito que —como dice la S. del T.S. de 18 de diciembre de 1985— no es baladí ni puro formalismo sino ciertamente necesario para ser congruente con las reglas del art. 1.715, que determina el contenido de la resolución según la clase o especie o de motivo que se cite como fundamento del recurso. EN EL CASO QUE NOS OCUPA cabe inferir de la redacción transcrita que la parte recurrente invoca el motivo quinto del art. 1.692 LEC.— Cita asimismo como infringidas “las disposiciones 1.ª y 3.ª” de la “Llei de Filiacions”. También aquí cabe suplir la omisión entendiendo que las disposiciones supuestamente infringidas son la primera y la última DE LAS TRANSITORIAS de la Llei”.

345

- F.J. 2.º: Alude a la demanda y a la fecha de aparición (16.4.91) de la sentencia de primera instancia, y continúa diciendo que “si bien ALGÚN AUTOR (88) ESTIMA que ‘en materia de acciones de filiación la Compilación de Cataluña es autosuficiente’, lo cierto es que de la parca regulación de los arts. 4 y 5 se ha pasado a los veintiún artículos de la Llei de 27 de abril de 1991 cuya exposición de motivos NIEGA paladinamente el carácter autosuficiente de la Compilación en esta materia al decir que ‘la filiació ... mereix i exigeix un desenvolupament legislatiu que li doni dins l’ordinament jurídic català una regulació autònoma i AUTOSUFICIENT QUE

(88) Entiendo debe referirse el Ponente a la postura crítica del profesor FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Central de Barcelona, gran especialista en esta materia.

AVUI NO TÉ.' De ahí que este Tribunal Superior HAYA INTEGRADO LA DEFECTIVA LEGISLACIÓN COMPILADA en materia de acciones de filiación —entendidas en su más amplio sentido, tanto las que competen al hijo como las de los progenitores— tomando en consideración las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que constituyen la tradición jurídica catalana, de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña; recurriendo al derecho supletorio cuando era preciso.— LA SENTENCIA DE ESTE TRIBUNAL DE FECHA 18 DE FEBRERO DE 1991 (89) ...= LA SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1991 (90) ...=

346

• En el F.J. 3.º prosigue el Ponente con sus argumentaciones en torno al motivo tercero, añadiendo que “En materia de investigación de la relación paterno-filial o materno-filial EL PRINCIPIO QUE DEBE PREVALECER es el de veracidad material en su vertiente de VERDAD BIOLÓGICA, procurando hacer coincidir la filiación jurídica con la real, si bien el legislador puede introducir alguna atemperación por atendibles razones de seguridad jurídica y paz familiar. Una vez determinada la generación, cuestión eminentemente FÁCTICA, entra en juego EL SEGUNDO GRAN PRINCIPIO regulador de la materia: EL DE ‘FAVOR FILII’. Con la aplicación del principio de ‘favor filii’ los Tribunales deben impedir que la constatación del hecho biológico produzca al hijo más inconvenientes que los inevitables que en ocasiones puede acarrear la mera declaración de paternidad o maternidad.—

A la luz de todo lo expuesto, LA POSICIÓN DE ESTA SALA respecto a la POSIBILIDAD de que —bajo la vigencia del derogado ART. 14.º (sic) (91) de la Compilación— el padre bioló-

(89) Constituye LA SENTENCIA N.º 13 de la RELACIÓN por mí presentada en este trabajo. El Ponente recoge en este lugar parte de las consideraciones del F.J. 3.º de la misma.

(90) Constituye LA SENTENCIA N.º 18 de la RELACIÓN que presento en este trabajo. Recoge aquí el Ponente parte de las consideraciones del F.J. 4.º de la misma.

(91) Así, en la redacción de la sentencia. Entiendo es un error mecanográfico y debe leerse “Art. 4.º”, ya que el art. 14.º referido regula la nulidad de retrodonaciones y otras varias figuras.

gico pudiera solicitar de los Tribunales el reconocimiento del HECHO de la paternidad, puede resumirse así: a) El repetido art. 4 no preveía tal posibilidad, pero tampoco la negaba; lo cual permitió que ALGÚN RELEVANTE AUTOR (92) afirmase que 'no podía negarse al progenitor la acción de reclamación, colmando la laguna legal con los principios generales del Derecho Catalán'.— b) No parece ofrecer duda que el ordenamiento jurídico familiar en Cataluña viene inspirado por criterios de amplitud en la búsqueda de la verdad material. Basta la cita de BORRELL y SOLER quien, resumiendo doctrina anterior, escribía el año 1944: '*en Cataluña ES PRÁCTICA admitida de tiempo inmemorial, fundada más o menos rigurosamente en el Derecho canónico, la investigación de la paternidad, no sólo natural sino de las demás ilegítimas*'. Es precisamente este principio el que ha permitido INTEGRAR los silencios del texto compilado, armonizándolo con la '*práctica inmemorial*' de que habla BORRELL de la forma que hemos visto en las dos sentencias de este Tribunal reseñadas supra.— c) Cabe decir también que la libre investigación del lazo paterno-filial está en plena sintonía con la Constitución vigente cuyo art. 39 determina que '*la ley posibilitará la investigación de la paternidad*'; precepto que obliga por igual al legislador y a los intérpretes del ordenamiento jurídico.— d) Finalmente, es imprescindible consignar que la Ley del Parlamento de Cataluña, 7/1991, de 27 de abril, reconociendo la '*práctica inmemorial*', consagra expresamente el PRINCIPIO de la libre investigación de la paternidad y la maternidad COMO GENERAL E INFORMADOR en materia de filiación. Y en su art. 11.3 concede legitimación al padre y a la madre para cualquier acción de reclamación de paternidad o maternidad no matrimonial, en nombre e interés propio, con los condicionamientos que veremos."

- El F.J. 4.º se refiere a la denuncia de que la sentencia

(92) Entiendo se refiere aquí el Ponente de nuevo al profesor F. RIVERO HERNÁNDEZ. Baste de momento esta alusión.

recurrida ha violado el citado art. 11.3 de la Ley de Filiaciones y lo ha aplicado de forma segmentaria, y argumenta que “En efecto, el artículo mencionado concede *acción* al padre según la naturaleza, *pero condiciona su ejercicio al supuesto de que* ‘su reconocimiento no haya resultado eficaz por defecto de consentimiento del hijo o de la aprobación judicial’. Y *no consta en autos* que el actor hubiere intentado en algún momento reconocer al hijo demandado”.— ...= En cuanto a *la afirmación de la sentencia recurrida* (relativa a que ‘el art. 11 de la Ley es aplicable al supuesto litigioso, habida cuenta de lo dispuesto en las disposiciones transitorias 1.^a y 3.^a) dice el Ponente que “*Esta última afirmación debe matizarse. Es cierto que las disposiciones transitorias 1.^a y 3.^a de la Llei 7/1991 establecen una retroactividad fuerte, cualquiera que sea la fecha en que se haya determinado la filiación, y que puede afectar, incluso, a sentencias firmes dictadas al amparo de los derogados arts. 4 y 5 de la Compilación. Pero no es menos cierto que LA LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA QUEDA REFERIDA AL MOMENTO DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA y a virtud del principio de ‘perpetuatio legitimationis’ —reafirmado una vez más por el T.S. en S. de 15 de marzo de 1991— no puede ser alterada en el curso del proceso. Por ello, EN EL CASO DE AUTOS, no opera la ‘conditio iuris’ que el art. 11.3 establece para el ejercicio de la acción de paternidad*”.

• El FJ. 5.º examina el primero de los motivos y dice “LA MENCIÓN DEL N.º 4.º del art. 1.692 —se entiende, de la LEC.— es aquí inoperante por cuanto NO SE CITA ningún documento obrante en autos que demuestre la equivocación del juzgador. Por lo que respecta al enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir (art. 1.253 C.c.), hay que precisar que ESTE ÚLTIMO NO ES el de la certeza de relaciones sexuales entre la madre del menor Omar y quien pretende ser declarado padre, ni tampoco la simple posibilidad de que las relaciones hubieren existido, SINO LA RAZONABLE

PROBABILIDAD DE TALES CONTACTOS.— ...= Como ha dicho reiteradamente LA JURISPRUDENCIA, *'para que pueda alegarse vulneración del art. 1.253 es necesario que el resultado obtenido en la apreciación deductiva del Tribunal sea absurdo, ilógico o inverosímil, es decir, que EN LA FORMULACIÓN DEL NEXO O RELACIÓN entre el hecho básico y su consecuencia se haya prescindido de las reglas de un prudente criterio llegando a conclusiones reñidas con la recta razón'* (S. de 9.1.1985). ESPECIALMENTE APLICABLE AL CASO QUE NOS OCUPA ES LA S. DE 21 DE MARZO DE 1991 cuando dice que *'puede censurarse en casación el uso que en la instancia se haya hecho de la prueba de PRESUNCIONES, bien dirigiéndose contra el hecho-base, demostrando el error de hecho padecido en su establecimiento, con infracción del art. 1.249 C.c., ya impugnando el razonamiento que sirvió de puente lógico a la presunción y alegando como infringido el art. 1.253, por no ser ajustada la inferencia a las reglas del criterio humano; PERO DESCARTANDO LA MEZCLA DE AMBOS MOTIVOS en uno solo (lo prohíbe el art. 1.707 LEC.)'*".

349

• El F.J. 6.º alude al motivo 2.º y, tras exponer la argumentación de la sentencia recurrida, se expresa como sigue: *"La sentencia de instancia no infringe, antes bien sigue fielmente la doctrina jurisprudencial, nutrida y matizada, SOBRE EL VALOR que deba darse en los procesos sobre filiación a LA NEGATIVA U OBSTRUCCIÓN DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS.* Cifñéndonos a las más recientes de las publicadas, podemos citar LA SENTENCIA que lleva FECHA 3 DE DICIEMBRE DE 1991 en la que el T.S. reitera su doctrina de que *'la negativa a someterse a las pruebas médicas adecuadas para la investigación de la paternidad, aun teniendo presente el alto grado de fiabilidad de sus resultados, no cabe equipararla pura y simplemente a una ficta confessio'*. Y añade: *"ahora bien, ESTE INDICIO, EN SÍ MISMO, TIENE UN VALOR CUALIFICADO, dado —según se ha dicho— el elevado índice de exactitud que el estado actual de la ciencia confiere a las pruebas en cuestión, POR LO QUE, EN CUALQUIER SUPUESTO, LA NEGATIVA MERECE SER SERIAMENTE PON-*

DERADA en el conjunto de elementos fácticos y probatorios del caso para atribuirle el significado correspondiente. No cabe soslayar que EN PROCESOS DE ESTA NATURALEZA, en los que al interés privado se une la trascendencia social y pública de las circunstancias relativas a la filiación, el carácter dispositivo del proceso civil se impregna de tintes inquisitivos que exigen una profundización más aguda en reglas procesales tales como la buena fé de las partes (art. 11 L.O.P.J.) o en deberes de rango constitucional como prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso (art. 118 Constitución)'. LA S. DE 25 DE ENERO DE 1992 precisa que 'si bien EL NO SOMETIMIENTO a dichas pruebas heredo-biológicas no es significativo de ficta confessio, sí, UNIDO a los demás elementos probatorios aportados al proceso, ES SIGNIFICATIVO DE UN SERIO INDICIO conducente al reconocimiento de la filiación reclamada, según tiene reiteradamente declarado esta Sala, y de ello son exponentes, entre otras, las recientes sentencias de 24 de marzo, de 18 y 28 de mayo, de 20 de julio y 26 de noviembre de 1990, ya que el derecho a la intimidad constitucionalmente reconocido, no es determinante DE NO POSIBILITAR LA PRESTACIÓN de elementos probatorios que, de serlo, perjudicarían el derecho de otra persona''.

• El F.J. 7.º dice que "De acuerdo con el art. 1.715 LEC., la sentencia que declare no haber lugar al recurso impondrá las costas al recurrente".

De la transcripción literal de esta fundamentación del fallo puede observarse que, si bien del F.J. 7.º se deduce IMPLÍCITAMENTE que el recurso ha sido DESESTIMADO, ello no aparece EXPLÍCITAMENTE. Queda más o menos evidente el RECHAZO de los motivos 1.º y 2.º, pero tras la lectura de los FF.JJ. 1.º, 2.º, 3.º y 4.º ninguna mención aparece en orden al motivo 3.º, fundamental, en este recurso. Basten ahora estas matizaciones al fallo aquí presentado.

36. S. DE 16 JULIO 1992 (93).

Hechos:

1) Las partes litigantes eran cónyuges casados en 1955. En 1973 habían efectuado adquisiciones constante matrimonio. En 1987 se habían separado judicialmente.

En 1988 la esposa promovió *demanda* de juicio declarativo de menor cuantía contra su marido solicitando del Juzgado se dicte sentencia por la que se declare la disolución de la comunidad sobre la finca adquirida en 1973 y se decrete la venta en pública subasta.

El marido compareció, se opuso a la demanda y formuló *demanda reconventional* solicitando del Juzgado se dicte sentencia por la que se declare que la finca es privativa del demandado reconviniente y que la compraventa es nula por simulación, *con* desestimación total de la demanda y absolución del demandado.

2) El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia el 25.7.1990 por la que *se estima totalmente* la demanda.

La Audiencia Provincial dicta sentencia el 16.9.1991 por la que, *con revocación* de la de primera instancia, *estima* el recurso de apelación y la reconvencción, y *desestima* la demanda.

3) La esposa demandante interpuso *recurso de casación* ante el T.S.J., fundamentado en *cuatro motivos*.

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente, Dr. L. PUIG i FERRIOL hace un cuidadoso análisis de *las premisas fácticas* en los FF.JJ. 1.º y 2.º

Seguidamente para el análisis de *los motivos*, que resume en los FF.JJ. 3.º, 4.º, 5.º y 6.º Su examen es como sigue:

(93) Esta sentencia se presenta seguidamente como *en esquema*. La razón es que, dada su importancia y trascendencia en la realidad social circundante, le dedico un detallado *comentario* en otro lugar y por separado.

- El *motivo primero* es *desestimado* en el F.J. 3.º
- El *motivo segundo* es igualmente *desestimado* en el F.J. 4.º
- El *motivo tercero* es también *desestimado* en el F.J. 5.º
- El *motivo cuarto*, *formulado CON CARÁCTER SUBSIDIARIO*, es estudiado con detenimiento y el Magistrado Ponente le dedica una *atención extraordinaria e inusual* en los FFJJ. 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10.º y 11.º De la concatenación de argumentos en cadena o en cascada *DERIVA EL RESULTADO DEL F.J. 12.º*, que le lleva a la *ESTIMACIÓN del último motivo de casación y a la CONSIGUIENTE REVOCACIÓN de la sentencia contra la cual se recurre*.
No se hace por el Ponente una expresa condena en costas.

37. S. DE 3 SEPTIEMBRE 1992.

352

Hechos (94):

1) Doña Teresa, de vecindad civil catalana, otorgó testamento abierto notarial el 11.3.1981 en virtud del cual instituía heredero a su esposo Don Fermín y legaba a los hijos del matrimonio (D. Miguel y D. Javier) lo que por legítima les correspondía.

Doña Teresa fallece el 30.6.1983, bajo el testamento referido.

2) El hijo D. Miguel formula *demanda* contra el heredero D. Fermín ejercitando *la acción de reclamación de legítima* y *SOLICITA que se condene* al demandado a que *le haga entrega de la cantidad que como legítima le corresponde* con cargo a los bienes relictos por su difunta madre (bien cediéndole la parte que le corresponde, bien su valor en dinero), *así como los frutos e intereses*, a computar desde la muerte de la causante.

El demandado *SE OPUSO* a la pretensión actora, *aduciendo, por razones de forma*, falta de legitimación pasiva por

(94) Resumidos por el Ponente en el F.J. 1.º

no haber aceptado la herencia y falta de litisconsorcio pasivo necesario (por no haber sido vocado al proceso el otro legitimario D. Javier), y *además, por razones de fondo*, que los bienes y derechos reseñados por el actor no forman parte del haber hereditario.

3) El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia, por la que procede a la determinación del *relictum* (ordena la *inclusión* en el activo hereditario del importe de la venta de un vehículo BMW-320 y de determinadas acciones de una S.A.) y a la formulación del *cómputo y cálculo de las legítimas* (*imputando* las donaciones respectivas, pues entendía que tales 'ventas' fueron enajenaciones a título gratuito). La sentencia es *ESTIMATORIA* de la demanda y *CONDENA al demandado a que entregue al actor D. Miguel la cantidad de 7.637.500 Ptas., como legítima que le corresponde con cargo a la herencia de su difunta madre, CON sus intereses legales desde el 1 julio 1983*, bien cediéndole bienes suficientes del 'as' hereditario, bien en dinero.

353

4) La Audiencia Provincial resuelve el recurso de apelación del demandado y dicta sentencia el 4.11.1991, por la que *revoca* la sentencia del Juzgado y *acuerda la absolución* del demandado al acoger la excepción procesal de litisconsorcio pasivo necesario.

5) El demandante D. Miguel formula ante el T.S.J. el correspondiente *recurso de casación* con base en los dos siguientes *motivos*:

1.º Infracción de los *preceptos reguladores* de la herencia y de la legítima en la CDC. CAT., concretamente los arts. 122, 137, 139, 140, 237 y 260.

2.º Infracción de la *doctrina jurisprudencial* sobre la figura del litisconsorcio pasivo necesario, *especialmente* la recogida en las SS. del T.S. de 6.12.1970 y 15.3.1976.

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente dedica el *F.J. 1.º* del fallo a la exposición de los datos fácticos. Pasa seguidamente —'por

obvias razones lógicas'— al examen del motivo 2.º, en orden a si es apreciable en el caso una situación de falta de litisconsorcio pasivo necesario “ya que *la estimación de esta excepción* (más bien objeción o defensa) supondría sin más la *confirmación* de la resolución recurrida, en tanto que *la no concurrencia* implicaría la *anulación* de la sentencia y la *necesidad de entrar en el fondo del asunto* en virtud del efecto *POSITIVO* jurisdiccional que en este punto rige en nuestro Derecho”.

Dedica a este MOTIVO 2.º los FF.JJ. 2.º y 3.º, que seguidamente se resumen:

• F.J. 2.º: “El litisconsorcio necesario tiene lugar cuando, por razón de lo que sea objeto del juicio, *la resolución haya de afectar directamente al derecho de varios sujetos, de tal manera que TODOS ELLOS habrán de demandar o ser demandados conjuntamente como litisconsortes*. El fundamento se halla en la naturaleza de la relación jurídico-material debatida, y ello bien porque existe una norma expresa que lo impone (*litisconsorcio necesario propio*), o bien por la indivisibilidad o inescindibilidad de la situación jurídica concreta (*litisconsorcio necesario impropio*). No se trata de una cuestión de mero oportunismo, conveniencia o mayor utilidad (beneficio), SINO DE NECESIDAD, INDISPENSABILIDAD, —habida cuenta la naturaleza de la relación jurídica en que se encuentran interesados varios sujetos, puede ser indispensable que la resolución a dictar en el proceso tenga que ser igual para todos—. El concepto básico en que se apoya la doctrina jurisprudencial para valorar *la concurrencia de la figura litisconsorcial NECESARIA O FORZOSA es el del interés directo o afectación directa* (entre otras SS. recientes, las de 7.2, 26.3, 21 y 25.6, 26.9, 7.10 y 21.11.1991 y 3.3.1992)”.

Sigue diciendo el Ponente que “Aplicando la anterior doctrina AL CASO DE AUTOS, y teniendo en cuenta la naturaleza de la legítima catalana y su institución en el supuesto objeto de enjuiciamiento (en que el heredero puede hacerla efectiva en dinero o en bienes, con arreglo al art. 137 de la Compi-

lación, de concreta aplicación por razones de derecho transitorio), NO SE DA LA BASE FÁCTICA PARA QUE PUEDA OPERAR EL ÓBICE PROCESAL. Don Javier —que no fué llamado al proceso— es titular de un derecho sucesorio (y, por lo tanto, de UNA EVENTUAL PRETENSIÓN contra el heredero) IGUAL al del en autos actor, pero TAL DERECHO ES AUTÓNOMO, ejercitable con autonomía, del que le corresponde a éste. No existe una relación jurídica-material ÚNICA de los legitimarios con el heredero, sino que CADA UNO DE ELLOS tiene una relación jurídica independiente (no hay interdependencia alguna). Es cierto que se dá una cierta apariencia unitaria; la reclamación de legítima supone la previa fijación del ‘quantum’, y al existir varios legitimarios parece darse una situación en que deberían estar todos presentes para que la legítima sea igual en su importe. Sin embargo, se trata de un mero caso de oportunismo o conveniencia, pero no de necesidad o indispensabilidad. FALTA EL INTERÉS DIRECTO, NO HAY AFECTACIÓN DIRECTA PARA EL NO PRESENTE en el proceso, Y POR TANTO NO SE DÁ UN SUPUESTO LITISCONSORCIAL FORZOSO”.

355

Continúa el Ponente “*En definitiva, NO CABE HABLAR de ‘inuliter data’ (típico fundamento de la figura en las sentencias de condena), porque la sentencia es perfectamente ejecutable; ni el quebrantamiento del principio constitucional de audiencia, ...; ni en modo alguno se infringe la doctrina de la cosa juzgada material ...; ni tampoco se puede dar la eventualidad de sentencias contradictorias ...= NO ES DE APLICACIÓN AL SUPUESTO DE AUTOS la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias de 15.3.76 y 6.12.70 (denunciadas como infringidas por el recurrente): La primera de ellas, porque la apreciación en el caso del óbice procesal se halla en relación con la concreción de un ‘donatum’ (hecho al legitimario NO LLAMADO al proceso), y otra cosa habría sido, sin duda, si se tratase únicamente de fijar el ‘relictum’ (valor de los bienes menos las deudas); y en cuanto a la segunda, porque, además de no existir (y no ser posible) con tal data, de cualquier manera la doctrina que se cita por la propia*

parte alegante revela que *se alude a un tema de partición, juicio divisorio (SS. de 30.3.85, 15.7.88 y 16.3.90), que supone una perspectiva fáctico-jurídica totalmente diferente a la de la cuestión planteada en el presente caso*".

• FJ. 3.º: "Sin necesidad de proceder a analizar toda la problemática que plantea la técnica casacional *EN SUPUESTOS COMO EL DE AUTOS EN QUE SE ANULA LA RESOLUCIÓN RECURRIDA por estimarse equivocada la apreciación de falta de litisconsorcio necesario, SIMPLEMENTE BASTA DECIR que tal anulación NO ACARREA EL EFECTO NEGATIVO de remisión de los autos al Tribunal de Instancia, SINO EL POSITIVO JURISDICCIONAL de entrar a conocer del fondo* (ad. ex. sent. T.S. 17.2.1992), *COMO EXPRESA LA SENTENCIA DEL T.S. DE 27 DICIEMBRE 1988, ejercer la función de juzgar con facultades plenas, incluso en la apreciación de las pruebas.—Y en tal sentido, esta Sala, después de examinar minuciosamente las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, considera cabalmente correcta y adecuada al caso LA VALORACIÓN EFECTUADA POR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, CON LA QUE COINCIDE PLENAMENTE, Y ELLO tanto en cuanto a la inclusión en el activo hereditario de ... (95) como en lo que se refiere a la cuantía hereditaria y legitimaria; y sin que frente a lo dicho quepa oponer que aquella transmisión lo fue a título oneroso y no a título gratuito COMO ENTENDIÓ LA SENTENCIA DEL JUZGADO, pues abonan la solución judicial NO SÓLO las potísimas —sic— razones aducidas en tal resolución, SINO TAMBIÉN el argumento incuestionable de que incumbía la carga de probar la onerosidad al demandado (sic) (?) —y aquí recurrente (96)— que hace la alegación, de conformidad con lo establecido en el art. 11 (sic) (97) (DE APLICACIÓN POR RAZONES DE DERECHO INTERTEMPORAL) de la Compilación*".—

(95) Se refiere a la inclusión en el *relictum* del vehículo BMW y de las acciones transmitidas.

(96) Dejo la redacción de la sentencia tal como está, aunque parece debería leerse 'demandante'.

(97) Esta mención podía entenderse referida al art. 11 CDC. CAT. pero la referencia al derecho "intertemporal" me deja desorientado y perplejo.

Continúa diciendo el Ponente que “Y sin que tal apreciación suponga ninguna (sic) dilatación procesal, pues NO SE TRATA de hacer declaración alguna de rescisión o nulidad por simulación, ni menos todavía con alcance de cosa juzgada para terceros, sino simplemente de DETERMINAR qué caudales, bienes y derechos integran realmente la herencia A FIN DE SER COMPUTADOS para la determinación de la legítima Y CON EFECTOS EXCLUSIVOS para el proceso de que se trata; como tampoco cabe hablar de incongruencia productora de indefensión, porque las cuestiones que se resuelven fueron suscitadas, debatidas, y objeto de prueba en el pleito, Y FORMAN PARTE del objeto procesal, SIN QUE SEAN ADMISIBLES las objeciones en torno a las diligencias de prueba practicadas, pues ni concurren contradicciones relevantes en la testifical, ni por lo demás resulta trascendente la falta de una prueba pericial.— POR LO QUE PROCEDE DICTAR NUEVO PRONUNCIAMIENTO con contenido sustancialmente igual al de la Sentencia de Primera Instancia, y con base jurídica en los arts. 122, 124, 129 (98), 137 y 139 y concordantes de la Compilación”.

• F.J. 4.º: “En cuanto a LAS COSTAS, se imponen las de primera instancia al demandado por aplicación de la doctrina del vencimiento objetivo atenuado del art. 523-1.º LEC., sin apreciación de especial temeridad o mala fé; y por lo que respecta a las de los recursos, no se hace especial imposición. Al no haberse constituido depósito, por ser disconformes las Sentencias de las instancias, huelga todo comentario sobre el particular”.

Por lo que acaba de exponerse, el Magistrado Ponente ACEPTA casi totalmente el recurso, con las matizaciones que indica.

(98) Obsérvese que estos dos artículos —124 y 129— no eran citados como infringidos por el demandante-recurrente.

Hechos:

I) *Antecedentes.*

1) Por DON JOSÉ (comprador) *se formula DEMANDA* el 17.2.1989 contra Don Juan (vendedor), *solicitando* del Juzgado *se le declarase propietario* de las cuatro fincas registrales (que describía) números 18.350, 18.351, 18.363 y del 37'80% indiviso de plena propiedad de la n.º 18.368.

Formados los autos n.º 49/1989 en el correspondiente Juzgado, por la parte demandada *se contestó y se opuso* a la demanda (*negando* la condición de propietario del actor y que se hubiere producido la tradición de las fincas), formulando a su vez *RECONVENCIÓN en ejercicio de la acción de rescisión por lesión 'ultra dimidium'*, solicitando los *pronunciamientos* siguientes: 1.º) que el justo precio de la venta sea de 55.000.000 Ptas., o la mayor o menor cantidad que resulta de la prueba a practicar; 2.º) que se rescinda el contrato por haber sufrido el enajenante lesión en más de la mitad del justo precio, *salvo* que los demandados (sic) lleguen a pagar, oportunamente, el justo precio declarado, más los intereses desde la firma del contrato suscrito por las partes el 2 de mayo de 1988; 3.º) que, como consecuencia de la rescisión, caso de optarse por ella, las partes se devuelvan sus respectivas prestaciones, debiendo abonar la parte cedente los gastos que justifiquen los demandados (sic) y correspondan legalmente; y 4.º) que la devolución, en su caso, a efectuar, se haga en período de ejecución de sentencia, para lo cual las partes deberán acreditarlo en forma.

2) Don José formula *NUEVA DEMANDA* el 29 mayo 1989 contra Don Juan, en la que solicita del Juzgado los siguientes *pronunciamientos*: 1.º) se condena al *demandado* a *otorgar —como parte vendedora—* escritura pública de compraventa, en la que *el actor será parte compradora*, de la plena

propiedad de las fincas registrales ... (99), *por el precio de 20.000.000 Ptas.*, de cuyo precio el comprador tiene ya abonados 10.000.000 Ptas., y el resto deberá abonarlo en el mismo momento de otorgarse la indicada escritura pública, caso de no haberlo abonado con anterioridad, *en cuya escritura deberá consignarse* que todos los gastos e impuestos (incluidos IVA y plusvalía municipal) serán a cargo del comprador.— 2.º) *PARA EL SUPUESTO DE ENTENDERSE que el actor no tiene la posesión de aquellas fincas*, se condene al demandado a entregar al actor la posesión de las fincas de referencia.— 3.º) *Y PARA EL SUPUESTO DE QUE SE RESCINDA el contrato POR ESTIMARSE la acción de rescisión por lesión u.d.*, se condene al demandado a *abonar* al actor la suma de 6.306.097 Ptas., *más todas aquellas otras sumas QUE* —en el curso del presente pleito o en trámite de ejecución de sentencia— *SE ACREDITE* que Don José (el comprador) *ha abonado* por liquidaciones giradas por el Ayuntamiento de X. ... *A CARGO* del demandado (Don Juan) *por razón de las obras de urbanización* que se ejecuten en la Zona Industrial de X.

359

Con motivo de esta nueva demanda, se formaron los autos n.º 175/1989 en el mismo Juzgado de Primera Instancia.

3) Por el Juzgado, *en Auto de 14.3.1990*, se acuerda la *ACUMULACIÓN* de los autos n.º 175/1989 a los n.º 49/1989.

El demandado, en trámite de *contestación*, puso de relieve la existencia del planteamiento de la acción rescisoria del contrato —en su demanda *reconvencional*, referida— y las diferentes consecuencias que podrían determinar su estimación o desestimación.

II) *Sentencias de instancia.*

1. Por el Juzgado de Primera Instancia, en sentencia de 5.9.1991, se procede a la *desestimación* de la demanda y a

(99) Son las referidas en el ap. I-1) precedente.

la *ESTIMACIÓN* de la *reconvencción* formulada por Don Juan (vendedor), *declarando la rescisión del contrato* de fecha 2.5.1988, por haber sufrido el vendedor lesión en más de la mitad del justo precio, *devolviéndose* las partes sus respectivas prestaciones en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, y especialmente aquellas abonadas al Ayuntamiento de X. a cargo del vendedor por razón de las obras de urbanización ...

Por parte del vendedor (demandado-reconviniente) se presentó *recurso de aclaración* ante el propio Juzgado, y éste —en *Auto complementario 7.9.91*— dispuso “*DEBO ACLARAR Y ACLARO la sentencia dictada en el sentido de añadir a la parte dispositiva de la misma que el valor de la finca asciende a 73.664.080 Ptas., declaración que se realiza a los efectos de lo dispuesto en el art. 325 CDC. CAT., pudiendo la parte contraria evitar la rescisión mediante el pago al enajenante del complemento del precio lesivo*”.

360

2. La Audiencia Provincial dicta sentencia el 13.4.1992, en la que *se confirma íntegramente* el fallo de la instancia.

III) *Recurso de casación ante el T.S.J.*

Por parte de Don José (*actor inicial* - demandado reconvenido) se formula el recurso de casación, articulado en los *ocho motivos* que se resumen como sigue:

1.º Al amparo del n.º 4.º del art. 1.692 LEC., por infracción del art. 323-2.º CDC. CAT. y de la jurisprudencia contenida en las SS. del T.S.J. CAT. de 26 de febrero y 20 de diciembre de 1990, y del T.S. de 24 febrero 1988 y 22 diciembre 1969. Argumenta que no se ha respetado el precepto de la Compilación denunciado como infringido en lo que denomina *aspecto confrontativo*, esto es, en cuanto hace referencia a atender para la fijación del precio justo a otras fincas ‘de iguales o análogas circunstancias de la respectiva localidad’.

2.º Al amparo del n.º 4.º del art. 1.692 LEC., por infracción del art. 1.214 C.c. y de la jurisprudencia contenida en las SS. del T.S. de 30.4.1874 y 10.5.1960, que se

refieren a que 'corresponde al vendedor que reclama la rescisión la prueba de la lesión'.

3.º y 4.º Al amparo del n.º 4.º del art. 1.692 LEC., por infracción del art. 1.462-1.º C.c. y de la jurisprudencia contenida en las SS. del T.S. de 16.2.1970 y 25.10.1924; e infracción del art. 609 C.c. referente a la doctrina del título y el modo de adquirir la propiedad.

5.º Infracción del art. 1.280 C.c., por no condenarse al demandado (sic) al otorgamiento de la escritura pública, mejor sería decir elevación del documento a escritura pública.

6.º Al amparo del n.º 4.º del art. 1.692 LEC., por infracción del art. 1.461 C.c.

7.º Con carácter *subsidiario*, y para el caso de estimarse la rescisión por lesión del contrato de compraventa: por infracción de los arts. 324 CDC. CAT. y 1.295 C.c., por no tenerse en cuenta la solicitud de condena del demandado (sic) a abonar al actor la suma de 6.306.097 Ptas., en concepto de pagos al Ayuntamiento de X. ...

8.º Con la misma finalidad *subsidiaria*: por infracción de las SS. del T.S. de 23.11.1989 y 9.2, 20 y 28.3.1990, sobre prohibición del enriquecimiento injusto.

Fundamento del fallo del T.S.J.:

Por el Magistrado Ponente se efectúa una apretada exposición de las premisas fácticas en el F.J. 1.º, y se pasa al examen de cada uno de los *motivos*: el *motivo 1.º* es estudiado en F.J. 2.º, el *motivo 2.º* en F.J. 3.º, los *motivos 3.º y 4.º* en F.J. 4.º, el *motivo 5.º* en F.J. 5.º, el *motivo 6.º* en F.J. 6.º, y los *motivos 7.º y 8.º* en F.J. 7.º Para terminar con el pronunciamiento de las costas en F.J. 8.º

• F.J. 2.º: El Ponente RECHAZA EL MOTIVO 1.º argumentando (100): "El motivo debe ser rechazado: 1) porque lo que realmente pretende la parte recurrente es suscitar de nuevo en este

(100) La larga argumentación la subdivido en varios apartados numerados.

recurso LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL apreciada por los juzgadores de instancia ... Con olvido de que tal planteamiento no es viable en casación so pena de convertir el recurso en una tercera instancia, lo que rechazan la doctrina y la jurisprudencia.—Es claro que cabe plantear la infracción de normas concretas del ordenamiento jurídico probatorio, PERO EN EL CASO NO se ha invocado ninguna de las relativas a la prueba pericial, ni siquiera —dentro de su limitadísimo alcance casacional— el art. 632 LEC.—= 2) Se ha aducido infracción del párrafo 2.º del art. 323 de la Compilación y en torno a él se centra el motivo, aunque luego se extralimite el razonamiento, PERO TAL PRECEPTO NO PERMITE una nueva valoración de la prueba, ni un completo examen de los elementos en que se basó el perito para extraer su conclusión, SINO SIMPLEMENTE comprobar si se respetaron los aspectos que la norma contempla (“per tal d’apreciar l’existència de la lesió hom s’atindrà al preu just” ... (101). Y OCURRE EN EL CASO QUE ESTA PRECEPTIVA LEGAL NO HA SIDO EN ABSOLUTO VULNERADA, pues se ha fijado el valor en venta al tiempo de la perfección del contrato, es decir, no se ha contemplado el precio de adquisición por el vendedor, el valor en venta, o un valor real o hipotético, como podría ser el de afección, sino el valor de mercado en el tiempo y en la localidad; Y SIN QUE QUEPA CONFUNDIR —como enseña la doctrina MÁS AUTORIZADA (sic) (102)— el criterio de valoración del objeto, al que deberá ajustarse el juzgador para determinar si ha habido o no lesión, CON la determinación concreta de ese valor, PUES SÓLO EL PRIMERO INTEGRA CUESTIÓN DE DERECHO SUSCEPTIBLE DE RECURSO DE CASACIÓN POR EL CAUCE ELEGIDO: TODO ELLO CON INDEPENDENCIA de que nada hay de absurdo, ni de ilógico, en las circunstancias tomadas en consideración, que

(101) Sigue aquí todo el texto literal —en catalán, en la sentencia— de dicho párrafo 2.º del art. 323 CDC. CAT.

(102) Parece debe referirse el Ponente a los tratadistas catalanes más recientes, que yo denomino ‘cuasi-clásicos’: a mi modo de ver, se trataría de la obra de los Profesores L. PUIG i FERRIOL y M.ª E. ROCA i TRIAS.

si no se examinan con detenimiento e individualización es para evitar desvirtuar el correcto ámbito del recurso.—= 3) Se afirma también en el desarrollo del motivo que no se ha respetado el precepto de la Compilación en lo que se denomina aspecto *CONFRONTATIVO* ... Dejando a un lado que nos hallamos ante un *criterio orientativo*, a modo de elemento interpretativo normativo, y *que de ninguna manera cabe convertirlo en exigencia de concurrencia inexcusable*, so pena de hacer imposible la aplicación del precepto cuando no se dé el elemento de confrontación, *OCURRE EN EL CASO que los pretendidos supuestos de cotejo o comparación no son idóneos al efecto, ...= TODA VEZ QUE EN LA SENTENCIA DEL JUZGADO SE DECLARA PROBADO* que los propietarios vendieron presionados y por un precio que consideraban muy bajo, Y *TAL APRECIACIÓN, CONFIRMADA en la Sentencia de la Audiencia, quedó incólume en casación.*—= *POR TODO LO QUE NO SE DÁ INFRACCIÓN* del precepto legal, ni de la doctrina jurisprudencial, *PUES LAS SENTENCIAS CITADAS DEL T.S. Y DE ESTA SALA en modo alguno sientan la conclusión de que EL ASPECTO CONFRONTATIVO constituye una exigencia valorativa inexcusable en cualquier caso, SINO ÚNICAMENTE UNA GUÍA O PAUTA DE LA QUE, CUANDO HAY POSIBILIDAD DE COMPARACIÓN, NO SE PUEDE PRESCINDIR COMO CRITERIO VALORATIVO SIN UNA ADECUADA JUSTIFICACIÓN O EXPLICACIÓN*".

• F.J. 3.º: El Ponente *RECHAZA EL MOTIVO 2.º*, como sigue: "*El motivo debe perecer porque se hace supuesto de la cuestión, AL PARTIRSE de una situación de falta de prueba, en contradicción con la clara apreciación probatoria de las Sentencias de instancia. Y MAL SE PUEDE CONSIDERAR INFRINGIDO EL ART. 1.214 C.C.*, si se advierte que el mismo atiende, en alguna medida, a resolver el problema del 'onus probandi', es decir, 'para quién se han de producir las consecuencias desfavorables de la falta de prueba', *VULNERÁNDOSE* cuando se establece una *inversión* de la carga sin fundamento jurídico; Y *SUCEDE QUE, EN EL CASO, no se dá la situación fáctica para la operatividad del efecto afirmado*".

• F.J. 4.º: El Ponente RECHAZA también los motivos 3.º y 4.º, al decir que “Ambos motivos deben seguir el mismo criterio desestimatorio de los anteriores. ES EVIDENTE que en el derecho español rige la doctrina del título y el modo para la adquisición contractual de la propiedad (arts. 609 y 1.095 C.c.), y que una de las modalidades de tradición es la real (art. 1.462-1.º C.c.), que se produce por la entrega material o toma de posesión de la cosa; empero ocurre en el supuesto objeto de enjuiciamiento que la resolución recurrida DECLARA PROBADO que tal aspecto de orden fáctico no ha tenido lugar, y ello resulta definitivo para esta casación, en la que no cabe valorar —como pretende el recurso— la prueba testifical de la parte actora ..., ni la deducción que pretende extraer de la petición del demandado al formular reconvencción”.

• F.J. 5.º: El Ponente RECHAZA de igual modo el motivo 5.º y dice: “debe ser también RECHAZADO, porque la petición objeto del mismo se hace únicamente para el caso de que se declarase no procedente la rescisión por lesión, LO QUE NO ES ASÍ; siendo de observar que, aun cuando es cierto que cabría todavía la posibilidad de que el comprador optase por cubrir la diferencia del precio, en tal caso no procedería tampoco lo interesado en el motivo, no sólo por la razón procesal de falta de planteamiento, sino sobre todo porque el demandado no contradijo la eventualidad, mostrándose totalmente dispuesto a cumplir, entonces, tal obligación, POR LO QUE AL FALTAR LA OPOSICIÓN NO HABRÍA INTERÉS PARA ACCIONAR”.

• F.J. 6.º: El Ponente igualmente RECHAZA el motivo 6.º diciendo que “El motivo tampoco puede ser acogido, porque tal entrega sería oportuna en el caso de que el recurrente optase por cubrir la diferencia de precio a que se refiere el art. 325 de la Compilación; y, además de que nada se dijo al respecto, ha de tenerse en cuenta que el vendedor no expresó ningún tipo de objeción a cumplir su obligación en el caso de que la contraparte cumpliera con la suya, POR

LO QUE al no haber resistencia, y ser correspectivas las dos prestaciones, resulta obvia la improcedencia de la condena”.

• F.J. 7.º: Igualmente procede el Ponente a LA DESESTIMACIÓN de los motivos 7.º y 8.º y argumenta como sigue: “LOS MOTIVOS CARECEN DE CONSISTENCIA, porque claramente se establece en la Sentencia de Primera Instancia —confirmada por la de la Audiencia— (“deberán devolverse las partes sus respectivas prestaciones” ... (103)) ... pronunciamiento que no deja lugar a dudas sobre que se comprende la cantidad expresada por el recurrente, es más, el fallo se ajusta más a lo pedido por el ACTOR cual es de ver en la súplica de la demanda de 29 de mayo, por lo que ni siquiera la falta de especificación de la cantidad es relevante, que por lo demás, en su caso, debió haberse interesado por medio de ACLARACIÓN, LO QUE EXCLUYE la casación; y con independencia de que la vía procesal correcta para plantear una eventual omisión de pronunciamiento (que es cosa distinta de su denegación) no sería la utilizada, sino la DE INCONGRUENCIA POR DEFECTO, en sede de los arts. 359 y 1.692-3.º LEC.”.

• F.J. 8.º: “Por todo lo expuesto, Y MATIZANDO que la confirmación de la Sentencia de la Audiencia ... supone la confirmación íntegra del fallo de primera instancia (integrado por el de la sentencia de 5 septiembre 1991 y parte dispositiva del Auto aclaratorio de 7 de septiembre ...), en el cual se resuelve sobre las dos demandas acumuladas del actor D. José y la reconvencción formulada por el demandado Don Juan, de conformidad con lo establecido en el art. 1.715 - último párrafo LEC., se imponen al recurrente las costas causadas en la casación y se le condena a la pérdida del depósito constituido, al que se le dará el destino legal”.

(103) V. en antecedente II-1, precedente.

Hechos:

1) La DEMANDANTE ejercita una acción de reclamación de legítima CONTRA su hermana en la herencia de su padre, concretando su petición ante el Juzgado en los extremos siguientes: 1.º que la legítima debía percibirla con arreglo a la legislación civil catalana; 2.º que los bienes computables de la herencia, a efectos de legítima, estaban valorados al tiempo del fallecimiento del causante en 287.275.155 Ptas.; 3.º que debía reservarse a la actora su derecho a reclamar la cuota de legítima sobre cualquier bien del causante que se descubriera en el futuro, dentro del plazo hábil para ejercitar la acción de suplemento de legítima; y 4.º que se condenara a la heredera demandada a que le entregara las fincas expresamente legadas, aparte del suplemento correspondiente hasta alcanzar su legítima la cantidad de 34.409.394 Ptas. más los intereses legales desde la reclamación (sic.) de la demanda.

366

La heredera DEMANDADA contestó y se opuso a la demanda, con las alegaciones de: que reconoce la existencia del legado de dos fincas; no obstante, al valorar los bienes de la herencia en la cantidad de 28.151.933 Ptas., tan sólo acepta como suplemento de legítima en favor de su hermana la cantidad de 2.498.992 Ptas.

2) El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia por la que, ESTIMANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA, DÁ LUGAR a los extremos 1.º y 2.º pedidos por la actora, Y REMITE la determinación del caudal hereditario a la fase de ejecución de sentencia, con lo cual deja, a su vez, sin concretar la cantidad que en concepto de legítima corresponde a la reclamante, a excepción de las fincas legadas en aquel concepto—sobre el que no hay discusión entre los litigantes—.

La Audiencia Provincial resuelve el recurso de apelación de la heredera demandada y dicta sentencia por lo que, REVOCANDO EN PARTE la de instancia, fija el montante a percibir

como suplemento de la legítima en la cantidad de 4.826.733 Ptas. *más* los intereses legales desde la interposición de la demanda (*aparte* de las dos fincas citadas legadas).

3) La demandante recurre en casación ante el T.S.J. y basa su recurso en los *cuatro motivos* siguientes:

1.º Al amparo del n.º 5.º (debe entenderse el 4.º) del art. 1.692 LEC., por infracción al art. 359 LEC.

2.º Al amparo del n.º 3.º del art. 1.692 LEC., por infracción del art. 359 LEC.

En uno y otro motivos —que el Ponente analiza *conjuntamente* dado que ambos se refieren a la infracción del art. 359 LEC.— se alega la *incongruencia* de la sentencia impugnada porque *no resuelve todos los puntos litigiosos, ni especifica* —con su *revocación parcial*— *cuáles* son los particulares revocados y *cuáles* los confirmados.

3.º Al amparo del n.º 5 (debe entenderse el 4.º) del art. 1.692 LEC., al considerar infringido, por no aplicado, el art. 139 CDC. CAT.: porque la sentencia recurrida *no concede los frutos o rentas correspondientes a las dos fincas integradas en la legítima. Al existir conformidad en la identidad y valoración de las fincas mencionadas, la adjudicación y entrega de las mismas al legitimario DEBE IMPLICAR TAMBIÉN el derecho a los frutos o rentas a partir de la muerte del causante.*

4.º Al amparo del n.º 4.º del art. 1.692 LEC., por infracción del art. 632 LEC.

PREVIAMENTE a la alegación del precepto considerado infringido, la recurrente hace una serie de consideraciones sobre *si la sentencia impugnada se equivoca AL DECLARAR el derecho a un suplemento de legítima CUANDO REALMENTE LA ACTORA NO HA RECIBIDO NADA DE LA HEREDERA DEMANDADA.*— Por otra parte, la actora recurrente insiste en *que ha sido errónea LA VALORACIÓN del caudal hereditario* realizada por la Audiencia, puesto que se ha apreciado erróneamente la prueba pericial, no teniendo en cuenta los valores y criterios que resultan del dictamen del arquitecto superior ... *facili-*

tado por ella, y que, por tanto, se han vulnerado las reglas de la sana crítica a que se refiere el art. 632 LEC.—Se indica *expresamente* en el motivo que “la prueba se ha apreciado erróneamente por no haberse tenido en cuenta un determinado peritaje”.

Fundamento del fallo del T.S.J.:

El Magistrado Ponente dedica sus FFJJ. al examen de los motivos del recurso como sigue: el F.J. 2.º a los motivos 1.º y 2.º, *el F.J. 3.º al motivo 3.º*, y el F.J. 4.º al motivo 4.º, con un F.J. 5.º relativo a las costas.

• *F.J. 2.º*: Dice el Ponente que los dos primeros motivos deben analizarse conjuntamente, ya que ambos denuncian la infracción del art. 359 LEC., y argumenta como sigue: “Sin embargo, *concretada LA RECLAMACIÓN DE LA DEMANDA en la determinación de la legítima de la actora —DE LA QUE PARTE DE ELLA, la constituida por dos fincas de las comprendidas en el caudal hereditario, no hay controversia ni en cuanto a su identidad ni en cuanto a su valor—, TODO EL PROBLEMA SE REDUCE A LA DETERMINACIÓN de la cantidad que como suplemento de legítima ha de percibir la actora, cantidad que ha de deducirse de la valoración de los bienes del causante y que, junto con los intereses legales, las fincas legadas a la actora y sus frutos o rentas, en su caso, conformarán los derechos legitimarios solicitados por la recurrente. Y si la sentencia concede PARTE de lo pedido, concretamente MENOR cantidad de la valorada por la actora como suplemento de legítima, no puede tacharse de incongruente la resolución recurrida, apareciendo claros los extremos de ésta que se revocan y los que se confirman*”.

A continuación dice el Ponente que “*Tampoco puede admitirse que no se hayan tratado todos los puntos planteados en la demanda, pues la sencillez de su contenido —principalmente reducido, como se ha dicho, a la fijación de la legítima en función de la valoración total de la herencia— hace difícil su elusión en la sentencia, prescindiendo lógica-*

mente en estos motivos de cualquier indicación relativa a la pormenorización valorativa de los bienes del testador.— *Lo que conduce a LA DESESTIMACIÓN DE LOS DOS PRIMEROS MOTIVOS del recurso*".

• F.J. 3.º: Comienza el Ponente —respecto al motivo 3.º— diciendo que *"El art. 139 de la Compilación —al igual que el actual 365 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña (Ley 30.12.90) establece la regla general sobre abono de intereses de la legítima al decir que 'ésta devengará el interés legal desde la muerte del causante, aunque el pago se efectúe en bienes hereditarios'. Regla general que tiene en el propio art. 139, párrafos 3.º y 2.º, dos excepciones: no devenga interés la legítima aún no entregada mientras el legitimario viva en casa y compañía del heredero y a sus expensas, y cuando existe legado, señalamiento o asignación de cosa específica hereditaria en concepto de legítima. En este supuesto del párrafo 2.º del art. 139 mencionado, en lugar de intereses, el legitimario hará suyos los frutos o rentas que la cosa produzca a partir de la muerte del causante"*.

Tras este punto de partida, sigue el Ponente: *"Un argumento que rechazaría el motivo examinado debe referirse a los términos en que, en este extremo, está redactado el 'petitum' de la demanda. En ella se determina la cantidad exacta que se reclama como suplemento de legítima más los intereses legales desde la fecha de la presente reclamación", EXPRESIÓN QUE DIFÍCILMENTE COMPRENDERÍA los frutos o rentas de las dos fincas incluídas en la legítima cuya entrega también se reclama. La no inclusión de los frutos o rentas en el suplico de la demanda, si bien no supondría la negación del derecho, que podría ejercitarse al margen de las presentes actuaciones, impediría, en principio, su contemplación y examen en la instancia y en los sucesivos recursos planteados ...—= No obstante, la Sentencia de instancia concede los frutos o rentas de las fincas legadas a la legitimaria, y la Audiencia, por el contrario, no los reconoce. Se ha produ-*

cido así un debate sobre cuestión no específicamente formulada en la reclamación originaria pero que ha de entenderse íntimamente ligada a la petición de intereses que se reclaman sobre el valor de otra parte de legítima. ESTA RELACIÓN entre intereses de la legítima genérica y los frutos o rentas de la legítima específica SE REVELA CLARAMENTE en la propia redacción del párrafo 2.º del art. 139 de la Compilación. Suponer, por tanto, que al reclamar la entrega de la cosa implica también la reclamación de sus frutos o rentas, justificaría la discusión del concepto como parte integrante implícita en el contenido de la reclamación de la demanda. El principio de economía procesal, por un lado, y el de tutela efectiva proclamado en el art. 24 de la Constitución, por otro, justificarían también este planteamiento, sin que por otra parte haya indefensión dado que la cuestión fué suficientemente debatida en el pleito”.

370 Añade el Ponente que “*POR SU PARTE, EL T.S. EN S. DE 7 JULIO 1986, siguiendo el criterio de otras anteriores (SS. de 18.2.84 y 28.1.85, entre otros) establece que ‘es claro que el legado de cosa específica y determinada, propia del testador, trae como consecuencia la adquisición de la propiedad de la cosa desde que el testador muere y la de sus frutos, tal como se deduce del párrafo 2.º del art. 139 de la Compilación y el art. 882 C.c., por lo que la atribución de frutos a la legataria desde el fallecimiento de la testadora es una consecuencia legal y necesaria de la reclamación de la cosa y tal atribución, aun no pedida, no puede, por lo tanto, ser tildada de incongruente’.*— *POR TODO LO CUAL —EN EL PRESENTE CASO— deben incluirse los frutos o rentas de las fincas en la legítima reclamada Y, EN CONSECUENCIA, procede LA ESTIMACIÓN de este motivo del recurso”.*

• *F.J. 4.º:* El Ponente estudia el *motivo 4.º, QUE RECHAZA*, y dice —en orden a las *alegaciones* formuladas en el recurso— “*Consideraciones irrelevantes* dado que, en armonía con la petición de la demanda, la sentencia recurrida condena a la heredera instituída a entregar tanto las fincas

legadas como una cantidad en metálico cuya determinación ha sido objeto de discusión en la instancia y en la apelación.— ...= *Sabido es que la naturaleza del recurso de casación, no equiparable a una tercera instancia, impide la revisión absoluta de todas las cuestiones debatidas en el pleito. La cuestión que plantea este motivo sólo puede examinarse en casación a través de la posible infracción de las normas legales referentes a la apreciación de los medios de prueba.*—= *El antiguo n.º 4 del art. 1.692 LEC. autorizaba como motivo de casación el error en la apreciación de la prueba, si bien LA PRUEBA PERICIAL no tenía* —según mayoritaria jurisprudencia del T.S.— *el carácter de 'documento' a los efectos de dicho artículo. Por lo que sólo era posible* —COMO TAMBIÉN LO ES AHORA desde la reforma procesal operada por Ley de 30 de abril de 1992— *fundamentar el recurso de casación atacando la valoración de la prueba pericial por la vía del actual n.º 4 (5.º antiguo) del art. 1.692 citado.*—= *Lo QUE OCURRE es que si el juez valora la prueba pericial de acuerdo con las reglas de la sana crítica, éstas no se hallan recogidas en precepto alguno. Y así el T.S. ha señalado (Sent. 14.2.1989) que esta prueba no es susceptible de ser examinada en casación y este recurso no autoriza una impugnación libre de lo resuelto en instancia, como sería si, dando lugar a una tercera instancia, se volviese a examinar otra vez la prueba pericial, o las demás pruebas, AÑADIENDO que el art. 1.243 C.c. y 632 LEC. tampoco son soporte adecuado a la casación (v. Sent. de 29.3.1990), puesto que ninguna ley fija cuáles sean las reglas de la sana crítica, y hay que estar a las apreciaciones que en caso de la misma obtenga la Sala de Instancia, salvo que sean ilógicas.*—

Finaliza diciendo que “la Sala de Apelación de X ... efectúa una operación VALORATIVA que no puede ser revisada en casación, ya que se razona LA PREFERENCIA de los elementos tenidos en cuenta para la determinación del caudal hereditario y de la legítima discutida.— ...= (El motivo indica expresamente ...) Con lo que se pretende sustituir el criterio

del juzgador por el de la parte recurrente, *con infracción del art. 632 LEC.* que sanciona la libertad de aquél en la apreciación de la prueba pericial.— *De aquí que proceda la DESESTIMACIÓN DE ESTE ÚLTIMO MOTIVO del recurso.*

• F.J. 5.º: “De conformidad con lo previsto en el art. 1.715 LEC., *AL ESTIMARSE UNO DE LOS MOTIVOS* del recurso, *no* se hace especial pronunciamiento en cuanto a las *costas*, debiéndose seguir las reglas procesales en cuanto a las causadas en las dos instancias anteriores.—” ...

40. S. DE 30 NOVIEMBRE 1992.

Hechos:

1) Los *aspectos fácticos* de este litigio son los siguientes:

a.—Don José M.^a C. C. y D.^a Carmen A. P. —*ABUELOS PATERNOS DEL DEMANDANTE*—, en su calidad de *futuros contrayentes*, otorgaban el 19.2.1890 una *escritura de capítulos matrimoniales*, en la que —entre otros *pactos*— establecían el siguiente: “3.º.—Los mismos venideros consortes Don José M.^a C. y D.^a Carmen A., para el caso de fallecer sin haber otorgado testamento ni hecho elección de herederos en otra forma preventivamente, heredan —o el de que los dos así muera, hereda y llama a la sucesión de sus respectivos bienes— al hijo varón primogénito que tuvieren de su matrimonio. Y si no fuese heredero, o siéndolo falleciere en la impubertad, o después sin hijos legítimos y naturales, o con tales pero que ninguno entonces o después llegare a la edad de testar, en dichos casos le sustituye el hijo segundo varón. A éste sustituyen en los mismos casos el tercero, y así sucesivamente con los demás, del mayor al menor. Al último de sus hijos varones, y también en defecto de ellos, sustituyen en los casos expresados la primera hija, y a ésta las demás, también una después de otra por orden de primogenitura y en los casos arriba fijados. Quieren no obstante, que los hijos de los premuertos sucedan en el lugar y derecho de su respectivo padre o madre en el modo y forma que éstos

hubiesen dispuesto, y, en defecto de tal disposición, por el propio orden y bajo las mismas reglas y condiciones fijadas para los hijos de los otorgantes, y, por último, es también su voluntad que cualquiera de sus hijos o descendientes que sea heredero o muera dejando algún hijo que llegue a la edad de testar, pueda disponer en los bienes a su libre voluntad".—

Los reseñados Don José M.^a y D.^a Carmen *fallecieron ambos sin haber otorgado testamento u otra declaración de última voluntad.*

b.—Don José M.^a y D.^a Carmen (citados *abuelos paternos del demandante*), *JUNTAMENTE CON SU HIJO DON RAMÓN C. A. (TÍO DEL ACTOR)* otorgaban el 19.5.1928 una *escritura de capítulos matrimoniales*, en la que —entre otros pactos— *instituyeron heredero capitular* (heredero contractual) a su citado hijo D. Ramón *sujeto a gravamen* de sustitución fideicomisaria 'si sine liberis decesserit', *en los siguientes términos*: "Si su hijo (instituido heredero) falleciere sin hijos y sin haber otorgado disposición de última voluntad, pasarán los bienes a aquél a quien corresponda en virtud del *HEREDAMIENTO PREVENTIVO* (104) establecido en los mencionados capítulos otorgados con ocasión del matrimonio donador; pudiendo, no obstante, en este caso, disponer Don Ramón, libremente y a sus voluntades, de la cantidad de 37.500 Ptas. sobre dichos bienes".

373

Don Ramón *falleció sin hijos y sin haber otorgado disposición alguna de última voluntad.*

c.—Don José M.^a C. A. (*PADRE DEL ACTOR*) otorgó *testamento notarial* el 25.6.1956 por virtud del cual *instituyó heredero universal* 'a sus libres voluntades' a su hijo Carlos (*AQUÍ DEMANDANTE*).

2) Don Carlos formula *demanda* ante el correspondiente Juzgado en la que:

(104) *Así subrayado especialmente en la sentencia y —al parecer— en el propio texto de la escritura.*

— *Alega que, en su calidad de sustituto vulgar de su padre difunto D. José M.^a y como sustituto fideicomisario de su tío D. Ramón, es el único heredero fideicomisario cierto y libre en la herencia fideicomitida de su abuelo D. José M.^a C., sin estar, en su consecuencia, obligado de restitución fideicomisaria, ni soportar gravamen alguno por razón de dicho tracto sucesorio.*

— *Suplica la declaración pertinente del Juzgado.*

3) *LOS DEMANDADOS* (105) comparecen y *se oponen* a la demanda y *solicitan* del Juzgado las siguientes *declaraciones*:

- *Que el actor, como heredero fideicomisario de su abuelo D. José M.^a C., y sustituto de su padre premuerto D. José M.^a, está gravado de restitución si falleciere sin hijos o con ellos que no lleguen a la edad de testar;*

- *Que los bienes harán tránsito en el modo y forma que establece el heredamiento preventivo ordenado por D. José M.^a C. el 19.2.1890;*

- *Que, por lo tanto, será libre el hijo o descendiente de José M.^a C. C. (abuelo del actor) que, siendo heredero, muera dejando algún hijo que llegue a la edad de testar.*

4) El Juzgado de Primera Instancia, por sentencia de 31.1.1990, procede a la *DESESTIMACIÓN ÍNTEGRA* de la demanda.

La Audiencia Provincial, por sentencia de 12.9.1991, *dá lugar* al recurso de apelación del demandante, *REVOCA* la sentencia del Juzgado y *ESTIMA* la pretensión actora.

5) Los demandados formulan ante el T.S.J. *recurso de casación*, articulado en los siguientes *motivos*:

1.º Al amparo del antiguo n.º 5.º del art. 1.692 LEC., por infracción de las normas sobre interpretación de testamentos y contratos; habida cuenta de que *las capitulaciones*

(105) Ninguna otra referencia en la sentencia: presumidamente, los próximos parientes de D. Carlos, demandante, de alguna otra rama o estirpe del tronco familiar.

matrimoniales tienen una doble vertencia contractual y de disposición de última voluntad.

2.º Al amparo del antiguo n.º 5.º del art. 1.692 LEC., por infracción, por no aplicación: del art. 780 C.c.; de las Leyes 74, libro 30, y 77, Par.º 5 del libro 33 del Digesto, y Par.º 4 y 9, libro 6, Título 51 del Código de Justiniano; y de los arts. 164 y 171 de la CDC. CAT. de 21.7.1960; así como de la doctrina jurisprudencial y científica que los aplica e interpreta.

3.º Al amparo del apartado 4.º del art. 1.692 LEC., por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación evidente del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Cita como tales ‘documentos’ las escrituras de capitulaciones matrimoniales otorgadas el 19.2.1890 y el 18.5.1928.

375

Fundamento del fallo del T.S.J.

El Magistrado Ponente dedica prácticamente todo el F.J. 1.º —y parte del F.J. 3.º— a la exposición de *los antecedentes fácticos* del litigio, que presenta ‘en orden inverso a su antigüedad’ (106). Sigue a continuación con el examen del motivo 1.º en los FF.JJ. 2.º, 3.º y 4.º, dedica el F.J. 5º al motivo 2.º, y el F.J. 6.º al motivo 3.º

El Ponente entiende *DEBE DESESTIMARSE EL RECURSO EN SU TOTALIDAD* y, a tal efecto, *argumenta* como sigue:

- *En F.J. 1.º* parte de que “*prácticamente no existe controversia sobre los aspectos fácticos de la litis*, por lo que el debate queda centrado en la interpretación armónica de tres negocios jurídicos, que son ...” (107).

(106) Nada que objetar a esta metodología del Ponente. Sabido es que cada uno adopta su particular punto de vista ante un problema o caso: ‘tot homines, quot sententiae’.

En consecuencia, parece que nada habrá que objetar a mi peculiar punto de vista si —para comodidad o alivio del paciente lector— adopto un riguroso criterio *cronológico* en mi presentación.

(107) Son los hechos expuestos *en ap. 1) precedente* bajo las letras a), b), c).

• En F.J. 2.º comienza diciendo que “*Es doctrina jurisprudencial reiterada y sobradamente conocida que la interpretación de los negocios jurídicos es materia reservada a los Tribunales de Instancia y sólo puede ser combatida en casación cuando la propuesta contravenga las leyes de la razón y de la lógica o infrinja preceptos legales concretos. De entre las sentencias más recientes podemos citar la de 18.7.1991, en la que leemos: ‘es doctrina consolidada de esta Sala —como pone de relieve, entre otras, la sentencia de 3 de noviembre de 1989— la de que es preferente siempre la voluntad del testador sobre la estrictamente literal, constituyendo un deber del intérprete indagar y revelar la voluntad verdaderamente existente en el ánimo del causante en el momento en que efectuó el acto de disposición; pero esta actividad es un quehacer de la soberana incumbencia del Tribunal de instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, al extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria’.* La Sentencia de 25 de junio de 1991 nos enseña que ‘es reiterada doctrina de esta Sala, cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada, la de que la interpretación de los contratos es función propia del Tribunal de Instancia, cuyo resultado hermenéutico ha de ser mantenido y respetado en casación, a no ser que el mismo llegue a conclusiones ilógicas, desorbitadas, erróneas o que conculquen preceptos legales’: *nada de lo cual es predicable de la labor exegética llevada a cabo por la Sala.— QUIERE DECIRSE CON ELLO QUE NO DEBE PEDIRSE A ESTE TRIBUNAL SUPERIOR, A VIRTUD DEL RECURSO DE CASACIÓN, QUE ELJA entre la interpretación que hace el Juez de Primera Instancia y la de la Sala de Apelación, o entre cualquiera de las propuestas por los cuatro eximios juristas (108) que han dictaminado en autos de forma divergente.— LA INTERPRETACIÓN DE LA AUDIENCIA ES*

(108) Sería interesante conocer quiénes fueron éstos calificados como ‘eximios’ juristas y cuáles sus *divergentes* interpretaciones.

VINCULANTE, salvo que aquí quede demostrado que choca frontalmente con las leyes positivas o con las inderogables de la razón y de la lógica”.

• En F.J. 3.º sigue el Ponente aludiendo a la interpretación de la Audiencia y dice “La corrección de la labor hermenéutica de la Audiencia queda patentizada si rehacemos el itinerario LÓGICO (109) de los documentos mencionados en el primero de los fundamentos jurídicos.— ... (110) = a) ...= b) ...= c) ...”.

El Ponente dedica un comentario breve a LA RESEÑADA CLÁUSULA 8.ª de los capítulos de 1890 y dice “En la cláusula transcrita pueden distinguirse tres partes. Una primera en la que hace una serie de llamamientos sucesivos condicionando la entrada de los distintos herederos fiduciarios AL HECHO de carecer de hijos los llamados con anterioridad. A continuación dispone que los hijos de los premuertos ‘suceden en el lugar y derecho de su respectivo padre o madre en el modo y en la forma que éstos hubiesen dispuesto’. Finalmente, los venideros consortes manifiestan ser su voluntad, ‘que cualquiera de sus hijos o descendientes que sea heredero y muera dejando algún hijo que llegue a la edad de testar, pueda disponer en los bienes a su libre voluntad’.”

• El F.J. 4.º remacha esta interpretación, argumentando el Ponente que “La interpretación coherente de los documentos resumidos, a la luz del principio ‘IN DUBIO CONTRA FIDEICOMISSUM’, recogido implícitamente en el art. 165.1 de la Compilación de 1960 (hoy, arts. 187, 190 y concordantes del Codi de Successions), INDICA, EN SÍNTESIS, que los hijos de los premuertos sucedan a sus padres ‘en el modo y en la forma que éstos hubiesen dispuesto’, es decir, EN EL CASO QUE NOS OCUPA, ‘a sus libres voluntades’. El inciso final de la cláu-

(109) Por supuesto, en la lógica PERSONAL del Ponente: v. nota 106 anterior.

(110) Expone aquí con algún detalle el Ponente los documentos presentados anteriormente bajo letras a), b), c) en ap. I: si bien EN ORDEN INVERSO, según apunté.

sula 8.^a de las capitulaciones de 1890 *NO CONTRADICE esta interpretación. SU ALCANCE ESTÁ CIRCUNSCRITO a los descendientes que mueran con algún hijo en edad de testar, pero NADA DICE de los que están en el caso contrario. Si el heredamiento HUBIERE QUERIDO PRIVARLOS de la libre disposición de sus bienes LO HUBIERA DICHO ASÍ*, verbigracia indicando que solamente los que tengan hijos gozarán de tal libertad. *No es verosímil que un documento notarial tan minucioso y detallista adolezca aquí de omisión.*—= *La interpretación del heredamiento de 1928 a la luz del testamento de 1956 y de las capitulaciones de 1890 que hemos resumido SUPRA, y que con mayor lujo argumental desarrolla la sentencia recurrida, podrá ser discutida pero en modo alguno es contraria a la Ley o a las normas del buen criterio Y, POR TANTO, DEBE MANTENERSE EN CASACIÓN*”.

378

• El F.J. 5.^o RECHAZA el motivo 2.^o diciendo “*CIERTAMENTE ESTE MOTIVO PODRÍA PROSPERAR SI HUBIERE PREVALECIDO la exégesis propuesta por los demandados de los documentos que determinan los derechos hereditarios del actor. Manténida la interpretación de la Sala por las razones antes expuestas, los preceptos legales invocados no son de aplicación y por ello no han sido aplicados (sic).*—= *No se infringe el art. 780 C.c., ni el Derecho Romano en que se inspira, pues SI BIEN ES CIERTO que ‘el sustituto queda sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido’, NO ES MENOS CIERTO que a continuación el mismo precepto EXCEPCIONA ‘a menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, o que los gravámenes o condiciones sean meramente personales del instituido’.*—*TAMPOCO LA SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL DE CASSACIÓ DE CATALUNYA EL 13 DE JULIO DE 1936, TRANSCRITA ÍNTEGRAMENTE EN EL ESCRITO DE RECURSO, CONSTITUYE PRECEDENTE APLICABLE AQUÍ, pues en el supuesto de hecho contemplado en la misma FALTA una cláusula como la analizada precedentemente según la cual “los hijos de los premuertos suceden en el lugar y derecho de sus respectivos padre o madre ‘en el modo y en la forma que éstos hubie-*

sen dispuesto””. Sólo *en defecto de tal disposición* sucederán por el propio orden y bajo las mismas reglas y condiciones que los hijos de los otorgantes.—= *Finalmente, no hay infracción* de los arts. 164 y 171 de la Compilación de 1960, *pues SI BIEN ES CIERTO* que ‘el fideicomisario llamado que premuere no transmite nada a sus herederos’, *ELLO NO OBSTA A QUE EL HERETANT HAYA DISPUESTO UNA SUSTITUCIÓN VULGAR IN FIDEICOMISSO* en virtud de la cual el sustituto ocupa el lugar del fideicomisario premuerto”.—

• El F.J. 6.º analiza el *tercero y último motivo* del recurso, *que igualmente DESESTIMA*, diciendo que “La Ley 10/1992 de 30 de abril (BOE. de 5 de mayo) de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, en su art. 1.º.120 dá una nueva redacción al art. 1.692 LEC., *que elimina* el motivo de casación invocado. La *disposición transitoria segunda*, en su parte bastante, —sic— ordena que ‘los motivos en que se funde el recurso de casación *serán los determinados por la legislación VIGENTE en el momento* de la interposición del recurso’. La *disposición final quinta* prevé que ‘Esta Ley *entrará en vigor* al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado’.—*Si bien el recurso* fué ‘preparado’ antes de la reforma, fué ‘interpuesto’ después (el día 23 de junio del corriente año) y, *por tanto*, *DEBIÓ SER INADMITIDO en cuanto al TERCERO de sus motivos, INADMISIÓN QUE*, en el presente momento procesal, *SE TRANSFORMA EN CAUSA DE DESESTIMACIÓN*”.

III. Sistematización de las decisiones producidas

Una adecuada utilización del material producido por el T.S.J. de CATALUÑA parece debe inducir a una conveniente sistematización de las decisiones habidas. En aras de la conocida manera de hacer pandectista y *en función de la materia básica* subyacente en cada litigio (en íntima conexión con *la acción ejercitada* en la demanda), la sistematización referida podría agrupar las materias básicas tratadas en cada pleito, refiriéndolas a los *sectores* del ordenamiento jurídico siguientes:

- Derecho Procesal: tres sentencias.
- Parte General: una sentencia.
- Derechos Reales: cinco sentencias.
- Derecho de Obligaciones: trece sentencias.
- Derecho de Familia: cinco sentencias.
- Derecho de Sucesiones: trece sentencias.

— *Total sentencias: cuarenta.*

Resultará, en consecuencia, la distribución como sigue:

• DERECHO PROCESAL:

N.º 20. Sentencia de 31 JULIO 1991.

N.º 31. Sentencia de 7 ABRIL 1992.

N.º 33. Sentencia de 4 MAYO 1992.

• PARTE GENERAL:

N.º 30. Sentencia de 10 FEBRERO 1992.

• DERECHOS REALES:

N.º 3. Sentencia de 5 FEBRERO 1990.

N.º 10. Sentencia de 13 DICIEMBRE 1990.

N.º 19. Sentencia de 22 JULIO 1991.

N.º 27. Sentencia de 19 NOVIEMBRE 1991.

N.º 32. Sentencia de 25 ABRIL 1992.

• DERECHO DE OBLIGACIONES:

- N.º 4. Sentencia de 26 FEBRERO 1990.
- N.º 6. Sentencia de 7 JUNIO 1990.
- N.º 11. Sentencia de 20 DICIEMBRE 1990.
- N.º 12. Sentencia de 7 FEBRERO 1991.
- N.º 16. Sentencia de 29 MAYO 1991.
- N.º 17. Sentencia de 11 JULIO 1991.
- N.º 22. Sentencia de 7 OCTUBRE 1991.
- N.º 23. Sentencia de 22 OCTUBRE 1991.
- N.º 25. Sentencia de 31 OCTUBRE 1991.
- N.º 26. Sentencia de 12 NOVIEMBRE 1991.
- N.º 29. Sentencia de 30 ENERO 1992.
- N.º 34. Sentencia de 8 JUNIO 1992.
- N.º 38. Sentencia de 20 OCTUBRE 1992.

• DERECHO DE FAMILIA:

- N.º 8. Sentencia de 2 JULIO 1990.
- N.º 13. Sentencia de 18 FEBRERO 1991.
- N.º 18. Sentencia de 22 JULIO 1991.
- N.º 35. Sentencia de 6 JULIO 1992.
- N.º 76. Sentencia de 16 JULIO 1992 (111).

• DERECHO DE SUCESIONES:

- N.º 1. Sentencia de 4 DICIEMBRE 1989.
- N.º 2. Sentencia de 25 ENERO 1990.
- N.º 5. Sentencia de 28 MAYO 1990.
- N.º 7. Sentencia de 21 JUNIO 1990.
- N.º 9. Sentencia de 22 NOVIEMBRE 1990.
- N.º 14. Sentencia de 4 MARZO 1991.
- N.º 15. Sentencia de 21 MARZO 1991.

(111) La acción ejercitada por la mujer pretendía la disolución de la comunidad pro indiviso de determinados bienes, en tanto que el varón sostenía la nulidad por simulación. Prescindiendo de unas y otras consideraciones, entiendo que —más allá de los argumentos *formales* tendentes al debido encuadramiento sistemático— deben privar las motivaciones *de fondo*, atinentes básicamente a un tema clásico del “Derecho de Familia”: el relativo a las “Donaciones entre cónyuges”.

- N.º 21. Sentencia de 1 OCTUBRE 1991.
- N.º 24. Sentencia de 28 OCTUBRE 1991.
- N.º 28. Sentencia de 7 ENERO 1992.
- N.º 37. Sentencia de 3 SEPTIEMBRE 1992.
- N.º 39. Sentencia de 23 NOVIEMBRE 1992.
- N.º 40. Sentencia de 30 NOVIEMBRE 1992.

— *Total sentencias relacionadas:* CUARENTA.

Siempre dentro de esta sistematización pandectista, cabe observar el gran peso específico que tienen —dentro del total de decisiones aquí relacionadas— el conjunto de litigios en materia de Derecho de Obligaciones (*una cuarta parte*) y de Derecho de Sucesiones (*otra cuarta parte*), que agrupan *más* de la mitad de los supuestos objetos de decisión.

Teniendo en cuenta los puntos conflictivos de cada litigio —el supuesto de hecho subyacente, en su caso— y las instituciones civiles afectadas, puede observarse que:

382

- *En materia de DERECHOS REALES:*

Los supuestos afectan a los temas de accesión (n.ºs 19 y 32), servidumbre de luces y vistas (n.ºs 3 y 10), y censo enfiteútico (n.º 27).

- *En materia de DERECHO DE OBLIGACIONES:*

La incidencia de los supuestos de *rescisión por lesión* es enorme y abarca prácticamente todo este sector (n.ºs 4, 6, 11, 22, 26, 29, 34 y 38), quedando reducidos a valor testimonial los supuestos de compraventa 'a carta de gracia' (n.ºs 16 y 25), de arrendamiento con opción de compra (n.º 17), de deudores solidarios y cofianza (n.ºs 12 y 23).

- *En materia de DERECHO DE FAMILIA:*

Los supuestos de filiación no matrimonial (n.ºs 13, 18 y 35) son relevantes, sin que, por otra parte, el tema de donaciones entre cónyuges o convivientes sea de menor importancia (n.ºs 8 y 36).

• *En materia de DERECHO DE SUCESIONES:*

Los supuestos relativos a los *testamentos* —prácticamente todos notariales— son numerosos, quizá en exceso: n.º 7, 21 y 28.

Los supuestos de sustituciones fideicomisarias son escasos: n.ºs 24 y 40.

Los supuestos relativos a *legados* (y asimilados) son menores: n.ºs 1 y 2.

Los supuestos relativos a *legítimas* son escasos: n.ºs 14, 15, 37 y 39.

Los supuestos relativos a *Heredamientos* también son poco numerosos: n.ºs 5 y 9.

Una vez procedido a esta agrupación temática y sectorial, cabe añadir aquí que no he procedido a un examen detenido de cada uno de los supuestos litigiosos, por las razones más arriba apuntadas y que básicamente se reducen a la consideración eminentemente divulgativa e informativa de este trabajo.

Remito a los comentarios de la doctrina a aquel curioso lector que quisiera un mayor detenimiento en uno u otro aspecto de cada supuesto litigioso de los aquí contemplados —o de materias conexas al tema en fallos del Tribunal Supremo de España— (112).

383

(112) • Respecto de instituciones civiles catalanas, en supuestos litigiosos *resueltos por nuestro Tribunal Supremo*, ver:

—GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C.: “Comentario a sentencia de 7 de Marzo de 1990”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (CCJC)*, n.º 22, Enero-Marzo 1990, págs. 333 ss.

—FERRER RIBA, J.: “Comentario a sentencia de 5 de Marzo de 1990”, en *CCPJ*, n.º 23, Abril-Agosto 1990, págs. 507 ss.

—AMAT LLARI, M. E.: “Comentario a sentencia de 17 de Abril de 1990”, en *CCPJ*, n.º 23, Abril-Agosto 1990, págs. 607 ss.

—PARA MARTÍN, A.: “Comentario a sentencia de 11 de Junio de 1990”, en *CCPJ*, n.º 23, Abril-Agosto 1990, págs. 735 ss.

—VAQUER ALOY, A.: “Comentario a sentencia de 24 de Abril de 1991”, en *CCPJ*, n.º 26, Abril-Agosto 1991, págs. 513 ss.

—ARROYO AMAYUELAS, E.: “Comentario a sentencia de 12 de Junio de 1991”, en *CCPJ*, n.º 26, Abril-Agosto 1991, págs. 671 ss.

—AMORES CONRADI, M.: “Comentario a sentencia de 4 Noviembre 1991”, en *CCPJ*, n.º 26, Abril-Agosto 1991 (a tener en cuenta que la fecha de aparición de este n.º *¡fué en Abril de 1992!*), págs. 1.057 ss.

IV. Técnicas argumentativas de los Magistrados Ponentes

1. Expuestas las decisiones jurisprudenciales por riguroso orden cronológico y agrupadas sistemáticamente, parece aquí conveniente presentar en forma esquemática la manera de operar de cada Magistrado Ponente o, lo que es lo mismo, cuál sea la técnica argumentativa en cada caso utilizada.

La precedente ordenación sistemática nos va a facilitar el recurso al conjunto o grupo de instituciones civiles afectadas, de forma que —desde mi punto de vista particular— va a primar más la referencia *objetiva* o temática que la alusión *subjetiva* al Ponente.

Obviamente esta visión de conjunto puede facilitar una

• Respecto de los supuestos litigiosos en este trabajo relacionados, *resueltos por el T.S.J. de Cataluña*, ver:

—EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Jurisprudència del Tribunal Superior de Catalunya: Comentari a la sentència de 4 de desembre de 1989. Dret a la quarta vidua i any de plor”, en *R.J.C.*, n.º 2, 1990, págs. 481 ss.

—VENDRELL FERRER, E.: “Jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya: Comentari a la sentència de 25 de gener de 1990. Lliurament i possessió de llegats: legitimació i litisconsorci; prescripció extintiva; costes”, en *R.J.C.*, n.º 3, 1990, págs. 799 ss.

—RIBOT i IGUALADA, J.: “Rescissió per llesió i expectatives urbanístiques: l’aleatorietat d’allò adquirit i el càlcul del preu just”, en *R.J.C.*, n.º 2, 1992, págs. 305 ss.

—RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Nueva jurisprudencia sobre reclamación de filiación en derecho catalán (comentario de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 18 de Febrero y 22 de Julio de 1991)”, en *R.J.C.*, n.º 2, 1992, págs. 409 ss.

—FORNER i DELAYGUA, J. J.: “La rescisión ‘ultra dimidium’ en el Derecho Interregional español. Comentario a la sentencia del T.S.J. de Catalunya, Sala de lo Civil, 7 Octubre 1991 (Ponente: D. Jesús Corbal Fernández)”, en *R.J.C.*, n.º 3, 1992, págs. 789 ss.

—PUIG FERRIOL, L.: “La casación civil ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (1989-1990)”, en *A.D.C.*, Tomo XLVI, Fascículo II, Abril-Junio MCMXCIII (1993), págs. 489 y sigs.

• Respecto del tema específico de *autonomía y justicia en Cataluña*, ver el volumen edit. por el C.G.P.J., Impr. Closas-Orcóyen, S.L., Paracuellos de Jarama (Madrid), 1991, titulado “Autonomía y Justicia en Cataluña. Seminario organizado por el Consejo General del Poder Judicial, el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. (Barcelona, 9 y 10 Mayo 1991)”, *espec.* págs. 55 ss., 65 ss., 117 ss. y 125 ss.

perspectiva de calidad diferente, perspectiva que, como es usual, no pretende ser la mejor, sino una entre otras más de las variables a escoger.

Hechas estas consideraciones, entiendo también procedente en este lugar una remisión a una doctrina autorizada entre nosotros, que presenta (113) la *conexión* entre interpretación y razonamiento jurídico y reconoce que —junto a la lógica genuina o estricta— existe la ‘nueva retórica’ o *arte de la argumentación*. Para L. Díez-PICAZO el razonamiento jurídico no busca una demostración, sino una argumentación. En este ‘arte de la argumentación’ se usan razonamientos que, en rigor, son extralógicos o metalógicos. Por ello el autor citado entiende que básicamente *hay tres tipos* de razonamientos jurídicos: los lógicos en sentido estricto, los dialécticos y los retóricos o persuasivos.

Interesa también aquí una ulterior remisión a las novísimas aportaciones doctrinales en orden a la *argumentación jurídica* (114), lo que me exime de otras consideraciones complementarias.

(113) V. Díez-PICAZO, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, ed. Ariel, 1.^a edición, Esplugues de Llobregat (Barcelona), 1973, págs. 239 ss., 257 ss., espec. 263 ss. y 276 ss.

(114) Entre las recientes aportaciones de los autores, cabe citar aquí las siguientes en lengua española, cronológicamente expuestas:

- J. A. GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópica jurídica*, 1.^a edición, ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 173 ss., 244 ss., y 290 ss.

- R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica (la Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, traducción de M. ATIENZA e I. ESPEJO, ed. ‘Centro de Estudios Constitucionales’, Madrid, 1989, espec. págs. 203 ss.

- A. AARNIO, *Lo racional como razonable (Un tratado sobre la justificación jurídica)*, versión castellana de E. GARZÓN VALDÉS, revisión de E. GARZÓN VALDÉS y R. ZIMMERLING, ed. ‘Centro de Estudios Constitucionales’, Madrid, 1991, esp. págs. 207 ss.

- M. ATIENZA, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, ed. ‘Centro de Estudios Constitucionales’, Madrid, 1991, págs. 49 ss. y 235 ss.

- C. E. ALCHOURRON y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Prólogo de G. H. von WRIGHT, ed. ‘Centro de Estudios Constitucionales’, Madrid, 1991, págs. 3 ss., 25 ss., 169 ss., 303 ss., 331 ss., 355 ss. y 465 ss.

- T. VIEHWEG, *Tópica y filosofía del derecho*, traducción de J. M. SEÑA, revisión de E. GARZÓN VALDÉS y R. ZIMMERLING, edit. Gedisa, S.A., 1.^a edición, Barcelona, 1991, págs. 15 ss., 99 ss., 114 ss., 141 ss., 150 ss., 163 ss., 176 ss. y 196 ss.

Me parece también oportuno recordar aquí la reflexión del maestro J. CARBONNIER

“...¿Qué nos gustaría a nosotros saber del juez? *Nos gustaría* saber qué es lo que hace que el juez juzgue como juzga” ... (115)

Actividad judicial ésta de los Magistrados Ponentes que, bien es sabido, se corresponde exactamente con un método *dialéctico*, que confronta opiniones e informaciones y tiende a hacer descubrir la solución más justa posible: como dijera M. VILLEY (116), es una lógica, no de lo necesario, sino de lo probable y de lo conveniente. En el ejercicio de su actividad, en cada caso, el Ponente se ha servido de criterios y de modos de pensar *lógicos* (reglas de inferencia) y de *juicios de valor* acerca de los términos y categorías jurídicas susceptibles de varias interpretaciones. De todo lo cual resulta un cúmulo de *estilos y modos de argumentación* a disposición del Ponente cuando resuelve el litigio (117):

386

• L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, ed. 'Centro de Estudios Constitucionales', Madrid, 1992, págs. 99 ss., 129 ss., y 162 ss.

• L. FIGA FAURA, *Lógica, tópica y razonamiento jurídico*, (Discurso leído el día 7 de junio de 1993 en el acto de su recepción pública como Académico de Número por el Excmo. Sr. Don Luis Figa Faura, y discurso de contestación del Académico Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo), Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Imprenta Aguirre, Madrid, 1993, págs. 23 ss. y 153 ss.

(115) J. CARBONNIER, “Del *gay* saber al saber: para una sociología del juez”, Capítulo del volumen titulado *Derecho Flexible (Para una sociología no rigurosa del Derecho)*, traducción de la 2.ª edición francesa y Prólogo de L. Díez-PICAZO, edit. Tecnos, Madrid, 1974, págs. 341 ss. (el subrayado es del mismo autor, en el texto transcrito).

(116) Así, en MICHEL VILLEY, *Philosophie du droit*, Tomo 2, ‘Les Moyens du Droit’, 2.ª ed., París, Dalloz, 1984, págs. 29 ss.

(117) Para Díez-PICAZO, v. *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1966, Volumen 1.º (Parte General y Derecho de Obligaciones), Prólogo, pág. 34: “El T.S. no decide nunca de una manera directa el pleito planteado. Directamente, el T.S. lo único que hace es pronunciarse sobre un recurso de casación interpuesto contra la sentencia definitiva del Tribunal ‘a quo’ que, en rigor de conceptos, ha puesto ya fin al pleito” (subrayados míos: J. C. G.).

argumentos tópicos, retóricos, dialécticos, deductivos, hermenéutico-teleológicos (118), etc.

Todo lo cual no va a bastar muchas veces. El Ponente ha tenido que ir —más allá de los factores *normativos* propiamente dichos— a una reflexión *axiológica-sociológica* de las normas y a la puesta en conexión de esa reflexión con los intereses en juego en el caso concreto litigioso. Lo que va a comportar, en muchos casos, una referencia necesaria a los ‘principios generales del derecho’ que traducen los valores éticos y políticos compartidos en esa sociedad y en ese período histórico concreto.

2. Habida cuenta de las precedentes consideraciones, parece pueden resumirse las maneras argumentativas de los señores Magistrados Ponentes, siempre *en función de las instituciones jurídico-civiles* afectadas, como sigue:

387

• **DERECHO PROCESAL:**

N.º 20. *Sentencia de 31 JULIO 1991*: el F.J. 2.º desarrolla un argumento deductivo-positivista en torno al art. 1.796-1.º LEC. A mi modo de ver, el *inciso final* de este F.J. contiene un argumento ‘ad abundantiam’.

N.º 31. *Sentencia de 7 ABRIL 1992*: el F.J. 2.º resuelve el gran tema de cuál era el último domicilio conyugal en función de un argumento fáctico-sociológico basado en la valo-

(118) V. Valentín PETEV, “Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence”, en el volumen ‘La Jurisprudence’ de la revista ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, Tomo 30, titulado *La Jurisprudence*, ed. Sirey, París, 1985, págs. 181 ss., especialmente p. 183.

V. también las muy importantes obras de:

• JOSEF ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1970, págs. 65 ss., 103 ss.

• O. WEINBERGER, ‘Logische Analyse’ in der Jurisprudenz”, Berlín, 1979, págs. 38 ss.; *Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation*, de W. KRAWIETZ y R. ALEXI, Berlín, 1983, p. 185.

• H. G. GADAMER, “Hermeneutik als Theoretische und praktische Aufgabe”, en *Rechtstheorie*, 1978, págs. 257-274.

• S. JORGENSEN, “Hermeneutik und Auslegung”, en *Rechtstheorie*, 1978, págs. 65-72.

ración de la prueba practicada en la instancia. El mismo tipo de argumento fáctico en F.J. 3.º decide la competencia del Juzgado pertinente.

N.º 33. *Sentencia de 4 MAYO 1992*: el F.J. 1.º resuelve el tema de la impugnación de las partidas de la minuta de costas utilizando un argumento deductivo-comparativo basado en diferentes resoluciones jurisprudenciales en torno al art. 424 LEC.

- **PARTE GENERAL:**

N.º 30. *Sentencia de 10 Febrero 1992*: el F.J. 2.º presenta un argumento de tipo fáctico (en orden al documento aportado y el error en la apreciación de la prueba) basado en la valoración de la prueba practicada en la instancia. El mismo tipo de argumentación fáctica, basada en la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia, aparece en el F.J. 4.º, en orden a la aplicación de las normativas estatal (Ley de 31.5.1981) y catalana (Ley 8/1988 de 7 de abril) sobre el Deporte.

Un argumento dialéctico, de corte dogmático-jurídico, aparece en F.J. 3.º en orden a la distinción entre nulidad y anulabilidad y al plazo para el ejercicio de la acción y su cómputo.

- **DERECHOS REALES:**

- **Accesión.**

En la *Sentencia de 22 de julio de 1991* (n.º 19), la argumentación que rechaza el recurso de los demandados descansa en la valoración de la prueba practicada en la instancia, esto es, de tipo fáctico (determinación de linderos, inmatriculación, abuso de derecho, valoración de la prueba). En cuanto al recurso del demandante, que es acogido, la argumentación —además de determinados aspectos fácticos (valoración de la prueba efectuada)— es primordialmente de tipo deductivo, comparativo-positivista (arts. 364 y 361 C.c. v. art. 278 CDC. CAT.) y docente (requisitos exigidos para la accesión invertida).

En la *Sentencia de 25 abril 1992* (n.º 32), la argumentación de tipo *fáctico* (valoración de la prueba efectuada por las dos sentencias de instancia) predomina en orden a la denuncia de incongruencia (F.J. 1.º), a la prueba de confesión judicial (F.J. 2.º), a las argumentaciones no combatidas de la sentencia recurrida sobre las mejoras (F.J. 3.º) y al transcurso del tiempo (F.J. 4.º). Hay otras argumentaciones de tipo demostrativo, reiterando decisiones jurisprudenciales precedentes del T.S. (S. de 15.3.1991), en F.J. 2.º También hay argumentos de tipo deductivo en F.J. 3.º en orden al valor de las mejoras y al art. 278 CDC. CAT. Finalmente, en orden a la interpretación para el cálculo de las mejoras (F.J. 4.º), son decisivos los argumentos basados en la dogmática jurídica (nominalismo v. realismo) y en la idea de equidad (actualización del valor de materiales y jornales empleados, cotejo con el precedente de la decisión del T.S. en S. de 4.3.1892).

389

•• *Servidumbre de luces y vistas.*

Del cotejo entre las decisiones que resultan de las SS. de 5 febrero 1990 (n.º 3) y 13 diciembre 1990 (n.º 10), aparecen algunas ideas interesantes. En la S. de 13 diciembre 1990 (n.º 10) predominan los argumentos de tipo deductivo en todos los FFJJ. y constituyen ejemplos claros de menciones 'ad abundantiam' las alusiones argumentales sobre presunciones (F.J. 3.º), documentos auténticos (F.J. 4.º) y 'successio possessionis' (F.J. 5.º): el argumento decisivo, en orden a la interpretación del art. 283 CDC. CAT., es el de la constitución de la servidumbre *por virtud de título escrito* (y no por usucapión). En la S. de 5 febrero 1990 (n.º 3), sin embargo, la densidad y complejidad de la argumentación radica en la *premisa* (F.J. 2.º) de la calificación jurídica del contrato subyacente de 'cesión de suelo a cambio de vuelo', de cuya premisa arrancan los argumentos posteriores; la argumentación empleada en este F.J. 2.º es variada, bien de tipo dogmático-jurídico (empleo de los cánones técnico, te-

leológico, deductivo y de la totalidad o sistematicidad), bien ‘ad abundantiam’ (“... para disipar cualquier sombra de duda que pudiera restar, debe añadirse que”...), bien de conveniencia u oportunidad ‘política’ (“... en este precepto —art. 541 C.c.— se regula una institución ajena al Derecho Catalán y a su sistema jurídico —sic—, problemática que ... resulta especialmente inoportuna, al no ser prudente intervenir en un debate prelegislativo cuando la decisión del caso no exige una toma de postura...”), bien de tipo *contradictorio* con otros argumentos posteriores; hay también argumentos de tipo deductivo-positivista en *FFJJ.* 5.º y 6.º, y otro comparativo-fáctico en *F.J.* 4.º (en orden a la prueba). Pero el *F.J.* 3.º es el fundamental porque, además de contener la ‘ratio decidendi’ (en orden al *consentimiento previo* en el título que era el documento privado litigioso), presenta una variada gama de argumentos: ‘ad abundantiam’, crípticos (“sin que el hecho de que...”), ‘ad exemplum’ (art. 1029 C.c. italiano), fácticos (valoración por la Sala sentenciadora de la prueba de presunciones), de tipo dogmático y jurídico-técnico en orden a la *declaración de voluntad* y sus diversas formas de expresión, y uno *radicalmente CONTRADICTORIO con el del F.J.* 2.º (“... no obstante lo razonado ... es evidente la existencia del derecho real de servidumbre a favor del piso de los demandados...”).

•• *Censo enfiteútico.*

La *sentencia de 19 noviembre 1991* (n.º 27) contiene un *F.J.* 3.º, *decisivo* en orden a la valoración e interpretación jurídica de los documentos aportados a los autos, con argumentos de tipo *dogmático-deductivo* (sobre la interpretación del contrato litigioso) y de tipo *fáctico* (sobre la valoración de la prueba efectuada por las sentencias de instancia). El *F.J.* 4.º parece complementario, con argumentos dogmático-positivistas sobre la interpretación del art. 1.302 C.c., las cláusulas del contrato y la apreciación de la prueba.

• DERECHO DE OBLIGACIONES.

•• *Rescisión por lesión u.d.*

Un cotejo detenido de los numerosos supuestos litigiosos permite la agrupación de técnicas argumentativas en esta materia. Así, v. gr.:

—El argumento *histórico* es desarrollado con amplitud y detenimiento en las *SS. de 26 febrero 1990* (n.º 4) y de *20 diciembre 1990* (n.º 11): el *F.J. 2.º DE LA PRIMERA* subraya la posición de los autores medievales (BARTOLUS, ACCURSIUS) en orden a la consideración del ‘precio justo’ como aquel por el que puede venderse una cosa no *singulariter* sino *communiter*, estimación referida siempre a un determinado lugar y tiempo. El *F.J. 2.º DE LA SEGUNDA* contiene asimismo un desarrollo impecable historicista de la materia, no decantándose a favor ni en contra de criterio alguno, y con una argumentación conclusiva impecable.

—El argumento *dogmático-jurídico* es utilizado usualmente en diversos casos: así, en orden al fundamento de la institución, es desarrollado en *F.J. 3.º de la Sentencia de 20 diciembre 1990* (n.º 11); en orden a la vecindad civil como punto de conexión, en el *F.J. 1.º de la S. de 7 octubre 1991* (n.º 22); en orden a la interpretación del sistema español de transmisión en virtud de contrato, en *F.J. 3.º de la S. 7 octubre 1991* (n.º 22); en orden a la corresponsividad de prestaciones, en *F.J. 4.º de la S. 7 octubre 1991* (n.º 22); en orden a la congruencia, en *F.J. 2.º de la S. de 12 noviembre 1991* (n.º 26); en orden a la causa parcialmente gratuita del contrato (‘negotium mixtum cum donatione’), en *F.J. 2.º de la S. de 12 noviembre 1991* (n.º 26) y en *F.J. 2.º de la S. 8 junio 1992* (n.º 34), todo ello en relación con el fundamento *objetivo* de la rescisión por lesión u. d.; en orden a la calificación del negocio jurídico básico subyacente al supuesto litigioso (dación en pago de deuda), en *FFJJ. 2.º y 3.º de la S. de 7 junio 1990* (n.º 6); y en orden a la remisión del art. 16 C.c., en relación con las normas de

‘Derecho Internacional Privado’, en F.J. 3.º de la *S. de 30 enero 1992* (n.º 29).

— El argumento *fáctico*, basado en la valoración de la prueba efectuada en la instancia, es abundantemente utilizado. Así, v. gr.: en *S. 26 febrero 1990* (n.º 4), en FFJJ. 3.º y 5.º; en F.J. 4.º de *S. 20 diciembre 1990* (n.º 11); en F.J. 2.º de *S. 7 octubre 1991* (n.º 22); en FFJJ. 2.º, 3.º, 5.º, 6.º y 7.º de *S. 20 octubre 1992* (n.º 38); en FFJJ. 2.º, 3.º y 4.º de *S. 12 noviembre 1991* (n.º 26); en F.J. 2.º y 3.º B y D de *S. de 30 enero 1992* (n.º 29).

— La argumentación *deductiva* es usada: en el F.J. 5.º de la *S. 26 febrero 1990* (n.º 4); en el F.J. 4.º de la *S. 20 diciembre 1990* (n.º 11) (sobre el valor *en venta* al tiempo del contrato, en relación con el art. 323-2 CDC. CAT.); sobre el art. 1.461 C.c. en F.J. 6.º de la *S. 20 octubre 1992* (n.º 38); sobre el aspecto ‘confrontativo’ del valor estimado como ‘justo precio’ en relación con el art. 323-2 de CDC. CAT., en F.J. 2.º de *S. de 20 octubre 1992* (n.º 38); en orden a la prueba de presunciones, en F.J. 3.º de *S. de 8 junio 1992* (n.º 34); y en orden al cómputo para el ejercicio de la acción Pauliana, en el F.J. 3.º-B, de la *S. de 30 enero 1992* (n.º 29).

— El argumento ‘ *ex abundantia*’ es usado: en F.J. 4.º de la *S. de 20 diciembre 1990* (n.º 11) y en F.J. 3.º de *S. 7 junio 1990* (n.º 6).

— El argumento *teleológico* o *finalista* es usado: en F.J. 3.º de la *S. de 7 junio 1990* (n.º 6) en orden a la finalidad del acto de dación en pago de deuda.

— El argumento *formalista*, derivado de razones *procesales*, es utilizado ampliamente. Así, v. gr.: en FFJJ. 1.º y 4.º de la *S. de 7 octubre 1991* (n.º 22); en FFJJ. 5.º y 6.º de *S. de 20 octubre 1992* (n.º 38); en F.J. 2.º de *S. 12 noviembre 1991* (n.º 26) en orden a las sentencias absolutorias y su relación con la presunta incongruencia; en F.J. 3.º de la *S. 7 junio 1990* (n.º 6); y en F.J. 3.º de *S. de 8 junio 1992* (n.º 34), en orden a la prueba de presunciones (art. 1.249

C.c.) y al principio de inversión de la carga de la prueba (art. 1.214 C.c.) y las excepciones al principio general de rescisión por lesión.

•• *Compraventa 'a carta de gracia'.*

— El argumento *deductivo* es profusamente utilizado en la *S. de 29 mayo 1991* (n.º 16), en los FFJJ. 1.º (sobre la legislación aplicable al supuesto), 4.º y 5.º (prueba de presunciones).

— El argumento *discursivo-docente*, de alto valor doctrinal, se contiene en la *S. de 29 mayo 1991* (n.º 16), en sus FFJJ. 2.º, 3.º y 6.º, en relación con la finalidad actual del “empenyorament” y la conexión con el pacto comisorio y el art. 1.859 C.c.

— El argumento del ‘precedente’ jurisprudencial es usado en la misma *S. de 29 mayo de 1991* (n.º 16), en los FFJJ. 1.º, 3.º y 7.º (T.S., S. de 8 octubre 1981).

— El argumento *fáctico*, derivado de la valoración de la prueba practicada en la instancia, es usado en F.J. 8.º de la *S. de 29 mayo 1991* (n.º 16) y muy profusamente en la *S. de 31 de octubre 1991* (n.º 25).

— El argumento *formalista*, de tipo *procesal*, es usado en FFJJ. 2.º y 3.º de *S. 31 octubre 1991* (n.º 25) en orden a la calificación en autos del negocio jurídico litigioso.

•• *Arrendamiento con opción de compra.*

Dedicada la *S. de 11 julio 1991* (n.º 17) a este instituto, contiene en sus FFJJ. variadas técnicas argumentativas. Así, v. gr.: la *comparativa* (sentencia recurrida v. recurso, sistema del C.c. v. caso litigioso), la *discursiva-docente*, la *deductiva* y la *formalista* (procesal).

•• *Deudores solidarios y cofianza.*

Materia ésta aparentemente de poca o nula conexión con el antaño llamado “Derecho Foral” (en nuestro caso con el ‘Derecho Civil Catalán’), pero cuya incidencia es notable y

casi siempre derivada de la firma de las llamadas “pólizas de crédito” y de la conexión con el *estatuto personal y sucesorio* del firmante, a su vez en relación con la vecindad civil o ‘regionalidad’ del mismo.

Las dos sentencias recogidas en mi *RELACIÓN* son enormemente interesantes, conteniendo argumentaciones de alto valor doctrinal y referencias a instituciones jurídico-privadas prototípicas del Derecho de Obligaciones español.

En la *S. de 7 febrero 1991* (n.º 12), el tema básico de fondo —el pago de la deuda por los herederos de uno de los cofiadores— no se discute en cuanto al *qué* o al *porqué*, sino en cuanto al *cómo* y al *quién*. O, de otro modo dicho, hay dos puntos clave: *uno*, que *la viuda* del cofiador, en tanto que legataria de usufructo, no es heredera del causante (cofiador); *otro*, que *los herederos* de un cofiador de regionalidad catalana, responden de las deudas del causante pero al modo catalán (responsabilidad mancomunada o parciaria: art. 100 CDC. CAT.) y *no* al modo castellano o del Código civil (responsabilidad solidaria: art. 1.084 C.c.). La argumentación del Magistrado Ponente, Dr. PUIG i FERRIOL, es variada, predominando el argumento de tipo *técnico-jurídico, deductivo y docente* (FF.JJ. 3.º, 4.º y 6.º) alusivo a los temas: del legatario de usufructo y la responsabilidad por deudas del causante, de la extinción de la fianza por novación y el contrato de asunción de deuda (punto en orden al cambio de un deudor sin el consentimiento del acreedor, y el art. 1.205 C.c.), y de la responsabilidad de los herederos del causante cofiador cuando éste es catalán. Hay, además, el recurso al argumento *fáctico* (F.J. 5.º) derivado de la valoración de la prueba efectuada en la instancia y en relación con la interpretación del art. 1.845 C.c. y el pago de intereses, sobre el pago y cálculo de los intereses moratorios.

En la *S. de 22 octubre 1991* (n.º 23) el gran tema de fondo —el pago de la deuda por los herederos de la madre causante, deudora solidaria (con su marido, heredero distri-

buidor designado en testamento), tras el juicio ejecutivo pertinente— era muy debatido, en conexión con el tema de si el viudo (codeudor solidario) había hecho o no uso de las facultades de distribución de los bienes relictos entre los hijos herederos. El Ponente recurre a una variadísima argumentación, que descansa en razonamientos: de tipo *técnico-jurídico* y de gran valor dogmático (acción subrogatoria, en conexión con el ejercicio u omisión de la facultad de distribución por el viudo) en F.J. 5.º; de tipo *comparativo-deductivo-positivista*, en el mismo F.J. 5.º; de tipo *fáctico*, de valoración de la prueba practicada en la instancia, en cuanto a los puntos de las distintas pruebas y su apreciación (F.J. 2.º y 4.º, y 5.º in fine), a la aplicabilidad del art. 1.111 C.c. sobre la acción subrogatoria (F.J. 3.º) y a la prueba del ejercicio de la facultad de distribución (F.J. 5.º); y de tipo *formalista*, procesal, en orden al resultado de las pruebas en las instancias (FFJJ. 2.º y 3.º).

395

• DERECHO DE FAMILIA.

•• Filiación no matrimonial.

La sentencia que abría el camino fué la de 18 febrero 1991 (n.º 13) y a ella siguieron —tomándola como *precedente* inmediato— las de 22 julio 1991 (n.º 18) y la de 6 julio 1992 (n.º 35). La variada argumentación de los Magistrados Ponentes recurre a las siguientes vías: el razonamiento *retórico-deductivo*, usado, de un lado, en orden a cuál sea la legislación aplicable al caso, legitimación del padre demandante y posesión de estado de hijo extramatrimonial (FFJJ. 2.º, 3.º en parte, y 5.º de la S. de 18 febrero 1991 —n.º 13—); de otro lado, en orden a la interpretación de los arts. 4 y 5 CD. CAT. 1960 y a la prueba de presunciones o ‘indicios’ (FFJJ. 3.º y 6.º de S. 22 julio 1991 —n.º 18—); y, de otro lado, en orden a la interpretación del ordenamiento jurídico de Cataluña —sic— *vigente*, esto es, arts. 11 y DISP. TR. 1 y 3 de la Ley 7/1991 de 27 abril

sobre Filiaciones y los principios de la verdad biológica y del ‘favor filii’ en la investigación de la paternidad o maternidad (FFJJ. 1.º y 3.º de *S. 6 julio 1992* —n.º 35—). El razonamiento basado en la jurisprudencia *integradora* que acude a suplir los posibles vacíos normativos es usado en el F.J. 3.º de la *S. 18 febrero 1991* (n.º 13). Un razonamiento de tipo *aclaratorio-explicativo* es usado en F.J. 3.º de la misma *S. de 18 febrero 1991* (n.º 13). Un argumento de tipo *comparatista*, de cotejo con SS. del T.S. (de 5 noviembre 1987 y de 23 febrero 1990), es usado en F.J. 4.º de la *S. de 18 febrero 1991* (n.º 13). El argumento *fáctico*, derivado de la valoración de la prueba efectuada en la instancia, es usado en F.J. 5.º de *S. 18 febrero 1991* (n.º 13), en F.J. 5.º de *S. 22 julio 1991* (n.º 18) en cuanto a los elementos definidores de la llamada “posesión de estado” y a la resistencia de la madre demandada a que se practicaran las pruebas biológicas, y en F.J. 5.º de la *S. de 6 julio 1992* (n.º 35) en orden a la prueba de presunciones. El argumento ‘ex abundancia’ es usado en FFJJ. 4.º y 5.º de la *S. 18 febrero 1991* (n.º 13). El argumento o canon *historicista* es simplemente aludido en F.J. 3.º de *S. 6 julio 1992* (n.º 35), y ampliamente desarrollado en F.J. 4.º de *S. 22 julio 1991* (n.º 18) en cuanto a la “tradición jurídica catalana” en la materia. El argumento *técnico-jurídico positivista* es aludido en F.J. 4.º de *S. 22 julio 1991* (n.º 18), y desarrollado en su vertiente *dogmática* en los FFJJ. 2.º y 4.º de *S. 6 julio 1992* (n.º 35) en cuanto a la tradición jurídica catalana, su entronque con la Ley de 27.4.1991, el principio de retroactividad de las leyes y la legitimación procesal activa (principio ‘perpetuatio legitimationis’). Los argumentos de tipo *formalista*, procesal, son usados en la *S. de 6 julio 1992* (n.º 35) en sus FFJJ. 1.º y 6.º, éste en cuanto a la falta de realización de las pruebas biológicas y la jurisprudencia aplicable citada (T.S., SS. de 3 diciembre 1991 y 25 enero 1992).

•• *Donaciones entre convivientes no casados.*

Interesante caso el resuelto por la S. de 2 julio 1990 (n.º 8), con recurso a variados razonamientos: el argumento *histórico* es aludido tangencialmente, en orden a las denominadas “donaciones esponsalicias” del art. 17 CDC. CAT. 1960, en F.J. 5.º El argumento *comparativo*, de cotejo de las sentencias de primera y segunda instancia, de aplicación de la normativa legal en tema de presunciones y de referencia a la doctrina de los actos propios, es usado en los FFJJ. 3.º, 4.º y 5.º El argumento *fáctico*, de tipo *didáctico-aclaratorio*, es usado como punto de partida en F.J. 1.º El argumento *técnico jurídico, deductivo*, es aplicado a la concepción pretendida por el varón de tratarse de un negocio fiduciario, poniendo de relieve las diferencias entre simulación relativa y negocio fiduciario, en F.J. 2.º Finalmente, argumentos *formales, procesales*, de FFJJ. 2.º y 4.º, aluden al cotejo de los razonamientos de las sentencias de primera y segunda instancia, al efecto *positivo* de la cosa juzgada que implicaba el pleito anterior entre los mismos litigantes de éste, a la volubilidad procesal del recurrente en uno y otro pleito sosteniendo argumentos distintos para el mismo acto jurídico, a la presunción del móvil de ‘donación’ implícita en la convivencia y a la declaración del Juzgado de “constituir donaciones plenamente válidas” (verdadera ‘ratio decidendi’ del caso).

397

•• *Donaciones entre cónyuges catalanes.*

La *Sentencia de 16 julio 1992* (n.º 36), presentada en forma esquemática por las razones más arriba indicadas, es un hermoso ejemplo de Jurisprudencia *integradora*, en un camino interpretativo recorrido por el Ponente Dr. PUIG FERRIOL y jalonado de variada argumentación. A los razonamientos de tipo *fáctico* (derivado de la valoración de la prueba) y *procesal* (cotejo de las sentencias de instancia), van referidos los FFJJ. 3.º, 4.º y 5.º, de un lado, y 6.º, 8.º y 12.º, de otro lado. Pero *FUNDAMENTALMENTE* el argumento

utilizado como llave maestra es el *técnico-jurídico*, del tipo *dogmático-docente*, con una perfecta vía discursiva que comienza por el planteamiento de *la gran cuestión de fondo* de cuál sea la calificación adecuada en Derecho para el título adquisitivo de 1973 articulado en forma de compraventa a favor de los cónyuges por mitades indivisas; continúa con *la segunda cuestión*, relativa a cuál sea la adquisición de uno u otro cónyuge en función de la vía utilizada; sigue con *la tercera cuestión*, sobre cuál deba ser la normativa aplicable a tal adquisición (donación encubierta de la mitad del piso, válida según la ley y la doctrina del T.S., SS. de 23.9.1989 y de 22.1.1991); continúa con el *tema* de la ausencia normativa de disposiciones transitorias acerca de la modificación del régimen económico matrimonial (o de las donaciones entre cónyuges, antes nulas y hoy válidas, según la ley); sigue con el *problema* de la determinación de la retroactividad o no de las *normas catalanas* en el momento *vigentes* (*problema de alcance general*, entiende, y por tanto aplicable al Derecho español); y finaliza con el *tema* subsiguiente en orden a la diferenciación acerca de si el contenido de las relaciones jurídicas obedece al principio de autonomía de la voluntad o si es predeterminado por la ley. Argumentación de enorme valor, que prestigia al Ponente. Argumentación merecedora de alguna reflexión, que dejo para otro lugar.

• DERECHO DE SUCESIONES.

•• Testamentos.

De incluir en el apartado los supuestos de interpretación de determinadas cláusulas testamentarias (sustituciones, legados, ...), se llegaría a más de la mitad del total de supuestos. Siendo hechos probados que *EN TODOS LOS SUPUESTOS LITIGIOSOS SE TRATABA DE TESTAMENTOS OTORGADOS ANTE NOTARIO*, parece importante y transcendente hacer constar aquí —como reflexión inicial personal del firmante— la especiali-

sima atención que debiera ponerse en todo testamento por el Notario autorizante.

Dicho esto, la consideración merecida a los Magistrados Ponentes ha sido *EN TODOS LOS CASOS* altísima y de gran respeto a la función notarial: las referencias son abundantes, y a la exposición de las sentencias me remito. Como muestra paradigmática valga la *S. 7 enero 1992* (n.º 28), en la que la nutrida argumentación va dirigida a salvaguardar la validez del testamento notarial impugnado por defectos *formales*.

En este apartado la argumentación es muy variada. Así, son detectables, v. gr., los tipos de razonamientos siguientes: el *fáctico*, derivado de la valoración de la prueba efectuada en la instancia, es usado en F.J. 4.º (cuestión de hecho, reservada a la apreciación de la Sala de instancia) de *S. de 21 junio 1990* (n.º 7), en F.J. 2.º de *S. de 1 octubre 1991* (n.º 21) y en FFJJ. 2.º y 3.º de *S. 7 enero 1992* (n.º 28). El razonamiento *dialéctico* es usado en F.J. 2.º de *S. 21 junio 1990* (n.º 7). El razonamiento de tipo *deductivo* es ampliamente utilizado, v. gr.: en los FFJJ. 3.º y 4.º de *S. 21 junio 1990* (n.º 7) sobre capacidad del testador y valoración de la prueba practicada (con cita del 'precedente' de las SS. T.S. de 7.10.1982 y 10.4.1987), en el F.J. 1.º de *S. 1 octubre 1991* (n.º 21), y en FFJJ. 2.º (valoración de la prueba), 4.º (interpretación de arts. 687 C.c. y 101 y 242 CDC. CAT. 1960) y 9.º (ausencia de normativa especial) de la *S. de 7 enero 1992* (n.º 28). El razonamiento de tipo *comparativo-histórico* es usado en FFJJ. 3.º, 4.º y 5.º de la *S. de 1 octubre 1991* (n.º 21) en orden a la capacidad del testador y a la preterición errónea de un póstumo, y en el F.J. 5.º de la *S. 7 enero 1992* (n.º 28) sobre la interpretación de los arts. 687 C.c. y 101 y 242 CDC. CAT. 1960. El argumento de tipo *sistemático* o de la totalidad es usado ('ratio decidendi') en F.J. 4.º de la *S. 1 octubre 1991* (n.º 21) en orden a la interpretación del art. 141 CDC. CAT. 1960. El argumento de tipo *sociológico* es usado en F.J. 6.º de *S. 7 enero 1992*

(n.º 28) en orden a la interpretación de los arts. 687 C.c. y 101 y 242 CDC. CAT. 1960. El argumento de tipo *teleológico* o finalista, y el *antiformalista*, ambos sobre la misma materia últimamente citada (art. 687 C.c. ...), son usados por la S. 7 enero 1992 (n.º 28) en los FF.JJ. 7.º y 8.º, respectivamente. También dicha sentencia recoge el argumento ‘ex abundancia’ en la parte final de su F.J. 2.º en orden a la valoración de la prueba.

•• *Sustituciones fideicomisarias.*

Los dos supuestos litigiosos contemplados por las SS. de 28 octubre 1991 (n.º 24) y 30 noviembre 1992 (n.º 40) son resueltos con profusión de razonamientos, v. gr.: el *deductivo* (interpretación de la cláusula testamentaria sobre el fideicomiso de residuo, y la consiguiente ineficacia del legado, en FF.JJ. 2.º y 3.º de la S. 28 octubre 1991 —n.º 24—, e interpretación de la cláusula de capitulaciones matrimoniales conforme al principio ‘in dubio contra fideicommissum’ en F.J. 4.º y 5.º de la S. de 30 noviembre 1992 —n.º 40—), el *comparativo* derivado del cotejo de las sentencias de instancia (F.J. 2.º de la S. de 28 octubre 1991 —n.º 24— y F.J. 2.º de S. de 30 noviembre 1992 —n.º 40—), el *fáctico* en orden a la valoración de la interpretación efectuada en la instancia (F.J. 5.º de S. 30 noviembre 1992 —n.º 40—) y el *formalista o procesal* (derivado de la normativa procesal reformada por la Ley 10/1992 de 30 de abril, y de los ‘precedentes’ jurisprudenciales en SS. T.S. de 3.11.1989, 25.6.1991 y 18.7.1991, en FF.JJ. 6.º y 2.º de la S. 30 noviembre 1992 —n.º 40—).

•• *Legados.*

Los dos supuestos litigiosos aquí recogidos llevan una amplia y detenida argumentación, no en balde eran los ‘primerísimos’ casos a resolver por el recién creado y constituido T.S.J. de Cataluña. La variada argumentación puede reconducirse a los siguientes tipos de razonamientos: el *fáctico*, derivado de la valoración de la prueba y adecuado a

los datos de la realidad social (F.J. 3.º de S. 4 diciembre 1989 —n.º 1—); el *dogmático jurídico* en orden a la configuración de la cuarta viudal y el año de luto (FFJJ. 2.º y 5.º de S. 4 diciembre 1989 —n.º 1—) y al litisconsorcio pasivo necesario (FFJJ. 3.º y 4.º de S. 25 enero 1990 —n.º 2—); el *histórico*, en orden a la cuarta viudal y año de luto (FFJJ. 2.º, 4.º y 5.º de S. 4 diciembre 1989 —n.º 1—) y al legado de usufructo del viudo (F.J. 5.º de S. 25 enero 1990 —n.º 2—); el *deductivo* en orden al litisconsorcio pasivo necesario y a la posesión de la cosa legada (FFJJ. 3.º, 4.º, 6.º y 7.º de S. 25 enero 1990 —n.º 2—); y el *comparativo* derivado del cotejo de sentencias de instancia y de las normativas anterior y actual en orden a las costas (F.J. 5.º de S. 25 enero 1990 —n.º 2—).

•• Legítimas.

Pudiera parecer que ésta sería una materia con notable incidencia litigiosa, y no resulta serlo. Las sentencias son escasas y atienden más al 'quantum' que al 'quale'. Agrupados los razonamientos relativos a estos supuestos aquí recogidos, cabe decir: el argumento *deductivo* es utilizado en FFJJ. 1.º, 4.º y 5.º de la S. 4 marzo 1991 —n.º 14—, en F.J. 2.º de S. 3 septiembre 1992 —n.º 37—, y en F.J. 2.º de S. 23 noviembre 1992 —n.º 39—. El argumento *fáctico* en relación con la valoración de la prueba practicada en la instancia, es ampliamente desarrollado en los FFJJ. 2.º y 3.º de la S. de 4 marzo 1991 —n.º 14—, 2.º, 3.º y 4.º de S. 21 marzo 1991 —n.º 15—, y 3.º de S. 23 noviembre 1992 —n.º 39—. El argumento *técnico-jurídico*, de tipo *dogmático*, es usado en F.J. 4.º (extensión de la actuación de los árbitros) de la S. 4 marzo 1991 —n.º 14—, F.J. 3.º (valoración de la prueba y equivocada apreciación de la sentencia recurrida) de S. de 3 septiembre 1992 —n.º 37—, y FFJJ. 3.º (sobre art. 139 CDC. CAT. 1960) y 4.º (art. 632 LEC.) de S. 23 noviembre 1992 —n.º 39—. El argumento 'ex abundantia' lo usa el F.J. 4.º de la S. de 4 marzo 1991

—n.º 14—. El argumento *formal, procesal*, es utilizado en los FFJJ. 5.º (sobre el cobro del suplemento de legítima) de S. 4 marzo 1991 (n.º 14), los 2.º (prueba de presunciones), 5.º y 6.º (incongruencia) de S. 21 marzo 1991 (n.º 15), el 2.º (litisconsorcio pasivo necesario) de la S. 3 septiembre 1992 (n.º 37), y los 3.º (art. 139 CDC. CAT. 1960) y 4.º (art. 632 LEC.) de S. 23 noviembre 1992 (n.º 39).

•• Heredamientos.

Escasos son los litigios en esta materia. De la variada argumentación utilizada, agrupada aquí en la forma que he hecho en páginas precedentes, cabe señalar: el razonamiento de tipo *fáctico*, de valoración de la prueba practicada, sobresale en el F.J. 5.º (voluntad de aceptar la herencia como manifestación hecha tempestivamente) de S. 28 mayo 1990 (n.º 5). El razonamiento *discursivo-deductivo* aparece en FFJJ. 4.º (Heredamiento Preventivo y exigencia de supervivencia del instituido al heredante) de S. 28 mayo 1990 (n.º 5), y los 7.º (condición de ‘si sine liberis decesserit’) y 8.º de S. 22 noviembre 1990 (n.º 9). El razonamiento *dogmático-jurídico-docente* trasluce en los FFJJ. 3.º (concepto de Heredamientos, clases, etc.) de S. 28 mayo 1990 (n.º 5) y 6.º (interpretación con variados razonamientos deductivos del Heredamiento pactando la condición ‘si sine liberis ...’ en la sustitución fideicomisaria prevista para el heredero instituido) de S. 22 noviembre 1990 (n.º 9). El argumento *formal, procesal*, es usado en FFJJ. 4.º y 5.º (incongruencia) de S. 22 noviembre 1990 (n.º 9). El argumento ‘ex abundantia’, reiterativo-explicativo, luce en F.J. 7.º de la misma S. de 22 noviembre 1990 (n.º 9).

Agrupados temáticamente y por sectores del ordenamiento jurídico los variados razonamientos de los Magistrados Ponentes, y a su vez deslindadas las diferentes modalidades de tales tipos argumentativos, parece que el análisis *individualizado* de estas sentencias aquí seleccionadas está ultimado.

V. Una recapitulación

Al llegar el momento de hacer un alto en este camino expositivo, un tanto árido y esquemático, parece oportuno presentar las siguientes consideraciones, a modo de *recapitulación* intermedia:

1.º La exposición precedente ha tenido como única finalidad la puramente descriptiva, referida a las primeras CUARENTA sentencias *civiles* del creado 'Tribunal Superior de Justicia de Cataluña', consideradas como meros datos *fácticos*.

2.º La exposición ha pretendido ser eminentemente divulgativa o informativa, sin incidir en las cuestiones *de fondo* más que por alusiones y con remisión a los pertinentes desarrollos doctrinales en otros lugares indicados.

3.º La exposición ha sido hecha en forma *diacrónica* para este período inicial —Años 1989-1992—, período de tiempo corto (en realidad, *tres años*) y comprensivo de un promedio de TRECE sentencias por año.

4.º La distribución *sistemática* de las sentencias presentadas, efectuada básicamente *en función de* la acción en cada litigio ejercitada, ha permitido una visión de conjunto en la que los distintos sectores del ordenamiento jurídico han visto ubicadas las correspondientes decisiones jurisprudenciales.

5.º Aunque a cada sector del ordenamiento se haya atribuido una o varias sentencias, parecen de escasa entidad las relativas a las materias del Derecho Procesal, Parte General y Derechos Reales.

6.º Las decisiones en materia de 'Derecho de Familia' son escasas, pero de enorme trascendencia social y repercusión pública, por lo que no parece deban subestimarse, sino, al contrario, quizá debieran ser objeto de tratamientos en profundidad cuyo momento no parece sea el presente.

7.º Aparecen como con notable peso específico, en una visión *de conjunto*, todas las decisiones en materia de 'Derecho de Obligaciones' y de 'Derecho de Sucesiones'.

8.º Dentro del grupo de sentencias sobre ‘Derecho de Obligaciones’ sobresale el apartado de los litigios en casos de rescisión por lesión u.d.

9.º Del grupo de sentencias sobre ‘Derecho de Sucesiones’ llaman la atención las relativas al apartado de testamentos, quizá por la incidencia notarial del tema.

10.º Las técnicas argumentativas de los Magistrados Ponentes han sido agrupadas por sectores del ordenamiento jurídico y *en función* las correspondientes instituciones, ofreciendo así un amplio muestrario de los razonamientos utilizados que ha puesto fin al análisis individualizado de las sentencias presentadas.

VI. Racionalidad jurídica y decisiones judiciales catalanas

404 1. Relevante punto éste de la ‘racionalidad jurídica’, escasamente tratado entre nosotros y del que me he ocupado recientemente en otros lugares (119), una de cuyas subespecies es la racionalidad *judicial*.

En orden a *las relaciones entre la jurisprudencia y la racionalidad jurídica*, la doctrina europea reciente (120) presenta una doble *relación*: *de un lado*, el fenómeno jurisprudencial revela ciertos aspectos y limitaciones de la *sistematización* del derecho, y, *de otro lado*, contribuye a su vez a

(119) V. *mi capítulo introductorio* —titulado “Notas sobre una concreta jurisprudencia del Tribunal Supremo”— a *mi obra: Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Volumen II: “Notas a sentencias sobre Derecho de Familia (1976-1977)”, con prólogo de D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Ed. del Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, págs. 15 y ss., *especialmente* 34 ss. y allí las referencias y citas doctrinales.

(120) V. MICHEL VAN DE KERCHOVE, “Jurisprudence et rationalité juridique”, en *Archives de Philosophie du Droit*, Tomo 30 (La Jurisprudence), Ed. Sirey, París, 1985, págs. 207 ss.; J. LENOBLE y F. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, 1980.

V. J. RIVERO, “Apologie pour les faiseurs de systemès”, en *D.*, 1951, I, pág. 99 (cita en M. VAN DE KERCHOVE, cit., pág. 208).

V. JOSEF ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1970, págs. 65 ss. y 103 ss.

la *realización* del derecho yendo más allá de esos límites. Constituye una tarea laboriosa de la jurisprudencia el poner el acento sobre unos determinados aspectos de la 'racionalidad jurídica', bien sean formales (independencia, 'decibilidad', coherencia, complitud), bien sean materiales (igualdad, justicia, seguridad, certidumbre), pero es tarea necesaria en orden a la realización del derecho.

2. Tomando como punto de partida para el desarrollo de este epígrafe *el hecho obvio* de que es a través de la misma evolución socio-política como la jurisprudencia llega a alcanzar su *propia* racionalidad, considero aquí oportuna la remisión a las ideas de Josef ESSER (121): en orden a las 'evaluaciones previas' ('Vorbewertungen') sujetas a los vínculos de racionalidad en relación con *la aplicación del derecho*, en orden a la importancia de *la dogmática* para la fijación de los conceptos jurídicos, en orden a la apreciación de los intereses merecedores de protección —la justicia— como hilo conductor que permite al juez llegar a una decisión, en orden a la trascendencia de la 'Vorverständnis' (pre-comprensión) en la interpretación del derecho ... A todas estas ideas y consideraciones me he referido en otro lugar, antes citado.

405

3. Hay que hacer constar, por otra parte, la referencia a que la actividad judicial de *aplicación del derecho* en que toda jurisprudencia consiste no puede desprenderse de

(121) V. JOSEF ESSER, *op. cit. en nota 118 precedente*.

V. V. PETEV, *op. cit. espec. págs. 188-189*.

Además de la *fundamental* obra de J. ESSER, indispensable la consulta de los autores siguientes:

• ENRIQUE PEDRO HABA, "Pré-compréhension et rationalité dans le travail du juge (A propos de 'Vorverständnis und Methodenwahl' de JOSEF ESSER)", en la revista *ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT*, Tomo 20 ('Réformes du Droit de la famille'), ed. Sirey, París, 1975, págs. 385-400, *espec. págs. 396 ss.*

• MICHE VAN DE KERCHOVE, "Jurisprudence et rationalité juridique", en *ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT*, Tomo 30 (La Jurisprudence), Tomo 30, titulado "La Jurisprudence", ed. Sirey, París, 1985, págs. 207-242.

lo que DíEZ-PICAZO (122) ha denominado “su entorno vital” (condicionamientos de todo tipo). Puesto que el juez no identifica cosas, sino que *interpreta actos humanos* (123), estos actos humanos sobre los que interviene la decisión judicial sólo son aprehensibles a través de juicios de valor.

A los *valores* actualmente compartidos en sociedad (de tipo histórico, político, ético) *en esta época* concreta habrá de recurrir el juez. Por eso ha podido decir V. PETEV (124) que “*Es por esta razón, y no porque responda a una racionalidad pretendida absoluta, como la decisión judicial, que está acorde con estos valores, será aceptable y aceptada por los justiciables tanto como por la sociedad en general*”.

Considerado todo lo cual, parece, a mi juicio, que del conjunto de sentencias aquí presentadas parece desprenderse un énfasis especial y un acento decisivo *en los valores sociales* dominantes hoy en día en la sociedad civil catalana. Es una apreciación muy personal, ya que entiendo ese énfasis *implícito* en la gran mayoría de las sentencias y en alguna trasluce muy *explícitamente*.

Habría pues que ver en este conjunto de fallos aquí presentado *una respuesta clara* a la pregunta obvia de F. OST (125): “*¿Quelle jurisprudence, pour quelle société?*”. Como puro *fenómeno sociológico*, este conjunto de sentencias civiles del Tribunal Superior de Cataluña presenta una realidad objetiva *per se* y, como tal, inserta dentro de un contexto

(122) *Op. cit.*, págs. 23 ss.

(123) V. V. PETEV, *op. cit.* en nota 118 anterior, *especialmente* pág. 183.

El autor califica esta vía que el juez utiliza como un punto de vista “no-cognitivo”, y remite para mayores precisiones a la obra de O. WEINBERGER, “Analytisch-dialektische Gerechtigkeitstheorie”, en *Rechtstheorie*, Beiheft 3, 1981, pág. 317.

(124) V. V. PETEV, *op. cit.* en nota 118 precedente, y allí las referencias a los siguientes autores:

- M. KRIELE, *Recht und Praktische Vernunft*, Göttingue, 1977, pág. 72 passim.
- A. PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Vienne-New York, 1983, pág. 187.

- A. AARNIO, “Perspectives” in *Jurisprudence*, Helsinki, 1983, págs. 160 y 180.

(125) V. FRANÇOIS OST, “Quelle jurisprudence, pour quelle société?”, en la revista *ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT*, Tomo 30, ‘La Jurisprudence’, citada, págs. 9-34.

social siempre cambiante (función judicial o como arma o como apuesta o toma de posición) y evidencia un modo de resolución de conflictos sociales *more catalano* en que —más que ‘aplicar’ la ley— lo que trata es de encontrar la solución más pacífica, razonable y aceptable (126).

4. A la hora de proceder por mi parte a una evaluación *global* de la ‘racionalidad jurídica’ de las decisiones judiciales catalanas aquí presentadas, considero se trata de un conjunto de *actos jurídicos* con eficacia más allá del propio territorio de Cataluña y con elevados índices de ‘racionalidad’ en la gran mayoría de los casos relacionados.

Mas para llegar a esta conclusión ha habido que tener en cuenta la manera *tópica* o manera de argumentación jurídica de los señores Ponentes, casi siempre con el punto de mira puesto en argumentos ‘razonables’: bien en orden a la existencia de ciertos fines, bien en orden a la plausibilidad de los resultados. Lo que, por su parte, enlaza de nuevo con la expresión de ESSER (pre-comprensión) acerca de la *interpretación del derecho* (127).

407

VII. El hecho notorio de las sentencias del ‘Tribunal Superior de Justicia de Cataluña’ como paradigma

Abierto este pequeño trabajo de divulgación —a modo de *acta de notoriedad* y de constancia de hechos— con la exposición del ‘producto jurídico’ realizado en tres años por

(126) En el mismo sentido indicado, v. M. SALUDEN, “La Jurisprudence, phénomène sociologique”, en el volumen ‘La Jurisprudence’, de la revista *ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT*, citado, págs. 191 ss., 198 y ss.

(127) J. ESSER, *op. et. loc. cit.*

Ampliamente, y con referencia a este punto, v. I. A. GARCÍA AMADO, *op. cit. en nota 114*, págs. 349 ss., *espec.* 352 ss.

Para una visión moderna del tema de *interpretación*, muy recomendable la obra de UMBERTO ECO *Los límites de la interpretación*, Edit. Lumen, 1.^a Edición, Barcelona, 1992, págs. 115 ss. y 237 ss.

el T.S.J. de Cataluña, es detectable, como *primera reflexión*, la alta calidad técnico-jurídica de las decisiones jurisprudenciales presentadas, lo que quizá tenga que ver con el poco número de casos resueltos (viene a resultar *uno cada mes*). O, de otro modo, la calidad está predeterminada por la cantidad (escaso número de litigios).

Importa también, como *segunda reflexión*, la referencia constante a la 'tradición jurídica catalana', concepto un tanto equívoco de contornos pero perfectamente subsumible dentro del *canon histórico*, usual en muchos fallos.

Merece una llamada de atención, como *tercera reflexión*, el perfecto engarce —prototípico del 'comparativismo' jurídico español— entre la adecuación o compatibilidad de la normativa catalana y de la normativa del C.c., entre el recurso al 'precedente' sentado por decisiones del *Tribunal Supremo de España* y su traslación al caso litigioso, así como la abundancia de técnicas argumentativas utilizadas por los señores Ponentes a la hora de fundamentar su decisión.

Bastaría todo ello para resultar el valor *ejemplar* (Paradigma) que en conjunto presenta este grupo de sentencias relacionadas. Creo que solamente por ello merecían, y merecen, esta divulgación de carácter nacional. Es de esperar que el T.S.J. de Cataluña prosiga en su actuación *jurídica* por ese camino ahora emprendido.

Unas reflexiones éstas que podrían ya cerrar esta exposición para provecho del paciente lector interesado. Sin embargo, no quisiera cerrar este ensayo sin aludir a lo que un ilustre y distinguido amigo y compañero catalán ha apuntado hace poco tiempo sobre LOS GRAVES PELIGROS que acechan al 'Derecho Catalán' (128).

El hecho es que el citado jurista —L. FIGA FAURA— alude a los *peligros* derivados:

(128) V. L. FIGA I FAURA, "El Dret Civil Català en Perill", *Revista Jurídica de Catalunya*, fasc. I, 1993, págs. 91 y ss.

• *del interior*: que los catalanes *no se den cuenta* de que se trata de un derecho cómodo como la propia piel, pero cuya existencia —y su especial *manera de existir*— depende de un ordenamiento jurídico, de un derecho civil, de que necesita del esfuerzo creativo de la doctrina y de que es un derecho de ciudadanos, un derecho de libertad, no impuesto (129).

• *Del exterior*: art. 149.1.8 C.E. y art. 13 C.c.

• *De la actividad legislativa autonómica*: producción legislativa de leyes no necesarias, o de no promulgar normas que *parecen* innecesarias.

Estos *peligros* apuntados, y otros posibles, son ciertos y posibles. Mas, a lo que entiendo, el Notario FIGA FAURA no parece haber considerado otros dos peligros asimismo posibles: *uno*, interior, y *otro*, exterior. *El interior* podría ser la desconexión vital *con la población* de un ‘Derecho Catalán’ producido por ilustres docentes y pensadores y del tipo de ‘juristenrecht’, como para otros territorios ‘ex-forales’ (v. gr. NAVARRA) se había en otro tiempo denunciado. *El exterior* podría venir de la absorción de esa ‘supernova’ catalana emergente —constituída por su ‘Derecho Civil’ autónomo e *independiente* de todo otro poder no catalán— por una ‘supernova’ *supraestatal* de mayor entidad y volumen que la española ...

Hay que reconocer que este conjunto de sentencias aquí presentadas demuestran que alguno de los temores de L. FIGA FAURA es un tanto excesivo. Por ello, si bien *es cierto que*

“En el camp del dret, la força creativa es manifesta en les sentències dels tribunals que l’apliquen i aquesta depèn directament de la creativitat de la doctrina que l’exposa, que l’explica i que la interpreta. Si aquesta falla, l’efectivitat del dret no procedeix ni es converteix

(129) V. L. FIGA, *op. cit.*, págs. 94 y siguientes.

en costum sinó en rutina; la vida autèntica d'un dret es manifesta amb el respecte a la norma i amb el prestigi social dels professionals que el coneixen i dels tribunals que l'apliquen" (130) ...

no es menos cierto que en tanto en cuanto los tribunales catalanes elaboren 'productos jurídicos' bien acabados como los aquí relacionados y la doctrina científica presente notables aportaciones intelectuales, todo ello *en concordancia* con los valores sociales imperantes en la época en que se producen y en *sintonía* (encuestas) con los pobladores de Cataluña, no parece, a mi juicio, que el 'Derecho Civil Catalán' sufra excesivos peligros ni riesgos inevitables.

410 Habrá que reconocer *al* Notario L. FIGA FAURA la valentía de expresar en voz alta sus *sentimientos* y hacernos partícipes de ellos a todos los juristas españoles. Y tendrá que reconocer también *el* Notario L. FIGA FAURA la *sensibilidad* demostrada hacia el 'hecho catalán' con la publicación de este trabajo tanto por el colectivo notarial como por el firmante autor del mismo. "Suum cuique ...".

(130) V. L. FIGA; *op. cit.*, pág. 99.

A N E X O

411

NUMERO DE LA RELACION	FECHA SENTENCIA	PONENTE	PUBLICACION	M A T E R I A	TECNICA ARGUMENTATIVA	(*) RACIO- NALIDAD	'RATIO DECIDENDI'
1	4-DIC.-89	BAJET ROYO	(*)	Cuarta viudal y 'any de plor'	Deductiva	M	Derecho matrimonial m. causa.
2	25-ENE.-90	PUIG FERRIOL	(*)	Entrega de legados	Deductiva	M	Legado de usufructo universal.
3	5-FEB.-90	CORBAL	(*)	Servidumbre de luces y vistas	Comparativa	M	Consentimiento (constitución de servidumbre a favor ed. futuro).
4	26-FEB.-90	DIAZ VALCARCEL	(*)	Rescisión por lesión 'ultra dimidium'	Cotejo ss. inst.	M	Determinación del justo precio: cuestión de hecho.
5	28-MAY.-90	PUIG FERRIOL	(*)	Hereditamiento	Dogmática/docente	A	Hereditario lo es sólo si acepta la Her. (prescripción).
6	7-JUN.-90	CORBAL	(*)	Rescisión por lesión	Dogmática	M	Dación en pago de deuda (contrato Civil).
7	21-JUN.-90	SOMALO	(*)	Testamento notarial	Cotejo pruebas	M	Valoración de la prueba en instancia.
8	2-JUL.-90	CORBAL	(*)	Donaciones en convivencia no matrimonial	Dogmática/procesal	M	Donaciones no son Dons. espon-salicias.
9	22-NOV.-90	PUIG FERRIOL	(*)	Hereditamiento preventivo	Dogmática/docente	A	Hereditario murió dejando hijos: S. vulgar en fideicomiso.
10	13-DIC.-90	CORBAL	(*)	Servidumbre de luces y vistas	Comparativa	M	Constitución servidumbre en virtud de título.
11	20-DIC.-90	DIAZ VALCARCEL	(*)	Rescisión por lesión	Dogmática/Histórica	A	Precio justo= precio objetivo, precio en venta.
12	7-FEB.-91	PUIG FERRIOL	(*)	Cofiadores solidarios y resp. deudas hereditarias	Dogmática/docente	A	Legatario de v.º, universal no es hereditario. Herederos responden mancomunadamente CDC. CAT.
13	18-FEB.-91	BADIA TOBELLA	(*)	Filiación paterna extramatrimonial	Histórica/dogmática	A	Caso no regulado C. CAT.: d.º supletorio, valoración prueba en instancia.
14	4-MAR.-91	CORBAL	(*)	Entrega de legados y complemento letígima	Confusa/procesal	M	Efecto positivo cosa juzgada: Laudo de equidad.
15	21-MAR.-91	DIAZ VALCARCEL	(*)	Reclamación de legítima	Simplista	M	Valoración prueba en instancia.
16	29-MAY.-91	DIAZ VALCARCEL	RJC. J-91-VI-4	Compraventa 'a carta de gracia'	Regular	M	Valoración prueba instancia.
17	11-JUL.-91	PUIG FERRIOL	RJC. J-91-IV-5	Arrendamiento con opción de compra	Dogmática J.º/docente	A	Unidad de contratos (cto. coligado).
18	22-JUL.-91	BADIA TOBELLA	RJC. J-91-IV-2	Reclamación de paternidad extramatrimonial	Histórico/Dogmática	A	Valoración prueba instancia.
19	22-JUL.-91	SOMALO	RJC. J-91-IV-3	Definición de fincas y accesión	Dogmática	M	Accesión invertida.
20	31-JUL.-91	CORBAL	RJC. J-91-IV-2	Recurso de revisión ex 1.796-1.º LEC.	Dogmática	M	Falta requisitos art. 1.796 LEC.
21	1-OCT.-91	DIAZ VALCARCEL	RJC. J-92-I-1	Testamento notarial y suicidio posterior	Histórico/comparativa	M	No preterición ni formal ni material.

NUMERO DE LA RELACION	FECHA SENTENCIA	PONENTE	PUBLICACION	MATERIA	TECNICA ARGUMENTATIVA	(*) RACIONALIDAD	'RATIO DECIDENDI'
22	7-OCT.-91	CORBAL	RJC. J-92-I-5	Rescisión por lesión y punto conexión aplicable	Dogmática/procesal	M	Punto conexión estatuto real: precio justo excede doble del pactado.
23	22-OCT.-91	CORBAL	RJC. J-92-I-2	Deudores solidarios	Deductiva	A	Valoración prueba instancia.
24	28-OCT.-91	SOMALO	RJC. J-92-I-3	Interpretación de cláusula testamentaria	Deductiva/cotejo	M	s.f. de residuo: legado ineficaz
25	31-OCT.-91	DIAZ VALCARCEL	RJC. J-92-I-4	Nulidad cv. 'a carta de gracia' y opción de compra	Fáctica	M	Valoración prueba instancia.
26	12-NOV.-91	BADIA	RJC. J-92-II-3	Causa liberalidad en contrato de compraventa y rescisión por lesión	Fáctica	M	Valoración prueba.
27	19-NOV.-91	BADIA	RJC. J-92-II-2	Derecho percibir canon de agua, similar a censo enfiteutico	Dogmática	M	Valoración prueba.
28	7-ENE.-92	CORBAL	RJC. J-92-II-1	Validez testamento notarial con falta firma de un testigo	Histórico/Dogmática/Progresista	M	Valoración prueba.
29	30-ENE.-92	SOMALO	RJC. J-92-II-4	Donación hecha por deudores y rescisión por fraude	Histórico/Dogmática/Comparativa	M	Valoración prueba (fraude, perjuicio).
30	10-FEB.-92	PUIG FERRIOL	RJC. J-92-III-3	Acuerdo de Junta Directiva con infracción normas estatutarias	Dogmática	M	Caducidad plazo 40 Días s/ej.º acción.
31	7-ABR.-92	BADIA	RJC. 92-III-2	Cuestión de competencia sobre fuero legal por separación conyugal	Fáctica	M	Valoración prueba.
32	25-ABR.-92	DIAZ VALCARCEL	RJC. 92-III-1	Mejoras, liquidación de estados posesorios, acción	Fáctica/Dogmática	M	Valoración prueba.
33	4-MAY.-92	CORBAL	RJC. 92-IV-4	Impugnación de costas por indebidas	Fáctica	M	Valoración prueba.
34	8-JUN.-92	SOMALO	RJC. 92-IV-3	Causa liberalidad en contrato de compraventa y rescisión por lesión	Fáctica	M	Valoración prueba: 'a. donandi'.
35	6-JUL.-92	DIAZ VALCARCEL	RJC. 92-IV-1	Reclamación de paternidad extramatrimonial	Histórico/Dogmática/Positivista	M	Valoración prueba: p.º inv. paternidad.
36	16-JUL.-92	PUIG FERRIOL	RJC. 92-IV-2	Disolución de Comunidad, donación entre cónyuges. Derecho Civil Catalán	Histórico/Dogmática	A	Normas transitorias. Prescripción de la acción.
37	3-SEP.-92	CORBAL	AC. 11/92 (n.º marg.) 558	Reclamación de legítima y liisconsorcio pasivo necesario	Fáctica	M	Valoración prueba.
38	20-OCT.-92	CORBAL	AC. 2/93 (n.º marg.) 106	Compraventa y rescisión u. d. por lesión	Fáctica	M	Valoración prueba.
39	23-OCT.-92	SOMALO	AC. 2/93 (n.º marg.) 107	Reclamación de legítima	Fáctica	M	Valoración prueba.
40	30-MAR.-92	DIAZ VALCARCEL	AC. 2/93 (n.º marg.) 108	Sustitución fideicomisaria	Dogmático Jurídica	A	Valoración prueba.

RELACION DE ABREVIATURAS

a.	animus
a. donandi	'animus donandi'
A.C.	Revista 'Actualidad Civil'
A.P.I.	Agente de la Propiedad Inmobiliaria
A.D.C.	Anuario Derecho Civil
c.	<i>contra (versus)</i>
C.c.	Código civil
C.C.J.C.	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC. CAT.	Compilación de Derecho Civil de Cataluña
C.E.	Constitución Española
C.G.P.J.	Consejo General del Poder Judicial
Co. Co.	Código de Comercio
cto.	contrato
Disp. Adic.	Disposición Adicional
Disp. Tr.	Disposición Transitoria
d.º	Derecho
D.º L.º	Decreto Legislativo
Dons.	Donaciones
ed.	edificio
F.J.	Fundamento Jurídico
FF.JJ.	Fundamentos Jurídicos
Her.	Herencia
inv.	Investigación
J.º	Jurídico
LAU.	Ley de Arrendamientos Urbanos
LEC.	Ley de Enjuiciamiento Civil
L.H.	Ley Hipotecaria
L.O.P.J.	Ley Orgánica del Poder Judicial
L.R.C.	Ley de Registro Civil
m. causa	Mortis causa
n.º marg.	Número marginal
pág.	página
p.º	principio
p.º inv.	principio de investigación
red.	redacción
resp.	responsabilidad
R.D.	Real Decreto
R.H.	Reglamento Hipotecario
R.J.C.	'Revista Jurídica de Catalunya' (*)

(*) Recensión de los Magistrados

LUIS BERNÁRDEZ DOMÍNGUEZ

JOSÉ R. FERNÁNDEZ GABRIEL

A) Informes y comunicaciones

SOBRE LA LLAMADA “CAUSA FIDUCIAE”

(Divagaciones de un opositor aburrido)

MANUEL GONZÁLEZ-MENESES JR.

419

La “causa fiduciae” se nos dice que puede ser una causa atípica, “sui generis”, que puede justificar, por ejemplo, la transmisión de la propiedad en una venta con pacto de retro en garantía de un préstamo, y se invoca precisamente una jurisprudencia que reconoce la existencia de esta “causa fiduciae” y el ejemplo de la legislación navarra, que admite esa utilización de la venta a carta de gracia. No se trata de un negocio simulado y por tanto nulo, se dice, sino de un negocio real, con una específica “causa fiduciae”, e interesante en cuanto la hipoteca siga siendo “cara y mala”.

Pienso, no obstante, que no vendría mal algún esfuerzo de clarificación, aunque sólo sea para ponernos de acuerdo sobre aquello de que hablamos, y para que no se convierta

esa llamada “causa fiduciae” en una especie de contraseña esotérica, que nadie sabe qué es y a la que invocamos cómodamente en cuanto un negocio se desvía de su finalidad práctica típica.

La “fiducia” es un elemento, podríamos decir, de “primitivismo” en el Derecho. Etimológicamente, la “fiducia” (de fides-ei) es la confianza, la buena fe, la lealtad, yo me fío de ti, en ti pongo mi confianza porque te conozco y sé que no me vas a fallar. Es un ingrediente que siempre ha estado presente y nunca dejará de estarlo en las relaciones jurídicas, económicas y, en general, sociales, aunque aparezca bajo formas muy variadas. Ahora bien, en un plano jurídico, la fiducia pertenece a un estadio anterior o primitivo, precisamente porque el progreso jurídico a lo que lleva es a la supresión del elemento fiducia, sustituido por una vinculación jurídica necesaria. Lo que es una exigencia de la objetivación de las relaciones económicas y jurídicas, porque en un tráfico jurídico moderno no puede uno estar a expensas de la confianza y buena fe ajenas, por mucho que un bienintencionado constituyente ordenase a todos los ciudadanos ser justos y benéficos. En un sistema jurídico débil importa mucho con quién se contrata, en un sistema evolucionado empieza a dar igual, porque hay mecanismos objetivos de seguridad. Así, la evolución jurídica lleva a convertir situaciones de confianza en situaciones de vinculación jurídica necesaria, coactiva.

Empecemos con el supuesto conocido como “fiducia cum creditore”.

Tenemos un acreedor y un deudor, en virtud de una deuda judicialmente exigible, porque se ha asumido observando una “causa civilis obligandi” típica, una “stipulatio” o un préstamo. El acreedor no tiene demasiada confianza en la solvencia del deudor y quiere una garantía específica. Exige a su deudor que le transmita la propiedad de una finca, comprometiéndose a devolverla cuando se pague la deuda. Esta transmisión de la propiedad entre deudor y acreedor

se lleva a cabo mediante una “mancipatio”, un negocio solemne, formal y abstracto que hace al acreedor propietario de la finca a todos los efectos y frente a todos. Sin embargo, el compromiso asumido por el acreedor de retrotransmitir la finca si la deuda se paga no es más que una promesa, un “nudum pactum”, que en el Derecho romano clásico —y aquí está la clave— no da lugar a una acción civil, es incoercible jurídicamente. Porque, según un sistema cerrado de causas civiles de obligación, de la simple promesa no nacen obligaciones.

La situación, entonces, es la siguiente: el acreedor es propietario quiritario de la finca, y además tiene una acción civil para pedir el pago de su crédito, mientras que el deudor sólo tiene a su favor una promesa sin sanción jurídica de que, cuando pague la deuda, se le volverá a transmitir la finca. Y precisamente porque el deudor carece de acción es por lo que en este negocio hay presente una fiducia. El deudor se confía a la buena fe de su acreedor, porque éste perfectamente puede defraudarle, negándose a retrotransmitir la finca una vez se le pague la deuda. Como no hay vinculación jurídica del acreedor, es por lo que hay fiducia.

La evolución posterior, sin embargo, lleva a que el elemento de fiducia se vaya diluyendo, dando paso a la objetividad de la vinculación jurídica. Precisamente porque es el propio Derecho el que se va a ir “moralizando”, interiorizando y dando apoyo coactivo a ese elemento ético que suponía la confianza y que antes vivía fuera del Derecho. Así, se va a admitir que la simple promesa da lugar a una obligación JURÍDICA, exigible judicialmente. Y ello porque la buena fe exige la fidelidad a la palabra dada, el cumplimiento de la promesa, y esto que antes era sólo un imperativo moral se va a convertir también en un imperativo jurídico. Y así, aunque, en principio, el acreedor aparece como propietario de la finca, si el deudor logra probar que hubo una promesa de retrotransmisión para el caso de pago de la deuda, podrá obligar coactivamente al acreedor a cum-

plir esa promesa. Como vemos, en cuanto el deudor aparece investido de una acción jurídica contra el acreedor, el elemento fiducia queda mitigado, porque el deudor ya no puede ser defraudado por el acreedor, ya no queda completamente a expensas de la buena fe del acreedor. Si el acreedor no cumple su promesa, el deudor tiene medios jurídicos para obligarle a ello.

Aun así, en esta fase todavía queda un residuo de fiducia, porque el acreedor, efectivamente, está obligado jurídicamente a retrotransmitir, pero ello es sólo un compromiso personal que no afecta a terceros. Si, como dueño de la finca, vende a un tercero, éste adquiere en firme, y el deudor "defraudado" sólo puede dirigirse contra el acreedor para que le indemnice.

Un paso más adelante lo supone la venta con pacto de retro como garantía, que elimina este último residuo de fiducia.

422

Según la normativa del Código civil, el derecho de retractar es un derecho eficaz respecto a terceros: art. 1.510 "El vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional; salvo lo dispuesto en la Ley hipotecaria respecto de terceros", y el art. 1.520 "El vendedor que recobra la cosa vendida, la recibirá libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador, pero estará obligado a pasar por los arriendos que éste haya hecho de buena fe, y según costumbre del lugar en que radique". Y si la venta con el pacto de retro se inscribe en el Registro, incluso los terceros hipotecarios estarán afectados por ese derecho.

En este caso, el deudor que paga la deuda, es decir, el precio de la retroventa, no tiene un simple derecho personal de crédito contra el comprador-acreedor a que le vuelva a transmitir la cosa vendida, sino que por su simple declaración de voluntad unilateral resuelve con retroactividad la enajenación afectando a cualesquiera terceros subadquirentes.

Como venta sujeta a condición resolutoria, de acuerdo con los arts. 59 y 175.6.º Rh., puede obtener la cancelación y la reinscripción a su favor sin contar en absoluto con la voluntad del comprador o de los subadquirentes, simplemente basta con que acredite la consignación en plazo del precio de la retroventa.

Por tanto, en una venta con pacto de retro como garantía no hay nada que quede a la buena fe del acreedor, porque el acreedor no tiene medios jurídicos para defraudar al deudor vendedor. Por tanto, no existe fiducia, sino una vinculación objetiva independiente completamente del arbitrio del acreedor. Por eso, hablar de una "causa fiduciae" como fundamento de la venta con pacto de retro como garantía me parece que supone una confusión de conceptos. En definitiva, no hay más fiducia que la que puede haber en una compraventa con pacto de retro ordinaria o en un arrendamiento, en que confío que el otro contratante no va a pegarle fuego a la casa al día siguiente de entregársela.

423

La cuestión puede quedar más clara si analizamos otros supuestos de fiducia.

El fideicomiso sucesorio.

El testador quiere favorecer a un hijo que tuvo de una relación ilegítima, y quiere que todo quede en secreto. Instituye heredero a un amigo de su total confianza, encargándole en secreto, como una cuestión que queda sólo entre ellos dos, que cuando adquiera los bienes a su muerte los entrega al tal hijo.

Exteriormente, sólo hay un heredero, el "fiduciario", que nadie debe saber que es tal. Y no existe ningún medio jurídico para obligarle a entregar los bienes al "fideicomisario", porque todo ello queda a su lealtad y buena fe. Por tanto, nos encontramos ante una fiducia, porque el fiduciario queda en una situación en la que tiene la posibilidad fáctica y jurídica de defraudar la finalidad pretendida con el negocio.

En un momento posterior, la fiducia sale a la luz. El amigo de confianza ya no es nombrado directamente como

heredero, sino como “fiduciario”, y el encargo de entregar al fideicomisario trasciende al propio testamento. El fideicomisario va a tener primero una acción “útil” y luego incluso “civil” para exigir al fiduciario la entrega. Al final, lo que comenzó siendo un encargo de confianza termina siendo una vinculación objetiva de bienes completamente independiente de la voluntad del fiduciario. Por ello suponen un anacronismo los términos en que se expresa el art. 781 C.c. cuando habla de “las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia”. En una sustitución fideicomisaria en la actualidad no hay ni encargo ni fiducia.

¿Quiere ello decir que no cabe ya la confianza o la fiducia en el ámbito de la disposición mortis causa? Todo lo contrario, incluso es un ámbito mucho más propicio que el del tráfico inter vivos, y precisamente, lo que parece una paradoja pero no lo es, porque el Código prohíbe el fideicomiso de instrucciones reservadas, art. 785 “No surtirán efecto: 4.º Las (disposiciones) que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiere comunicado el testador”. En el ámbito del Código no hay más disposición mortis causa que la que se plasma en la forma solemne testamentaria. A todo lo que está fuera del testamento no se le reconoce eficacia jurídica o coactiva. Es decir, que si el testador y su heredero convienen en vida del primero que éste segundo dará una determinada finalidad a los bienes que reciba en la herencia, ello es algo que no tiene ningún valor jurídico como no se haga constar en el testamento como un legado o como una condición o como un modo. Es un mero compromiso ético o de honor que asume el heredero, con el mismo valor que para el Derecho clásico pudo tener un “nudum pactum”. No hay ningún medio jurídico para obligar al cumplimiento, y ello aunque pudiera llegar a saberse que ésa era la fina-

lidad pretendida con la institución. Por eso, donde hay posibilidad fáctica de defraudar una confianza nos encontramos con la fiducia.

Podríamos decir entonces que la fiducia es un ingrediente ético que acompaña a un negocio para conseguir un fin práctico que jurídicamente no está asegurado.

Otro supuesto de fiducia puede surgir cuando para gestionar el cobro de un crédito, por ejemplo, una letra de cambio, su titular legítimo lo transmite a un gestor. La letra debe ser pagada en otra plaza a donde no puede acudir el legítimo tenedor de la misma. Entonces, este tenedor endosa la letra a un amigo, a una persona de su confianza, para que como endosatario quede legitimado para el cobro. Exteriormente, frente al librado y a los terceros, el amigo endosatario es ahora el titular del crédito cambiario, pero entre endosante y endosatario se sabe que en realidad el titular del crédito sigue siendo el primero, y que el segundo es sólo un gestor para el cobro. En este supuesto nos volvemos a encontrar con la fiducia, porque una de las partes del negocio queda en una situación de legitimación que le permite perfectamente defraudar a la otra parte. Así, el endosatario podría volver a su vez a endosar la letra a un tercero apropiándose de su importe, o condonar la deuda al librado. Y, por ello, un negocio de este tipo sólo tiene sentido si hay una confianza entre las partes.

Ahora bien, la depuración de la técnica jurídica lleva a que el componente de fiducia también en este caso tienda a desaparecer, y ello, al crearse el endoso de apoderamiento. El tenedor ya no endosa sin más la letra a su gestor, sino que la endosa "para cobranza". Según el art. 21 de la Ley Cambiaria, "Cuando el endoso contenga la mención «valor al cobro», «para cobranza», «por poder», o cualquiera otra que indique un simple mandato, el tenedor podrá ejercer todos los derechos derivados de la letra de cambio, pero no podrá endosar ésta sino a título de comisión de cobranza". Como se ve, en este caso la relación de gestión sale a la

luz, al texto de la propia letra, y ello limita la legitimación del endosatario, que podrá cobrar, pero no negociar la letra como si se tratara de un endosatario pleno. Con ello desaparece la posibilidad de que el gestor defraude al titular legítimo de la letra, y el elemento de fiducia o de confianza se diluye.

Evidentemente, aun en este supuesto de endoso de apoderamiento el gestor puede ser infiel y apropiarse la cantidad cobrada en vez de entregarla al mandante, pero, en definitiva, eso es algo que puede ocurrir en cualquier mandato, relación en la que nunca deja de haber un elemento de confianza y lealtad, pero no por ello se incluye en la categoría “negocio fiduciario”, porque ésta, como estamos viendo, queda limitada a aquellos supuestos en que se crea una situación de legitimación que va más allá del propósito práctico perseguido por las partes.

426 Un último supuesto de “negocio fiduciario” a que voy a hacer referencia es la “adjudicación para pago de deudas”. En una partición hereditaria se forma una hijuela que se adjudica a uno de los herederos con la finalidad de que aplique el valor de esos bienes a la satisfacción de una deuda que pesaba sobre la comunidad hereditaria.

En un primer momento, el heredero adjudicatario aparece como pleno propietario de los bienes a todos los efectos, con una absoluta legitimación para disponer como cualquier propietario, y hay que contar con su lealtad y buena fe para que se atenga a la finalidad práctica pretendida. Posteriormente, el encargo, la finalidad de esa adjudicación sale a la luz y va a condicionar no sólo éticamente sino también jurídicamente la legitimación del adjudicatario, que expresamente resulta ser “adjudicatario para pago de deudas”, y así consta en el título y en la inscripción registral. Incluso los acreedores podrían obtener anotación preventiva de su derecho sobre las fincas adjudicadas para pago de sus respectivos créditos, según el art. 45 L.H.

A la vista de los cuatro supuestos examinados —fiducia

cum creditore, fideicomiso sucesorio, gestión de cobro de un crédito y adjudicación para pago de deudas— podemos tratar ya de formular algunas conclusiones generales.

1. Se puede observar, en primer lugar, una correlación entre el paso de la fiducia a la vinculación necesaria jurídica y el paso de la abstracción a la causalización negocial.

La fiducia, como ya he anticipado, aparece como un ingrediente ético que acompaña a un negocio para conseguir que cumpla un fin práctico que jurídicamente no está asegurado. Precisamente porque se crea una situación desproporcionada de legitimación —el fiduciario queda, según los casos, como propietario de un bien del deudor, heredero del testador, titular del crédito o adjudicatario y por tanto propietario de un bien— que permite jurídicamente defraudar el fin práctico que se persigue con la operación, sin que haya medios jurídicos para obligarle a ajustarse a esa finalidad práctica. De manera que donde no llega la coactividad hay que buscar el apoyo de la confianza. Ahora bien, estas situaciones sólo se pueden crear en un sistema “abstracto” de negociación, en que por el simple acuerdo de voluntades se pueden transmitir bienes y derechos con independencia de la causa que motive la transmisión. En un sistema en que, por ejemplo, la “mancipatio” hacía propietario existiese o no una causa de la transmisión.

Pero cuando el sistema jurídico se “moraliza”, es decir, se “causaliza” (todo el problema de la causa en definitiva no es más que el intento de condicionar el tráfico de los bienes a unas exigencias éticas), ya no basta con el acuerdo de voluntades para transmitir los bienes. Es necesario además un porqué, una “causa” de esa transmisión, y no cualquier causa, sino unas específicas causas que la ley puede considerar suficientes.

Y así, la finalidad práctica pretendida con la operación, que antes carecía de trascendencia jurídica, ahora sale a la luz y condiciona el efecto jurídico del negocio. De manera

que si el deudor transmite un bien a su acreedor con una finalidad de garantía no va a producirse el mismo efecto en un plano ya jurídico que si le vende ese bien a cambio de un precio, o si se endosa un crédito para cobranza no se producen los mismos efectos que si se endosa en una operación de descuento. Incluso puede entenderse que la finalidad de garantía o la “para cobro” o la “para pago” no es suficiente para transmitir realmente la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho de crédito. De manera que, en definitiva, el acreedor que recibió la finca en garantía, para este planteamiento causalista, verdaderamente no es propietario, ni tiene, por tanto la legitimación dispositiva plena de un propietario. Sólo puede actuar con eficacia jurídica dentro de lo que permite el fin práctico pretendido por las partes. Con lo cual, como digo, desde esta visión causalista, la finalidad práctica de la operación —lo que técnicamente llamamos “causa”— condiciona completamente la eficacia jurídica de la operación. Luego ya no es posible que se abuse de esta situación. Y donde no hay posibilidad de fraude desaparece el elemento fiducia, porque una de las partes jurídicamente ya no ha quedado a expensas de la otra parte.

Por esto, en el planteamiento causalista de De Castro la idea del negocio fiduciario y su “doble efecto” se diluye completamente. Cuando el Derecho positivo se moraliza, ya no es necesaria la fiducia como elemento ético extrajurídico. Y así, como digo, la fiducia va ligada a sistemas abstractos, o a aquellos ámbitos de un sistema causalista en que la agilidad y seguridad del tráfico exige admitir un elemento de abstracción, fundamentalmente, cuando entran en juego terceros de buena fe, o donde impera el formalismo, así en el ámbito sucesorio, en que los encargos del causante que no se plasman en el negocio formal testamentario carecen de fuerza jurídica.

2. Una segunda idea básica sería la de que la “causa fiduciae”, de que a veces se habla, no existe como “causa específica”, ya se entienda ésta subjetivamente como móvil del negocio u objetivamente como función económico-social que desempeña. Insisto, la fiducia o confianza no es más que un componente o ingrediente ético que acompaña y refuerza a un negocio para conseguir un fin práctico que jurídicamente no está asegurado, pero en sí no es causa, como tampoco el elemento “coacción jurídica”, la coactividad, es la causa del negocio, sino más bien un medio o instrumento. Donde no llega la coactividad jurídica hay que buscar el apoyo de la confianza. Es decir, el fiduciante no transmite la finca al fiduciario para demostrarle su confianza, como si ése fuese el fin o causa del negocio, sino para garantizar un crédito, o para que entregue los bienes a quien realmente quiere favorecer *mortis causa* el testador, o para que pague una deuda. Como tampoco es causa del negocio el poner a prueba la efectividad de los mecanismos de coacción del ordenamiento.

En definitiva, la causa de la “fiducia cum creditore” es la garantía de un crédito; la causa del fideicomiso oculto es la misma causa de todas las disposiciones “*mortis causa*”, la muerte del disponente; la causa de la transmisión de un crédito al gestor es la causa “para cobranza”, la gestión de cobro; y la causa de la adjudicación para pago de deudas es el “para pago”, la gestión del pago de una deuda. Esa es la finalidad práctica, la función que desempeña cada uno de esos negocios y que motiva su celebración. Pero nunca la confianza por sí sola puede ser “causa” de un negocio, ni en sentido jurídico ni en sentido simplemente empírico.

Así, no parece que tenga mucho sentido decir que en una venta con pacto de retro en garantía exista una “causa fiduciae”. Y ello porque:

— En la venta con pacto de retro, como vimos anteriormente, ha desaparecido el elemento de fiducia, porque el deudor-vendedor no depende en absoluto de la buena fe del

acreedor-comprador, porque si el deudor paga el precio de la retroventa (devuelve el préstamo), recupera automáticamente y con retroactividad y eficacia “erga omnes” la finca que vendió, sin que exista ninguna posibilidad de que el acreedor defraude al deudor.

— Y, segundo, porque aunque hubiese fiducia, ésta no sería la causa del negocio, sino la idea de garantizar un crédito, la “causa garantiae”, la misma causa que justifica la hipoteca o la prenda.

Entonces, el problema que plantea desde el punto de vista causal una venta con pacto de retro en función de garantía es si esa “causa garantiae” puede justificar la transmisión de la propiedad de un bien del deudor al acreedor para el caso de que el deudor no pague la deuda. En el Derecho navarro así se admite: si el deudor-vendedor requerido no paga, el acreedor-comprador queda definitivamente propietario del bien.

430

Sin embargo, en el ámbito del Código civil nos encontramos con el problema de la prohibición del comiso en los contratos de garantía real, norma que se considera imperativa, arts. 1.859 y 1.884 C.c. En un plano de política jurídica se puede considerar como justificada o no esta norma, pero, desde luego, mientras el legislador no cambie de criterio es un precepto que ahí está y del que no puede hacerse caso omiso. Podría quizá entenderse como referido exclusivamente a los contratos de prenda, hipoteca y anticresis, pero no a otros contratos atípicos de garantía real. Pero parece más segura la tesis de entender que esa norma prohibitiva se aplicaría a cualquier contrato que comparta la indicada “causa garantiae”, en definitiva, porque el fundamento de la norma sería el mismo: la protección del deudor contra la valoración a la baja de un bien de su propiedad que podría imponerle el acreedor si el primero se encuentra necesitado de crédito. O la prohibición del comiso no tiene sentido para ningún contrato de garantía real, o, si lo tiene, es para todos esos contratos por igual.

Con ello llegamos a la solución que tradicionalmente defiende nuestra jurisprudencia para estos supuestos, que podría decirse que es intermedia: el contrato no es nulo, porque la venta con pacto de retro es real aunque desempeñe una función práctica distinta de la que le sería típica, pero tampoco se produce el efecto propio de una venta con pacto de retro si no se ejercita la retroventa, como sucede en Navarra, en que el acreedor-comprador queda definitivamente propietario, sino que los efectos que se obtienen son los de un contrato de garantía real ordinario: en caso de impago, el acreedor no puede apropiarse definitivamente la cosa sino que debe promover su venta pública, precisamente para que no se eluda de esta forma la prohibición del comiso del art. 1.859 C.c.

Este régimen pienso que es el más ajustado a nuestro Derecho positivo a la hora de enjuiciar un negocio de esta guisa ya celebrado. Lo que no se ve entonces es la utilidad de acudir a esta venta con pacto de retro en garantía en el ámbito del Código civil, si los efectos al final terminan siendo los propios de la hipoteca, y no parece que el coste de la operación sea inferior, sino al contrario (la hipoteca se grava en un 0,5% en AJD, mientras que por la venta con pacto de retro el acreedor garantizado abonaría un 6% en TPO). Y, sobre todo, lo de equiparación a la hipoteca habría que verlo, porque si concurren otros acreedores del deudor sobre ese bien (en cuanto que la “causa garantiae” no bastaría en el Código para que el acreedor adquiriera el dominio, el bien vendido debería considerarse a estos efectos que sigue integrado en el patrimonio del deudor), no parece que el acreedor goce de la preferencia del acreedor hipotecario, dada la interpretación no extensiva de las preferencias crediticias.

En suma, o la venta con pacto de retro en garantía se admite con plenitud de efectos como en Navarra, o, si no, acudir a la misma no parece que tenga ningún sentido, como no sea en relaciones más o menos oscuras.

En cualquier caso, parece claro que en torno a esta venta con pacto de retro en garantía hablar de “causa fiduciae” no sería más que un anacronismo por recuerdo de la vieja “fiducia cum creditore”, en que el deudor no tenía medio jurídico hábil de recuperar la finca sin contar con la voluntad del acreedor. Y si se pretende sostener una posición maximalista en cuanto a los efectos de la venta con pacto de retro en el ámbito del Código, no es la línea del llamado “negocio fiduciario” la que se ha de seguir, sino más bien habría que centrar el esfuerzo argumentativo en la causa garantía y su posible virtualidad para transmitir el dominio, en discutir el fundamento de la prohibición del comiso.

432

3. Y volviendo al terreno de la fiducia, la idea a la que definitivamente debe llegarse es la de que ésta todavía tiene un papel que jugar en cuanto que la pretensión de moralización o causalización absoluta del tráfico debe y no puede menos que encontrar algún límite a partir del cual sería “disfuncional”.

El causalismo a ultranza, que proscribía la fiducia como innecesaria porque ya se cuida la propia ley de evitar que cualquier posible fraude obtenga consagración jurídica, no deja de recordar a esos niños impertinentes que siempre dicen la verdad y que terminan estropeándolo todo. Una cierta dosis de “mentira” o de “injusticia” también es necesaria para que la maquinaria social y jurídica funcione eficazmente. A veces puede ser conveniente que el propósito práctico de un negocio quede en la penumbra en un plano de mero compromiso moral o de honor, mientras que en el plano jurídico se crea una situación “desproporcionada” de legitimación de la que se puede abusar, y la pretensión a toda costa de sacar a la luz y dar trascendencia a esa relación de fondo puede terminar frustrando la finalidad misma de la operación.

Muy en relación con el moralismo y causalismo jurídico

se encuentra, precisamente, la doctrina que se conoce como de la “representación indirecta”. En una actuación en interés o por cuenta ajena aunque el gestor actúe en nombre propio, esa ajenidad del interés debe tener la suficiente trascendencia como para que el principal salga de la penumbra y los efectos jurídicos se produzcan ya directamente en la esfera jurídica del mismo. Es ésta una encomiable idea moralizante que trata de evitar los fraudes mediante la actuación de testaferros, el peligro que para el principal supone la legitimación de ese gestor que actúa en nombre propio si dispone indebidamente de los bienes, o cae en quiebra o concurso —como se ve, una temática muy próxima a la de la titularidad fiduciaria, el doble efecto, etc.—. Pues bien, esta doctrina, si se aplica con rigor impide toda posibilidad de actuación por medio de otras personas sin que ello trascienda a terceros, sin asumir directamente la responsabilidad. Si los efectos de una actuación “nomine proprio” son los mismos que los de una actuación “alieno domine” desaparece el interés práctico, que puede ser perfectamente legítimo, de actuar por persona interpuesta. Por ejemplo: el gestor realmente cuenta con mucho más crédito y solvencia en el tráfico que la persona por la que ocultamente actúa, que es un desconocido. ¿Por qué tiene que quedar el tercero vinculado directamente con el principal y no con el gestor?

433

Por otra parte, esa exigencia inevitable de un tráfico mínimamente ágil que es la irreivindicabilidad del dinero, de las cosas muebles fungibles, de los títulos valores, etc., lleva consigo necesariamente la aparición de situaciones de legitimación que no responden a una titularidad de fondo, y de las que siempre podrá abusarse con eficacia jurídica por la aparición de terceros. Situaciones en que la única garantía del ajuste a la finalidad práctica pretendida seguirá siendo una relación de fiducia o confianza.

En definitiva, ese elemento de primitivismo que decíamos al principio supone la fiducia siempre encontrará ámbitos en los que manifestarse, en cuanto que la pretensión de mora-

lización del tráfico patrimonial siempre encontrará algunos límites por exigencias derivadas de la propia eficacia y agilidad de ese tráfico, y entonces el componente moral para el logro de la justicia en el caso concreto tendrá que proceder todavía de fuera del campo de la coacción jurídica, de la confianza, del por ser vos quien sois.

COSTES DE TRANSACCION Y FE PUBLICA NOTARIAL (*)

RODRIGO TENA ARREGUI

Notario

435

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** EL SISTEMA A EXAMEN: DOCUMENTO PÚBLICO *VERSUS* DOCUMENTO PRIVADO. **A)** Introducción. Breve referencia al documento administrativo. **B)** Los sistemas de documento privado. **1.** *Características generales.* **2.** *Estados Unidos.* **3.** *Reino Unido.* **C)** Los sistemas de documento público. **1.** *Características generales.* **2.** *Alemania.* **3.** *Francia.* **4.** *Italia.* **5.** *Holanda.* **III.** EL SISTEMA ESPAÑOL. **A)** Características generales. **B)** La fe pública notarial y el tráfico inmobiliario. El Registro de la Propiedad. **C)** La fe pública notarial y el tráfico mercantil. **D)** Los costes de la intervención notarial. **E)** Los costes y la organización profesional del Notariado. **IV.** CONCLUSIÓN.

(*) El presente trabajo se elaboró por encargo de la Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, con cuya generosa autorización se publica en la Revista, y en base al seminario realizado en la sede de la Fundación el día 3 de febrero de 1994.

I. Introducción

En una época en que tanto se habla de la competitividad de nuestra economía no puede dejar de estudiarse, si se quiere ser realmente riguroso, la ordenación del tráfico jurídico en España. Conseguir un sistema que produzca gran seguridad a un coste bajo es uno de los objetivos básicos de cualquier país que pretenda, no ya un mínimo de presencia internacional, sino simplemente subsistir en un marco de economías nacionales cada vez más interrelacionadas, en el que la supremacía corresponderá, indudablemente, a aquel que más adecuadamente asigne sus recursos.

436

Pues bien, el papel que juega en ese tráfico el Notariado es fundamental. Desde los actos más corrientes de nuestras sociedades mercantiles, hasta la más insignificante transmisión inmobiliaria y sucesoria, pasando por el ámbito financiero, su presencia es constante. Por ello no resulta ocioso preguntarse por la incidencia de dicha institución en el marco de nuestra ordenación jurídica y económica, por su aportación a la seguridad jurídica, a la prevención de litigios, a la reducción de costes, en una palabra, por su utilidad. A ello vamos a dedicar las páginas siguientes, aunque teniendo siempre en cuenta, por supuesto, que el Notario sólo es una pieza más de un engranaje muy complejo, por lo que sería totalmente absurdo proponer su modificación prescindiendo del conjunto del sistema. Este hecho evidente nos obligará a enjuiciar y a comparar dicho sistema con otros diferentes, siquiera de una forma muy general, en la primera parte de nuestro estudio.

Es cierto que si únicamente mereciesen subsistir las instituciones que la evolución histórica ha considerado eficientes y por tanto ha mantenido con vida, seguramente la fe pública tendría cuerda para rato. Arranca de los tabeliones romanos y los escriptores de la alta Edad Media, redactores de convenciones y consejeros de las partes que paulatinamente fueron ganando la confianza del público hasta conse-

guir, primero en la práctica de los Tribunales y finalmente en la consagración legislativa que tiene lugar con la recepción del Derecho Romano, que esa pública confianza se acompañara de “fe pública”. Y se consolida con el gran auge del Notariado que tiene lugar en la Europa continental en el siglo XIX y principios del XX, debido fundamentalmente a la libertad contractual y al concepto de propiedad individual correspondiente a las necesidades de la época. No es por tanto la fe pública el fruto de un capricho ocasional de un determinado legislador, sino que su pervivencia social y jurídica sólo se explica si se enlaza más con una conquista personal de atribuciones y prestigio que con una concesión legal de funciones.

Pero el referente a la evolución histórica no es definitivo, sino precisamente todo lo contrario, en la medida en que esa evolución exige una nueva justificación ante cada nueva circunstancia social, obligándonos por tanto a pre-437guntarnos permanentemente por la utilidad o por la “justicia” de la institución que estudiemos.

Desde que la fe pública fue configurada en el siglo pasado con los rasgos fundamentales que se mantienen en la actualidad, mucho ha cambiado el tráfico jurídico. De las figuras clásicas perfectamente definidas de nuestros Códigos civil y de comercio, que parten de la libertad y la igualdad de los contratantes a la hora de negociar, sin intervención estatal alguna, hasta el moderno tráfico con sus contratos de adhesión o con condiciones generales que relacionan a la gran empresa con los consumidores, pasando por las relaciones contractuales de hecho y la proliferación de los negocios abstractos, la transformación es gigantesca. La diferente fuerza económica de los contratantes, que lleva consigo necesariamente desigualdad de información y por tanto situaciones no equitativas e ineficiencia (incorrecta asignación de recursos), ha motivado una cada vez mayor intervención estatal en el tráfico, ya sea obligando a contratar, ya sea imponiendo el contenido del contrato, ya sea excluyendo

cláusulas o estableciendo límites al mismo. Dicha intervención ha sido en ocasiones criticada ("crisis de la autonomía de la voluntad") y en otras defendida como el único recurso para defender precisamente dicha autonomía, al igual que ocurre con la legislación antimonopolio o de defensa de la competencia en el ámbito de la política económica. Todas estas circunstancias repercuten indudablemente en la forma de trabajar del Notario y en su aportación a la seguridad y buen funcionamiento del tráfico jurídico, y serán examinadas, junto con los costes directos de la intervención notarial, en la segunda parte de este trabajo.

II. El sistema a examen: Documento público *versus* documento privado

438 A) Introducción. Breve referencia al documento administrativo.

Tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre tres sistemas jurídicos diferentes, cada uno correspondiente a un género documental distinto: el documento notarial o instrumento público, el documento privado y el documento administrativo (1). Pero no cabe ninguna duda de que el interés fundamental se centra en los dos primeros.

La suerte del documento administrativo ha ido ligada en su origen y en su decadencia al del propio sistema que lo creó: el socialista. Su implantación en Portugal en época de Salazar (Ley de 28 de noviembre de 1961) comprensible desde el punto de vista político, no lo fue en absoluto desde el punto de vista económico y social. En un sistema de economía de mercado el Estado confía en las iniciativas de sus particulares, por lo que resulta congruente que, de encomendar a alguien el ejercicio de una función pública, se le

(1) Así V. FONT BOIX y otros, *Sistemas jurídicos y documento*, Valencia, 1982.

atribuya al mismo profesional del Derecho al que los particulares han confiado sus propios intereses. Las tendencias que en la misma dirección administrativista, y basadas exclusivamente en criterios de control político, surgieron en la Italia fascista, en el Brasil de Kubitschek y en el Chile de Pinochet, sucumbieron ante este hecho innegable (2).

En el sistema correspondiente al documento administrativo es el Estado el que interviene en la contratación entre particulares a través de sus funcionarios, que se encuentran, por tanto, al servicio de la Administración Pública, y sólo indirectamente, en la medida en que sirven a ésta, al servicio de los particulares. La experiencia ha venido a poner de manifiesto los inconvenientes: burocratización, lentitud, falta de agilidad, subordinación al poder político de turno, que tiene la facultad de realizar las mayores modificaciones jurídicas sin más que ordenar y prohibir a sus funcionarios la inserción de determinadas cláusulas, etc. Poco a poco el tráfico empieza a escapar a ese control y a funcionar sin garantías. Por último el sistema es caro tanto para el Estado como para los usuarios. Para el Estado, porque tiene que organizar y sufragar una nueva estructura administrativa. Para los usuarios, además de que porque es caro para el Estado y por tanto para ellos, porque el funcionario tiene que realizar una actividad meramente fedante, lo que les obliga a buscar —y pagar— el asesoramiento en otro lado.

Este sistema ha sido o está siendo abandonado por los que fueron sus principales valedores: los países del Este de Europa (en la actualidad ya rige el sistema notarial de tipo latino en Polonia, Rumania, Hungría, República Checa, Eslovaquia, Países Bálticos y Rusia) e incluso por China. Pienso por tanto que su examen en profundidad presenta un interés muy relativo.

(2) Véase a este respecto A. RODRÍGUEZ ADRADOS, "Sobre las consecuencias de una funcionarización de los Notarios", *Revista de Derecho Notarial*, Número CIV - Abril-Junio 1979.

B) Los sistemas de documento privado.

1. *Características generales.*

440 Sí tiene interés sin embargo, y mucho, el sistema correspondiente al documento privado, que rige, además de en el Reino Unido, en los Estados Unidos de América fundamentalmente. Es cierto que en este último país existe lo que se denomina "notary". Pero el "notary" no es que no sea ya un especialista en el ámbito del Derecho privado, sino que en general carece de cualquier tipo de formación jurídica y se limita a recoger las declaraciones de las partes como simples hechos sin configurarlas jurídicamente. Es evidente por tanto que el documento intervenido por ellos no puede recibir un reconocimiento especial, por lo menos no con el mismo alcance que otros sistemas dan al documento público, basado en la condición de jurista del Notario, en la medida en que las presunciones privilegiadas de exactitud y legalidad de este tipo de documentos con referencia a los demás no tienen en aquellos ninguna justificación. Es un sistema por tanto de documento privado puro. La única excepción la hallamos en el Estado de Luisiana, donde rige el Notariado de tipo latino, y en Inglaterra en los Notarios de Londres, excepción ésta que será estudiada más adelante.

La historia del tráfico jurídico basado en el documento privado es la historia del "Common Law". En Inglaterra, la "agresión" del Derecho Romano fue desbaratada por la resistencia de una profesión legal fuertemente organizada en torno a un restringido y poderoso grupo de jueces, inmersos en una larga e ininterrumpida tradición que se desenvolvía al margen de las Universidades, donde la influencia de aquel Derecho, por su brillantez y rigor lógico, era absoluta. Los jueces y los juristas, a diferencia de sus homónimos del continente, se formaron fundamentalmente en la práctica de su profesión (es curioso señalar que nunca ha sido necesario ni en Inglaterra ni en Estados Unidos el paso por las

Universidades para ejercer como jurista). A dicha circunstancia hay que añadir la propia complejidad y rigidez de las normas procedimentales, de conformidad con las más arcaicas tradiciones típicamente inglesas, que obligaban en cada caso a adaptar y desfigurar las ideas influidas por el Derecho Romano.

El "Common Law" es un Derecho de acciones, lo que por cierto le asemeja en su origen con el propio Derecho Romano, y está profundamente condicionado —sustantivamente condicionado— por el procedimiento ante los Tribunales. En el sistema anglosajón la prueba por excelencia es la oral, que recae sobre aquello que el testigo ha visto u oído directamente, teniendo la prueba documental un carácter subordinado. La contraposición entre documento público, con una eficacia especial previamente determinada por la Ley, y documento privado, es totalmente ajena al sistema.

441

2. Estados Unidos.

Comenzamos por este país por cuanto en él el sistema se ha llevado a sus últimas consecuencias y puede examinarse prácticamente en toda su pureza.

El efecto más claro se observa en el tráfico inmobiliario (3).

(3) Sobre este tema puede consultarse en castellano, además del ya citado *Sistemas jurídicos...*, los siguientes trabajos: M. MIRANDA, "Estudio comparativo de la transmisión y constitución de derechos reales en Estados Unidos frente a sistemas que imponen la intervención notarial de tipo latino", *Revista de Derecho Notarial*, XCI, Enero-Marzo 1976, págs. 83-150; E. VÁZQUEZ BOTE, "El denominado seguro de títulos - Ventajas e inconvenientes de su adopción en el Derecho español", *Revista de Derecho Notarial*, XCII, Abril-Junio 1976, págs. 221-375; J. PUIG BRUTAU, "El seguro a favor del adquirente de bienes inmuebles en los Estados Unidos", *Revista de Derecho Notarial*, XCIII-XCIV, Julio-Diciembre 1976, págs. 247-69; Estos tres últimos contienen una amplísima bibliografía americana sobre el tema. También, J. VALLET DE GOYTISOLO, "Problemas que afectan al principio de seguridad jurídica derivados de un sistema de transmisión de inmuebles mediante documento privado. El seguro de título", *Revista de Derecho Notarial*, XCIX, Enero-Marzo 1978, págs. 161-248; y J. THORENS, *Les traits caractéristiques de la property Law anglo-américane. Le cas des Etats-Unis*, Editions Staempfli & Cie, Berna 1986.

Como es sabido, la transmisión de la propiedad y la constitución y transmisión de los demás derechos reales en los EE.UU. presenta dos fases fundamentales: el negocio causal antecedente y el negocio dispositivo unilateral ("deed" o "mortgage", según los casos) acompañado en algunos Estados de inscripción constitutiva o "sistema Torrens" y en la mayoría de registro declarativo y voluntario.

En el negocio obligacional antecedente (una compraventa, por ejemplo) las partes se ponen de acuerdo fundamentalmente sobre el objeto a transmitir y el precio, aunque la fijación de éste no pueda ser definitiva en ese primer momento por las razones que luego veremos. Para evitar su elevado coste el contrato se redacta normalmente sin asesoramiento legal, lo que ya plantea los primeros inconvenientes al poder filtrarse vicios de nulidad, falta de claridad en la redacción, inseguridad en cuanto a capacidad y consentimiento, etc. Una vez celebrado este contrato se pasa a la fase de investigación de la calidad del título del transmitente. Es evidente que al no existir documentación pública ni su complementaria fe registral, el adquirente no tiene ninguna seguridad de que el vendedor vaya a ser realmente propietario, ni de que no existan cargas que le puedan ser opuestas. Esta fase es la conocida con el nombre de "abstract and opinion".

El "abstract" es una investigación realizada normalmente por un profesional en registros, archivos y en otros "abstracts", sobre la historia de un título de propiedad, remontrándose hasta la adjudicación del dominio hecho por la Corona Británica, aunque lo cierto es que los costes e inconvenientes que esto plantea ha llevado a muchos Estados a establecer plazos más cortos de prescripción. Una vez realizada la investigación, un jurista emite la "opinion" o dictamen sobre el estado del título, por el que cobra normalmente un 1% del precio de transmisión. A la vista de este dictamen el comprador tiene derecho a renegociar el precio e incluso puede negarse a aceptar el título. Dichas

incidencias, junto con sus plazos e imputación de los gastos hasta entonces devengados, deben pactarse cuidadosamente en el negocio antecedente por lo que pudiera pasar.

Llegados a esta fase pasamos al otorgamiento de otro documento, denominado "deed" o "mortgage" según se trate de la transmisión de la propiedad o de la constitución de un derecho real. Se trata de un documento que recoge el negocio jurídico unilateral de disposición (con precio meramente simbólico por evidentes razones fiscales) y cuya "delivery" o entrega culmina el negocio transmisivo. Aquí es donde interviene el "notary" para legitimar las firmas. Este documento es esencial y su pérdida o extravío puede resultar gravísimo desde el punto de vista práctico, sin perjuicio de que por sí sólo no pruebe tampoco nada, al estar enlazado causalmente con el negocio obligacional antecedente.

Y con esto llegamos al momento clave, que caracteriza típicamente el sistema americano, que es el del "title insurance" o seguro del título. Es evidente que por muy bien que se haya hecho el "abstract and opinion" la inseguridad permanece, pues dada la clandestinidad del sistema siempre puede haber circunstancias (dobles ventas, gravámenes) que no se hayan podido tener en cuenta. Por ello suele contratarse (siempre en el caso de que la compraventa vaya seguida de "mortgage", pues existe una íntima relación entre las entidades prestamistas y las aseguradoras) una póliza con una compañía de seguros para el caso de que aparezcan cargas que no se hayan podido tener en cuenta o para el de evicción. Es imprescindible señalar que lo que se acuerda es una indemnización económica, que no cubre las posibles mejoras realizadas por el comprador, y que evidentemente sólo se paga tras la derrota en juicio.

El dominio del mercado inmobiliario realizado por estas aseguradoras es tan absoluto, que es frecuente que asuman también la elaboración del "abstract", lo que les permite excluir riesgos probables de la cobertura con poco control por parte del cliente, que se ve obligado prácticamente a

firmar sus condiciones generales. La póliza se paga sólo una vez y su coste medio es en torno al 5% del valor asegurado (4). Como último paso de este largo proceso transmisivo se encuentra el registro, que en la mayoría de los Estados tiene carácter voluntario y declarativo de tipo latino. Sin embargo, la frecuencia de los casos en los que el adquirente no procede a la inscripción ha forzado a la jurisprudencia a introducir limitaciones al principio de inoponibilidad, reconociendo sistemas de publicidad no registral.

En conclusión, los inconvenientes del sistema saltan a la vista: es complicado, caro, lento e inseguro, y en la mayoría de los casos los problemas sólo se solucionan por sentencia judicial. La propia doctrina jurídica norteamericana lo ha criticado fuertemente y así, se ha dicho que sólo la fuerza de la costumbre (y de las aseguradoras, añadimos nosotros) puede explicar que los norteamericanos no se asombren de su sistema inmobiliario (5).

444

La sucesión testamentaria también responde a este mismo esquema. Todo lo necesario para un testamento válido es una declaración por escrito que exprese las instrucciones del testador respecto a la distribución de su propiedad. Esta declaración debe ser firmada por él en todas sus hojas y atestiguada por dos o más testigos, según requiera la legislación del Estado respectivo, que deberán firmar en presencia del testador y unos en presencia de otros. Todo ello se plasma en la cláusula de "attestation" que no es parte integrante del testamento pero que se usa para su prueba. Sin embar-

(4) Es difícil precisar con exactitud el coste de la prima del seguro. A la resistencia de las compañías aseguradoras a hacer públicas sus tarifas, se añade el hecho evidente de que debe haber importantes variaciones de precios según las diferentes zonas, trabajos realizados y riesgos a asumir, por lo que los ejemplos aislados que se puedan obtener tampoco resultan definitivos. El dato ofrecido se ha tomado del trabajo de E. VÁZQUEZ BOTE, *ob. cit.*, pág. 288. Unas pocas páginas después, en la 359, se da la cifra del 4%; y en la página 322, casos de primas de 200 a 300 \$ sobre valores de 25.000 a 35.000 \$ (0,85%). El dato del 5% puede por tanto ser exagerado, pero no he tenido posibilidad ni de confirmarlo ni de refutarlo.

(5) Así JOHN C. PAYNE, "Title Guaranty Funds: Symptom, Cure or Nostrum", *Indiana Law Journal* 1971, pág. 212, citado por J. PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, pág. 259.

go, la importancia de los requisitos de forma y las particularidades sustantivas de los diferentes Estados imponen en la práctica el asesoramiento jurídico, que no siempre se obtiene.

Por último es necesario un procedimiento judicial (“probate”) para determinar si el testamento es o no válido. Los trámites varían según las reglas de cada Estado, pero normalmente comienzan por una petición dirigida al Tribunal por la persona nombrada “executor” en el testamento. A continuación se hacen notificaciones a todas las personas nombradas y a las que, según las leyes del Estado, tendrían derecho a la herencia si el testamento no fuese válido. Si hay oposición, la persona que presenta el testamento tiene la carga de probar que el testador tenía la capacidad necesaria y realizó el testamento debidamente. Si el Tribunal considera satisfactoria tanto la realización del testamento como la capacidad, autoriza la expedición de un nombramiento (“letters testamentary”) a favor del executor, que le faculta para reunir todos los bienes del difunto, entregar legados, pagar cargas y deudas, y distribuir el resto. Terminadas estas tareas será relevado por el Tribunal de sus obligaciones y se liberará su fianza.

445

De nuevo nos encontramos con los costes (6) y con la lentitud del proceso. Realmente encontrar un buen sistema de seguridad preventiva parece que es el gran caballo de batalla de la sociedad americana, en donde la litigiosidad en todos los órdenes y el cada vez más constante recurso a los Tribunales se ha multiplicado en los últimos años de una forma alarmante. Sólo en 1989 se interpusieron más de 18 millones de pleitos civiles, uno por cada diez adultos. Cada año se gastan más de 80.000 millones de dólares en costes judiciales directos y en primas de seguro cada vez más altas, y si se incluyen los costes indirectos se alcanza la cifra de 300.000 millones de dólares. Todo esto

(6) El “executor” cobra por sus trabajos de liquidación entre un 3 y un 5% del caudal relicto. El máximo legal está fijado en un 8%.

quizá explique por qué Estados Unidos cuenta en la actualidad con el 70% de los abogados de todo el mundo (7).

Las razones de esa inflación litigiosa son complejas. Así se ha mencionado el fenómeno denominado como el de “reblandecimiento de los límites de lo legal” que hace referencia al hecho de que las sentencias tomen en consideración cada vez más argumentaciones no estrictamente técnico-jurídicas, sino de carácter moral, político, “multicultural”, etc. También indudablemente influye la extraordinaria complejidad del sistema legal americano y las particularidades de su procedimiento judicial, pero lo cierto es que el recurso a la seguridad preventiva parece estar cada vez más presente en la mente de la doctrina y de los profesionales. Hasta ese punto es así que la “American Bar Association” decidió, el 8 de septiembre de 1993, presentar una resolución solicitando al Gobierno americano la introducción en los Estados Unidos de una nueva figura profesional que posea funciones similares a aquéllas del Notario latino (llamado provisionalmente “Supernotary”) y la capacidad de aumentar el nivel de la seguridad jurídica en dicho país.

A diferencia del sistema inglés, en Estados Unidos la profesión jurídica cuenta hoy exclusivamente con una sola categoría: la del “lawyer” o “attorney-at-law”. Como se ha señalado, la posesión de un título universitario no es suficiente, ni en muchos Estados necesario, para el ejercicio profesional. Lo normal es que se exija un examen (“bar examination”), que suele realizarse con intervención de los Tribunales o de la asociación de abogados estatal o local, y

(7) Estos datos se contienen en la “Agenda for Civil Justice Reform in America; A Report from the President’s Council on Competitiveness”, Agosto 1991; y en el discurso del Vicepresidente Dan Quayle en la Reunión Anual de la “American Bar Association” celebrado en Atlanta el 13 de agosto de 1991. Sin embargo, fueron calificados como exagerados por *The Economist* (“The Legal Profession” July 18th 1992) que, entre otras precisiones, señala que el número de abogados en Estados Unidos no llega al 40%. Según el ranking publicado, encabezaría la lista Pakistán con 508 abogados por cada 100.000 habitantes; Estados Unidos tendría 312; Francia 49; Holanda 35; como dato curioso, España 84; y Bélgica 214. Y en la estadística no se contempla sólo a los “litigators”.

conforme a las orientaciones generales procedentes de la "American Bar Association" de ámbito nacional.

3. Reino Unido.

Respondiendo al mismo esquema general, el sistema presenta en el Reino Unido ciertas interesantes particularidades basadas en un dato fundamental. Y es que, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, la intervención de un miembro de la "legal profession" (normalmente un "solicitor") es preceptiva en los "act under seal" ("deed o mortgages"), aunque tras la "Law of Property Act" de 1989 el sello ya no sea necesario (8).

Esta circunstancia permite a los juristas del Reino Unido mantener el control, o el monopolio, sobre las transmisiones inmobiliarias, evitando el "asalto" de las compañías aseguradoras. Pese a ello, también existe el seguro del título, en la medida en que el problema de la prueba del dominio permanece, si bien con menor incidencia que en los Estados Unidos.

Es tradicional que cualquier manual de "conveyancing" comience, sobre todo si está escrito por un "solicitor", enumerando las razones por las cuales la transmisión inmobiliaria debe estar controlada por dos o a veces tres abogados (tres si la compraventa va seguida de hipoteca) (9). Dejan-

447

(8) En 1987 Margaret Thatcher designa a Lord Mackay of Clashfern, Lord Chancellor del Reino Unido. Dos años después el nuevo Canciller publica los tres famosos "green papers", con propuestas dirigidas a acabar con los monopolios jurídicos, que son recibidos como un auténtico terremoto. Básicamente contienen dos: primero, permitir a los "solicitors" acudir a los Tribunales, acabando con el monopolio de los "barristers" (hasta ese momento para contactar con un "barrister" era necesario ser presentado por un "solicitor", y pagar a los dos, lógicamente) lo que se consigue con la "Courts and Legal Services Act" de 1990; y segundo, acabar con el monopolio de los "solicitors" en la transmisión inmobiliaria, dando entrada a las instituciones financieras. Pero este último intento fracasó. Véase el comentario de *The Economist* —ciertamente un tanto parcial— en *ob. cit.*, págs. 15-17.

(9) Véase aparte del *Sistemas...* ya comentado, I. R. STOREY, *Conveyancing*, Londres, 1993. En el capítulo 3.º contiene, bajo el epígrafe "Outline of a typical transaction", págs 20-24, un resumen muy claro del sistema. En cuanto a las razones apuntadas, pág. 3.

do aparte la razón apuntada de que la transferencia o la creación de lo que aquí llamaríamos un derecho real debe hacerse por medio de un “deed” (lo que por sí sólo ya resulta suficiente), se señalan básicamente dos: la tremenda complejidad del sistema inmobiliario inglés, típicamente feudal, en donde no se tiene la propiedad (concepto romano) de una finca, sino simplemente un “estate” sobre ella, que puede ser de muchos tipos; y la prueba del dominio, que presenta los mismos inconvenientes que el sistema americano. Precisamente por ello, desde 1925 para ciertas áreas metropolitanas, y desde el 1 de diciembre de 1990 para toda Inglaterra y Gales, se ha establecido un sistema de inscripción obligatoria en el Registro de la Propiedad para la primera transmisión por venta. Si no se solicita dicha inscripción en el plazo de dos meses la transmisión deviene ineficaz, por lo menos hasta que la registración se efectúe. El sistema no termina de convencer a la doctrina. Durante mucho tiempo subsistirán dos regímenes diferentes de propiedad, la inscrita y la no inscrita. Además ese Registro de títulos coexiste con otro de cargas, con poca armonía para el sistema de publicidad.

Una transmisión típica en el Reino Unido conlleva los siguientes pasos: El “solicitor” del vendedor, después de examinar su título de propiedad, redacta un borrador de contrato (“draft”) por duplicado, que envía al “solicitor” del comprador. El “draft” es meramente una base para la negociación que no implica obligación para ninguna de las partes, lo que supone un alto riesgo de “gazumping” (retirada sin penalización, por lo menos contractual, ante una mejor oferta u oportunidad) a veces muy avanzada la negociación. A partir de ese momento el “solicitor” del comprador comienza a investigar con el objeto de averiguar todo lo que pueda acerca de la propiedad. Si las partes están de acuerdo se entra en el contrato formal, que necesariamente debe constar por escrito (en dos ejemplares normalmente) y firmado por ambos contratantes. A partir de ese momento el

vendedor está obligado a “deducir el título” que se ha obligado a transmitir. Es la fase del “abstract”, que ya conocemos, aunque si el título está inscrito los problemas evidentemente se reducen. Si el vendedor no puede demostrar que su título es bueno, que es “comerciable”, se produce un incumplimiento contractual. A continuación el “solicitor” del comprador prepara el “deed”, remitiéndoselo al del vendedor para su examen. El paso final viene determinado por la “completion”, minuciosamente regulado en cuanto a tiempo y lugar, en el que se intercambian los títulos de propiedad y el “deed” por un lado y el precio por otro. La registración del título cierra el proceso.

El sistema es sin duda más seguro que el americano, pero también más lento. Por estos trabajos cada “solicitor” suele cobrar entre el 0.5% y el 1% del precio de compra. Los “fees” a pagar por las investigaciones realizadas en los Registros públicos suelen girar en torno a las 70 a 90 libras por cada asunto.

Dentro de la profesión legal en el Reino Unido podemos distinguir los “barristers”, los “solicitors”, los “licensed conveyancers” y los “notaries”. Como hemos ya reiteradamente señalado no se necesita ningún título universitario. Así por ejemplo, los “barristers” pueden considerar el título como un mérito adecuado para la dispensa de algunos exámenes, pero las “Inns” no delegan en nadie la formación de sus miembros. Aunque todas las “legal professions” están habilitadas para actuar en el ámbito extrajudicial, el predominio de los “solicitors” en este campo es prácticamente total. Para ser “solicitor” se necesita: aprobar un examen de cultura general; un período de aprendizaje de tres a cinco años, con dedicación exclusiva como escribiente; asistencia durante un período de un año como mínimo (normalmente son tres o más) a un centro de enseñanza jurídica de los aprobados a tal fin por la “Law Society”; y por último aprobar dos exámenes finales en la propia “Society”.

En cuanto a los “London notaries” ocupan una posición

especial dentro del sistema, pues cumplen prácticamente todos los requisitos de los Notarios latinos. Competentes en todo el país, ejercen su función en régimen de exclusividad en la ciudad de Londres, las "liberties" de Westminster, el municipio de Sothwak y un radio de tres millas alrededor de la "City". Su introducción, en 1801, obedeció a la necesidad de conectar el sistema del "Common Law" con el existente en el continente europeo. Tienen por tanto una importante particularidad: redactan los documentos con arreglo a las leyes del país latino donde van a surtir efectos, pero los jueces ingleses les niegan la eficacia especial del documento público dentro del Reino Unido. Circunstancia fundamental que impide su asimilación al Notariado latino.

C) Los sistemas de documento público.

450

1. *Características generales.*

El sistema basado en el documento público es sin duda el más extendido internacionalmente. Es el adoptado por los países de la Unión Europea (con la excepción de Gran Bretaña, Irlanda, Dinamarca y Portugal), por los países Iberoamericanos (excepto Venezuela) y otros en Africa y Asia como por ejemplo Japón, hasta un total de 50.

La justificación de este sistema descansa en el carácter de profesional, especialista en Derecho privado, del Notario. Es decir, en su carácter de asesor jurídico, intérprete y configurador, con arreglo a la legalidad, de la voluntad de las partes, y no por tanto en su mero carácter de fedatario, que si no es un plus respecto de lo anterior no puede justificar, como veíamos antes, la especial importancia que se da al documento creado por él. La idea fundamental que está detrás del sistema es que el Estado delega en el profesional que los particulares libremente escogen para que les asesore y medie en sus negocios privados, la facultad de autenticar con una eficacia especial, probatoria y sustantiva,

los documentos en que interviene. "Por eso hay que insistir especialmente en el hecho de que el núcleo esencial de la función notarial no consiste tanto en preconstituir medios de prueba para un proceso, como en evitar que ese proceso se produzca. Esa es la verdadera razón de ser de la función notarial, la causa misma de su existencia" (10). En definitiva, el "notaría abierta, juzgado cerrado" de Joaquín Costa.

El Parlamento Europeo, en una Resolución de fecha 19 de enero de 1994 relativa a la "Situación y Organización del Notariado en los doce Estados Miembros de la Comunidad Europea" destacó las notas que deben ser comunes a la profesión: delegación especial del poder del Estado para asegurar el servicio público de la autenticidad de los contratos y de las pruebas; actividad independiente que se ejerce en el marco de un cargo público, bajo la forma de una profesión liberal, pero sometida al control de los poderes públicos en cuanto a la observancia de las normas referentes al documento notarial y a la reglamentación de las tarifas en interés de los clientes; función preventiva a la del Juez encaminada a reducir los litigios y funciones de asesor imparcial. Solicita por último de la Comisión la adopción de las medidas necesarias para la máxima aproximación posible entre los diferentes Notariados, en aras especialmente a facilitar una circulación transfronteriza y sin trabas del documento notarial (11). Se pretende en definitiva que los diferentes Estados reconozcan idéntica eficacia al documento notarial, siempre que sea propiamente tal, proceda de donde proceda.

(10) TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ y F. SÁINZ MORENO, *El Notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, pág. 152, Civitas, 1989.

(11) Del documento notarial, pero no del Notario. El punto 4.º de dicha Resolución considera "que la existencia de una delegación parcial de la autoridad del Estado, como elemento inherente al ejercicio de la profesión del Notario, basta para justificar la aplicación a la misma del artículo 55 del Tratado CE, en virtud del cual se exceptúan de las disposiciones relativas al libre establecimiento y a la libre prestación de servicios las actividades que, en dicho Estado, están relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público".

Otras características generales a los Notariados europeos son la existencia de "numerus clausus" en cuanto al acceso a la profesión, la distribución territorial de plazas en función de las necesidades del servicio, y la existencia de un protocolo de documentos originales de cuya custodia y conservación está encargado el Notario y en base al cual se expiden las copias.

Pero es evidente también que, por ser una profesión que reviste un interés público, cada país la ha regulado de una forma especial, adaptándola a sus propias particularidades, por lo que la armonización completa es difícil. Pasamos a ver a continuación cómo funciona en algunos de los países más importantes de la Unión Europea.

2. *Alemania.*

452 La ley alemana de Documentación, de 28 de agosto de 1969, define al Notario como titular independiente de una función pública para la autenticación de hechos jurídicos y otras competencias en el campo de la jurisdicción voluntaria. Su competencia se extiende a todo el Derecho privado, aunque es especialmente intensa en el ámbito de las operaciones inmobiliarias y de los documentos societarios.

En Alemania existen tres modalidades de Notarios:

a) Notario puro ("Nurnotar"), al modo del Notario latino del resto de los países del Continente. Está vigente en toda Baviera, Hamburgo, Renania del Norte-Westfalia, parte de Baden-Würtemberg y Hesse, Renania-Palatinado y el Sarre.

b) Abogado-Notario ("Anwalsnotar"). El abogado que ha desempeñado su profesión un tiempo determinado puede ejercer también la función de Notario. Está vigente en Berlín, Schleswig-Holstein, Bremen, Baja Sajonia y Hesse, así como en parte de Baden-Würtemberg.

c) Notario-funcionario judicial. Está vigente en otra zona de Baden-Würtemberg.

En numerosas ocasiones se han reconocido las ventajas del Notariado puro, aunque no se ha establecido todavía como objetivo su implantación generalizada. Esto no obstante, los nuevos "länder" integrados en la actual Alemania unificada, es decir, los antiguos "länder" de la R.D.A, salvo Berlín, se han integrado en el sistema puro.

El número de Notarios está limitado. En 1993 existían 1.562 Notarios puros, 8.616 Abogados-Notarios y 350 funcionarios. Para ser Notario es necesario tener el título de Doctor en Derecho y aprobar dos exámenes, con dos períodos de prácticas intermedias de tres años cada uno.

El Notario es retribuido directamente por los particulares que requieren sus servicios conforme a una tarifa o arancel. Su retribución es fija en ciertos casos; proporcional a la fortuna del testador en los testamentos; y proporcional a la cuantía del acto en las compraventas, sociedades y contratos. La ley determina un baremo proporcional y regresivo según el valor del negocio.

453

Podemos señalar los siguientes ejemplos:

Base:	150.000 DM	300.000 DM	750.000 DM
a) Compraventa			
Total:	1.275 DM	2.010 DM	4.425 DM
b) Hipoteca			
Total:	350 DM	560 DM	1.250 DM
c) Testamento			
Total:	350 DM	560 DM	1.250 DM
d) Poder (en función de la cuantía del negocio para el que se ha otorgado)			
Total:	175 DM	280 DM	625 DM

Sobre estas cantidades se aplica el 14% de IVA.

3. *Francia.*

El Notario se configura como un “oficial público establecido para recibir todos los actos o contratos a los cuales las partes deben o quieren dar el carácter de auténticos que tienen los actos de la autoridad pública, para asegurarse su fecha, conservación y expedir copias” (Ley de Ventoso y Ordenanza de 2 de noviembre de 1945). Su actividad se centra fundamentalmente en el campo inmobiliario, familia, sucesiones y operaciones de crédito.

Manteniendo las características esenciales del Notariado latino, el sistema francés presenta tres particularidades:

a) El “derecho de presentación”, salvo en los Departamentos de Haut-Rhin, Bas-Rhin y de la Moselle (Alsacia y Lorena). Dicho derecho supone la subsistencia de la transmisión de oficios, bien por herencia, cesión o enajenación onerosa, aunque por supuesto siempre a favor del licenciado en Derecho que haya superado el examen de aptitud ante un Tribunal o haya obtenido el Diploma Superior de Notariado (tres años además de la licenciatura). Por excepción existe una vía de acceso para los no licenciados siempre que acrediten doce años de ejercicio como primer pasante y aprueben un examen ante un Tribunal Nacional.

b) La existencia de sociedades titulares de un oficio notarial. Pueden constituir las que habiendo cumplido los requisitos para acceder a la profesión no tuviesen una Notaría propia. La sociedad es la titular de la Notaría y la que viene a suceder al anterior titular del oficio.

c) La amplitud de actividades o funciones que la Ley y la costumbre otorgan a la figura notarial, especialmente en el ámbito de la negociación inmobiliaria.

Su intervención es obligatoria en los actos y contratos que han de tener acceso al “Fichier immobilier” o Registro de la Propiedad, en el testamento auténtico, en la hipoteca inmobiliaria y en los contratos matrimoniales.

El número de Notarios está limitado. Un Notario por cada

cantón y un número determinado de ellos en las ciudades de más de 100.000 habitantes. En 1993 el número de Notarios era de 7.535.

En cuanto a los honorarios, la remuneración comprende todos los trabajos de redacción del documento y las operaciones anteriores y posteriores al mismo derivadas de su cumplimiento y exigidas como necesarias por la Ley y los Reglamentos. Existen honorarios fijos y proporcionales dependiendo de la naturaleza del acto (hay hasta 96 tarifas distintas). En relación con los Aranceles notariales españoles el importe es entre el doble (en los actos de pequeña cuantía) y diez veces mayor (en los actos de gran cuantía: sociedades, disoluciones de comunidad, daciones en pago, donaciones inter-vivos, ventas de inmuebles, especialmente de locales comerciales o fondos de comercio, etc.).

Así, debemos distinguir:

a) Emolumentos de escrituras:

- Hasta 20.000 FF del precio de venta 5%
- De 20.001 a 40.000 FF 3,3%
- De 40.001 a 110.000 FF 1,65%
- A partir de 110.001 FF 0,825%

b) Emolumentos de la negociación:

- Hasta 175.000 FF del precio de venta 5%
- De 175.000 FF en adelante 2,5%

A las cantidades así fijadas se le añade un I.V.A. del 18,6%.

4. *Italia.*

Para ser Notario en Italia se exige ser Doctor en Derecho, un período de prueba de dos años en una Notaría y haber superado un concurso oposición.

El número de Notarios está limitado y se fija su residencia teniendo en cuenta la población, la cantidad de asuntos, la extensión del territorio y ciertas reglas particulares

basadas en criterios demográficos y de renta anual (un Notario por, al menos, cada 8.000 habitantes).

En cuanto a los honorarios, según la Tarifa Notarial que entró en vigor el 1 de julio de 1987, son de dos tipos:

a) Proporcionales, para los documentos que sean de cuantía determinada o determinable. Existen varios tramos que van desde las 40.000 Liras si la cuantía es inferior a 500.000 Liras; hasta 1.200.000 Liras, si la cuantía supera los 5.000.000.000 de Liras. A estos honorarios base se añaden los de asesoramiento, que se calculan por el Notario, y cuyo montante puede llegar hasta el triple del honorario base del documento mismo. Por término medio el coste de la intervención notarial suele girar en torno al 1,5%.

b) Fijos, en los demás casos. Podemos señalar como ejemplo un testamento (80.000 Liras) y un poder general (40.000 Liras).

456

5. *Holanda.*

Para ser Notario se exige estar en posesión de un Diploma en Derecho y especializarse en Derecho Notarial (5 años). A continuación es necesario efectuar una pasantía de tres años en una o más Notarías, siguiendo a la vez un curso de formación profesional organizado por la Cofradía Real del Notariado.

El número de Notarios está limitado y en 1993 era de 1.122.

Sus honorarios están tarifados y son proporcionales a la cuantía. Podemos señalar los siguientes ejemplos:

<u>Base</u>	<u>Cuantía</u>
200.000 Florines	1,1%
400.000 Florines	0,8%
1.000.000 Florines	0,6%

El IVA, que es del 17,5%, está incluido.

En Bélgica los honorarios son más altos. Van desde el 3,5%, para una base de un millón de Francos belgas, hasta el 0,7% para cuando excede de quince millones.

III. El sistema español

A) Características generales.

El Notariado español responde básicamente a las características generales del Notariado europeo anteriormente examinadas. El art. 1.º del Reglamento Notarial dice que “los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye y percibe por sus sentidos; y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.”

457

Para ser Notario se requiere ser licenciado en Derecho y aprobar una oposición convocada por el Ministerio de Justicia. El número de Notarios está limitado (en 1993 era de 2.006) y las Notarías distribuidas geográficamente.

Su competencia se extiende a todo el campo del Derecho privado, pero tiene una presencia especial tanto en el tráfico inmobiliario como en el mercantil, por lo que, dentro del marco de nuestro estudio, vamos a centrarnos especialmente en estos dos ámbitos.

B) La fe pública notarial y el tráfico inmobiliario. El Registro de la Propiedad.

En España el tráfico inmobiliario está extraordinariamente facilitado. Un consentimiento verbal ante testigos (cuya presencia se requiere exclusivamente a efectos de prueba), con entrega de llaves, perfecciona el acto transmisivo. Es decir, para la transmisión inmobiliaria no es necesaria ni la intervención del Notario ni de ningún otro profesional del Derecho, ni forma imperativa de ningún tipo.

458 Este esquema es típico de los sistemas de Derecho romano. En Francia y en Italia no es necesario ni siquiera la entrega de llaves o cualquier otra forma de tradición. El simple consentimiento transmite. Lo que contrasta fuertemente con los sistemas del "Common Law" anteriormente examinados, formalistas no sólo en el "deed" o "mortgage", que además llevan aparejado en Inglaterra exigencia de intervención profesional, sino también en el contrato causal antecedente, que necesariamente debe constar por escrito. La única excepción importante a este principio es Alemania, debido al artificio germanista de la inscripción constitutiva en el Registro como requisito para la adquisición del dominio.

Ahora bien, aun siendo el recurso al documento notarial y al Registro de la Propiedad voluntario en la mayoría de los casos por parte de los consumidores (con la excepción de la hipoteca, y por evidentes razones de publicidad, pues una de las causas que más perturbó el tráfico inmobiliario en el pasado fue la existencia de hipotecas ocultas) su utilización es masiva. Ello seguramente deriva de su rapidez, escaso coste y de la casi indestructible seguridad que proporciona, pues siendo la actividad del seguro libre en nuestro país, la no existencia del seguro del título sólo se explica por la falta de un riesgo asegurable.

Estas consideraciones son fundamentales para ayudarnos a plantear correctamente el tema de los costes de transac-

ción en nuestro sistema. Dejando aparte el hecho, siquiera muy significativo, de que los consumidores podrían prescindir totalmente del Notario y del Registro de la Propiedad, organizándose su propio sistema de seguridad económica a través del seguro del título, la cuestión fundamental estriba en averiguar cuál de los dos sistemas proporciona mayor seguridad jurídica a mejor precio.

El sistema americano apenas proporciona seguridad jurídica preventiva. Unicamente proporciona cierta seguridad económica, consistente en que si el comprador pierde un juicio en el que se le reclama la propiedad o la preferencia de cierta carga, se le compensará con el valor que tenía la cosa al tiempo de adquirirla, no con su valor actual, y siempre que el riesgo no haya sido excluido por la compañía aseguradora en sus condiciones generales. En el mejor de los casos tendrá que buscarse otra casa de igual valor. Frente a esto el sistema español asegura al comprador, prácticamente, que nadie le va a reclamar con éxito la propiedad o la preferencia de cierta carga. Simplemente.

Por lo tanto, a la hora de valorar los costes directos de la operación, habría que preguntar al consumidor cuánto estaría dispuesto a pagar de más por esa seguridad. Pero esto es simplemente el principio, porque también habría que preguntar cuánto estaría dispuesto a pagar de más para que la transmisión se haga hoy en vez de dentro de un mes. Cuánto daría por ahorrarse una compleja investigación de la calidad del título del transferente. Cuánto daría por que su contrato lo redacte un profesional del Derecho imparcial, y por que, en lo que paga hoy a ese jurista, esté incluido su asesoramiento en el momento de la venta, o que en su defecto se compartan los gastos en ambos casos con la otra parte contratante. Cuánto daría por gozar de un título de legitimación incontestable en el ámbito extrajudicial y, en relación a ciertos aspectos, también en el judicial, salvo querrela criminal por falsedad contra el Notario. Y además, cuánto daría por que su título acredite su condición de pro-

pietario, no meramente de comprador; por que la pérdida o extravío de su documento no le plantee ningún problema; por que las declaraciones falsas de la otra parte contratante sean sancionadas penalmente; por que en caso de actuación incorrecta el Notario responda de los daños de forma ilimitada etc., etc.

Parece que en un sistema donde el recurso al Notario y al Registro es voluntario la pregunta se responde por sí sola, pero es que además luego resulta que, en general, los costes directos son superiores en el sistema americano.

Por último, habría que preguntar al Estado cuánto daría por conseguir un sistema en el que la conflictividad judicial en el ámbito inmobiliario, en relación a la frecuencia de su tráfico, sea prácticamente inexistente. En el famoso informe "McMillan Scott" presentado al Parlamento Europeo sobre la seguridad del tráfico inmobiliario en España, se hacía referencia a la frecuencia del fraude inmobiliario en las zonas costeras. Pues bien, examinados con detalle los casos planteados, se descubría que la mayoría se habían realizado por medio de documento privado redactado en Inglaterra y entre británicos. Las transmisiones realizadas en España en documento público no habían planteado prácticamente ningún problema.

Una de las razones que tradicionalmente se han dado en Estados Unidos para justificar el seguro del título es que resultaba más barato mantenerlo que establecer un sistema registral al modo europeo (12). Pues bien, parece que el Reino Unido ya no comparte este criterio y durante este siglo ha venido dando importantes pasos en sentido contrario. Y si la explosión litigiosa preocupa tanto a los americanos como se expresaba en el Informe Quayle, puede que el argumento tenga que replantearse, lo que parece que

(12) C. L. W. "The Title Insurance Industry and Governmental Regulation", *Virginia Law Review* vol. 53 1967, págs. 1523-44, citado por PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, pág. 254.

empieza a ocurrir en la actualidad, desde el momento en que se está estudiando en serio la introducción del "Super-notary" o del "Notary-Attorney at law" al que antes nos hemos referido.

El ejemplo británico nos lleva de lleno a la segunda cuestión importante. Admitiendo que nuestro sistema sea mejor en términos generales, ¿es imprescindible que al Registro acceda exclusivamente el documento público? ¿No se conseguiría igual seguridad con el documento privado?

Al comentar el sistema español hemos señalado que, "prácticamente", la seguridad que proporciona es total. Y el término se ha utilizado en su doble sentido. Primero, en cuanto que en la práctica son escasísimos los supuestos que plantean problemas. Segundo, en cuanto que, desde el punto de vista técnico-teórico, la seguridad que proporciona no es completa. Y no lo es porque el sistema es ciertamente perfectible, como examinaremos más adelante. Pero sobre todo, y esto es lo que interesa aquí, la seguridad no es total, porque no debe ser, porque no tiene que ser total para todos los casos y circunstancias (13).

461

Una buena ordenación del tráfico jurídico debe favorecer al adquirente de bienes, asegurando su adquisición frente a cualquier vicisitud. Ahora bien, lo que no se puede hacer es asegurarla a cualquier precio, en perjuicio de los actuales titulares de los bienes. Se dice, con acierto, que la seguridad jurídica tiene dos aspectos, que aunque complementarios son en cierto modo antitéticos: el de seguridad de los derechos, de carácter estático, en virtud del cual nadie puede ser privado de su derecho por causas ajenas a su voluntad o al menos por causas que no le sean imputables, y el de seguridad del tráfico, de naturaleza dinámica, según el cual hay que hacer inimpugnable la adquisición onerosa respecto

(13) A. CALATAYUD SIERRA, "Algunas consideraciones sobre el sistema de seguridad jurídica español", revista *La Notaría de Barcelona*, n.º 11-1993, págs. 97-107. Véase también para un desarrollo más completo de los defectos del sistema que se comentan más adelante.

de quien razonablemente aparece como dueño. Son complementarios, porque al favorecer al adquirente favorecemos también al transmitente, que puede realizar su disposición más fácilmente y a menos coste, pues se limita la necesidad de información del que adquiere (recuérdese el sistema anglosajón frente al continental). Pero son también antitéticos, porque si se tutela a quien adquiere de un no titular, pero que parece serlo, lo es a costa del verdadero dueño. El mejor sistema es, por tanto, el que consigue un buen equilibrio entre estos dos principios.

Pues bien, si permitimos el acceso del documento privado al Registro inclinamos decididamente la balanza a favor del adquirente y en perjuicio de la completa seguridad del tráfico.

462 La razón es muy simple. Nuestro Registro de la Propiedad se incardina dentro de los sistemas germánicos de fe pública (arts. 32 y 34 de la LH). Esto significa que si yo adquiero en ciertas condiciones (a título oneroso, de buena fe, e inscribo a mi vez) de alguien que en el Registro aparece como titular, se me mantiene en mi adquisición, aunque después resulte que el que aparecía como titular no lo era verdaderamente. Se produce una adquisición "a non domino", de un no propietario, en una suerte de expropiación del titular real.

Precisamente por la tremenda eficacia sustantiva que el Registro produce, la Ley Hipotecaria determina en su artículo 3.º que únicamente pueden acceder a él "las escrituras públicas, ejecutorias o documentos auténticos expedidos por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos". Es imprescindible una mínima garantía en cuanto a la identidad de los contratantes, su capacidad, la claridad de sus manifestaciones de voluntad y en general del propio negocio jurídico, la certidumbre en cuanto a su consumación (transmisión de propiedad), etc. Todo esto evidentemente no se consigue con un documento privado, que en nuestro Derecho puede redactar

cualquier persona. Un Registro al que pudiese acceder el documento privado se deterioraría paulatinamente, tal como la experiencia americana ha demostrado, y terminaría por imponerse seguramente el mecanismo del seguro, pero no en este caso para proteger al adquirente de los posibles vicios del título del transmitente, sino para asegurar el interés del verdadero propietario que por el juego de la fe pública registral pueda verse privado de su derecho (14). Seguros de este tipo existen en Inglaterra y en los países que adoptaron el sistema "Torrens".

Y si pretendiésemos solucionar en parte el problema al modo británico, imponiendo la presencia de varios miembros de la "legal profession" en toda transmisión, ¿qué habríamos ganado con ello? Desde luego no ahorraremos costes, pero es que además perderemos en seguridad, pues faltará la presencia de un profesional imparcial, que es una de las características fundamentales del Notariado latino. La ausencia de imparcialidad facilitará las confabulaciones en perjuicio de terceros, aun cuando ambas partes comparezcan jurídicamente asesoradas. Y si por algún motivo, normalmente económico, alguna no lo está, entonces el riesgo es evidente.

Pero como antes comentamos el sistema debe perfeccionarse. Cuando el adquirente sale de la Notaría con la escritura bajo el brazo, lo hace con la sensación de que su adquisición es incontrovertible y nada que no conozca le podrá ser opuesto. Sin perjuicio de que en la práctica totalidad de los casos no ocurra nada efectivamente, esa seguridad no está plenamente justificada.

El Real Decreto 1558/92 de 18 de diciembre sobre colaboración entre la Notaría y el Registro ha sido un paso importante en la buena dirección, al exigir al Notario, salvo en caso de renuncia del interesado, que se informe sobre la situación registral de la finca antes de autorizar cualquier transmisión. Pero la solución adoptada es insatisfacto-

(14) VALLET, *ob cit.*

ria, pues todavía existen muchos resquicios por los que se puede filtrar la posibilidad de una modificación registral en perjuicio del adquirente antes de que la escritura se presente en el Registro.

Existen además circunstancias que operan con independencia del Registro de la Propiedad. Así, por ejemplo, las particularidades de hecho de la finca. Una de las grandes paradojas de nuestro sistema inmobiliario es que proporcione tanta seguridad sobre la situación jurídica del inmueble y tan poca sobre la física. Ello es debido a la falta de un buen Catastro y de su poca coordinación con el Registro de la Propiedad. Otro ejemplo muy serio es el de la legalidad urbanística, que queda normalmente al margen del Registro y cuyo inconveniente se agrava con la deficiente publicidad de los Planes de Ordenación.

464

Otros defectos del sistema son los derivados de la retroacción de la quiebra (art. 878-2 del C. de C.); del tratamiento jurisprudencial de los embargos; del régimen económico matrimonial, empeorados tras la Ley 11/1990 de 15 de octubre; los casos de falta de capacidad que escapan al control del Notario (pródigos, suspensos); de revocación de poderes con conocimiento y falsedad del apoderado; de protección de bienes públicos (Ley de Costas y su Reglamento); de suspensión temporal de la fe pública (28 y 207 de la LH); de las hipotecas legales tácitas (a favor del Estado, trabajadores, aseguradores) y de los contratos de arrendamiento sujetos a las leyes especiales, oponibles a terceros aun cuando no consten inscritos.

En unos casos se impone la reforma legal sin más, como en el caso de la quiebra. En otros el esfuerzo del legislador y del Gobierno, como en el caso de la imprescindible coordinación entre el Registro, el Catastro y la legalidad urbanística. El Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados a raíz del citado Informe "MacMillan Scott" consideró este objetivo prioritario. Existen por último otros casos en los que las necesarias declaraciones a incluir en la

escritura pública (la del apoderado sobre la vigencia del poder, del transmitente en cuanto a la libertad de arrendamientos y gravámenes o de estar al corriente en determinados gastos e impuestos) constituyen un elemento disuasorio importante, en la medida en que su falsedad supone un delito. Pero lo cierto es que para muchos esto no resulta suficiente y debe exigirse el perfeccionamiento del sistema en ese punto.

Otro tema que ha suscitado críticas es el de la doble calificación de los documentos sujetos a inscripción, pues al control de legalidad realizado por el Notario al redactar el documento se añade el del Registrador al inscribir.

No cabe duda de que este sistema ha dado lugar a un perfeccionamiento técnico del contenido del Registro difícil de superar, al obligar a los Notarios a extremar su celo en defensa de la legalidad y al crear un cuerpo de doctrina de gran importancia orientadora y práctica (la emanada de la Dirección General de los Registros y del Notariado al resolver conflictos de calificación). Sin embargo, el problema que se plantea es el de si dicha perfección técnica compensa el coste del sistema; pues si sólo nos fijamos en ella, es cierto que calificar dos veces es mejor que calificar una, pero también mejor tres que dos y así sucesivamente. Y no nos referimos sólo al coste directo de la doble calificación, que puede ser irrelevante, teniendo en cuenta además que siempre serán necesarios funcionarios que califiquen los posibles defectos que surjan del propio Registro (no constar inscrita la finca a nombre del transmitente, prohibiciones de disponer inscritas no reflejadas en el título, etc.), sino sobre todo al coste en los casos de controversia entre el Notario o el interesado en la inscripción y el Registrador.

El tiempo medio que tarda en resolverse un recurso gubernativo gira en la actualidad en torno a un año. Y si esto no parece mucho cuando se trata de un pleito, sí lo es cuando se trata de la inscripción de actos y negocios en el ámbito inmobiliario y especialmente en el mercantil, donde

este problema existe igualmente y donde la celeridad del mismo exige soluciones a corto plazo. Además hay que añadir a todo esto los costes derivados de la propia interposición del recurso y de su resolución.

Es cierto que, en relación con la totalidad del tráfico inmobiliario y mercantil, son pocos los casos que se plantean, quizá por el autocontrol del que hablábamos antes; pero no cabe duda de que es necesario agilizar la tramitación (entre otras cosas suprimiendo el previo paso por la Audiencia o por el Tribunal Superior) y desde luego el fallo.

Hemos dejado para el final uno de los problemas más graves que tiene hoy planteado el Notariado: el de los negocios realizados conforme a minuta, presentada normalmente por la parte “fuerte”, y especialmente en el ámbito de los préstamos hipotecarios.

466

Hoy sabemos, entre otros gracias a la Teoría del Análisis Económico del Derecho, que las condiciones generales de los contratos no alcanzan el máximo de Pareto, es decir, son ineficientes desde el punto de vista económico. Y esto sin perjuicio de la extraordinaria importancia que han tenido para el desenvolvimiento y desarrollo de la economía moderna, al permitir a las grandes empresas ahorrar costes jurídicos y por tanto ofrecer sus productos a un precio menor en beneficio del consumidor. Pero lo cierto es que acaban siendo abusivas, pues imponen a los consumidores tal coste de información y asesoramiento jurídico, que la conducta racional por parte de éstos termina por ser, ni informarse, ni asesorarse, ni comparar, ni nada. Firmar y punto, que es lo que les sale más barato. La gran empresa sabe entonces que puede endurecer sus condiciones, fundamentalmente las jurídicas, sin penalización por parte del mercado. Y las demás empresas competidoras, viendo que tal conducta no es penalizada, la siguen a su vez (15).

(15) En este sentido H. B. SCHAFER y C. OTT *Manual de análisis económico del Derecho civil*, págs. 329-31, Tecnos, Madrid, 1991.

Pues bien, en la mayoría de los casos —y dejando a salvo ciertas conductas aisladas, e incluso colegiales, muy elogiables— los Notarios se ven obligados a autorizar tales minutas tal como han sido propuestas y sin poder cambiar ni una sola coma. Esto produce lo que a veces se ha denominado “la trampa de la fe pública”, en la medida en que la intervención notarial vierte sobre ese negocio toda la extraordinaria eficacia que antes hemos comentado.

Es cierto que, suponiendo tal intervención un enorme beneficio para la entidad financiera (pues se consigue la constitución de una garantía prácticamente indestructible) también supone un importante beneficio para el consumidor, pues si hubiese incertidumbre en cuanto a tal garantía probablemente no recibiría el préstamo. Pero, evidentemente, el sistema debe aspirar a un perfecto equilibrio de intereses: que el acreedor quede correctamente garantizado, pero que no saque más ventajas de las necesarias, pues en ese caso los recursos no se asignan adecuadamente, en perjuicio de todos. Y si esto no se consigue con la intervención notarial, entonces los honorarios del Notario puede parecer que no están completamente justificados, por lo menos en la parte que excede de la constitución en condiciones de una hipoteca a favor del Banco. Este tema, junto con la circunstancia de que el Notario cobre lo mismo, redacte o no el contrato, será examinado más adelante.

Sin embargo el Notario cumple en estos negocios, además de la señalada, una función clave que no gusta nada al contratante “fuerte”, que es la función de asesoramiento. El Notario revisa la minuta, asesora legalmente a la parte débil y hace hincapié en las consecuencias jurídicas del acto, dando fe del otorgamiento en base a la capacidad, legitimación e identidad de las partes. Es verdad que el Notario no puede apreciar si se dan o no “las condiciones abusivas del crédito” a que alude el art. 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, por ser el término empleado de una imprecisión tal que requiere el análisis de los órganos

jurisdiccionales en cada caso concreto. Así lo ha venido manifestando reiteradamente la Dirección General al negar a los Registradores la posibilidad de considerar nulas ciertas cláusulas apoyándose en lo establecido en dicha Ley. Ahora bien, lo anterior no obsta en absoluto a la obligación del Notario de advertir de la posible nulidad de los pactos sospechosos. Es imprescindible un mecanismo que garantice como mínimo el asesoramiento jurídico a la parte débil, cuya falta es precisamente lo que hace ineficaces y abusivas a las condiciones generales, y un asesoramiento a tiempo.

468

Con ello llegamos al inconveniente fundamental de nuestro sistema: y es que, en nuestro país, el Notario llega demasiado tarde, y el asesoramiento demasiado tarde es indudablemente menos efectivo. A los despachos notariales llegan en muchas ocasiones los contratantes ya vinculados en base a documentos privados realizados sin ningún consejo profesional, en situaciones difícilmente reconvertibles, a diferencia de lo que sucede en otros países, por ejemplo Francia, donde el Notario interviene desde el comienzo de la negociación controlando todos sus pasos.

Pero en España existe un obstáculo importante para una actuación notarial de este tipo, que urge solucionar, y que es el tratamiento fiscal de estas operaciones. Los consumidores no quieren una intervención demasiado temprana del Notario, pues eso les va a suponer tener que declarar en la escritura el valor real y pagar el impuesto correspondiente con arreglo a él. Por tanto, si queremos sacar el máximo partido a la institución notarial en beneficio de los propios usuarios, es absolutamente imprescindible el establecimiento de criterios objetivos de valoración fiscal cualquiera que sea el precio fijado en la escritura. Una vez conseguido esto será mucho menos traumática la imposición de un sistema de "visado" notarial al modo de ciertos países europeos, que posibilite la función de asesoramiento imparcial desde un principio.

Esta última propuesta es perfectamente aplicable al ámbito

de los préstamos hipotecarios con condiciones generales, en los que la información al consumidor es tan imprescindible. Con ello seguramente se evitaría la intervención del Gobierno tendente a la fijación imperativa de los clausulados (existe un anteproyecto en el Ministerio de Economía) que no creo que sea racionalmente deseado por nadie como la mejor de las soluciones. Pero, sobre todo, con ello se conseguiría que los negocios celebrados por contratantes fuertes y débiles respondieran a un verdadero principio de libertad de contratación.

C) La fe pública notarial y el tráfico mercantil.

No cabe ninguna duda de que la seguridad jurídica en el tráfico mercantil es un requisito esencial para su subsistencia. Quizá la circunstancia más determinante del rápido desarrollo de Europa occidental, frente al más lento del resto de las civilizaciones euroasiáticas, fue la implantación por la propia sociedad de un sistema de seguridad jurídica que permitiese el nacimiento del mercado (16). No basta con producir un excedente, sino que hay que tener la seguridad de que es preferible cambiarlo a consumirlo. Por eso, frente a las voces que critican la solemnidad de la escritura equiparándola a un “fósil” que se compagina mal con la celeridad del tráfico actual, conviene recordar que ese tráfico es ágil y abundante porque es seguro, y que la supresión de garantías a lo que puede llevar es a su reducción y consiguiente encarecimiento.

Por estas razones el tráfico mercantil siempre ha echado mano de la escritura notarial, lo que es general en la Europa del Notariado latino, donde no existe ningún otro tipo de fe mercantil. Y esto es así porque en este ámbito sigue siendo fundamental lo que se ha denominado “la relación de causa y

(16) E. L. JONES, “El milagro europeo. Entorno, economía y geopolítica en la historia de Europa y Asia”, 1981, citado por J. LÓPEZ BURNIOL, *R.I.C.N.G.* n.º 151, julio-1993, págs. 1837-38.

efecto" (17), que ya hemos comentado anteriormente, y que consiste en la lógica necesidad de que si el documento va a producir unos efectos privilegiados, esté redactado o calificado por un jurista que haya llevado a cabo un control de legalidad y asesoramiento jurídicamente a los interesados. Esto explica además por qué muchas de las figuras típicas de ese tráfico, como por ejemplo la Sociedad de Responsabilidad Limitada (así lo dice expresamente la Exposición de Motivos de la Ley) han nacido precisamente en los protocolos notariales (18).

La ley, recogiendo ese hecho innegable, exige la intervención notarial en cada vez mayor número de ámbitos. Así, en los apoderamientos y, en general, en los actos inscribibles en el Registro Mercantil; en los títulos valores; en los contratos mercantiles; en el Derecho concursal; en el Derecho marítimo; en el ámbito de las inversiones extranjeras; en el del comerciante individual; y sobre todo en los actos más frecuentes de nuestras sociedades mercantiles, cualquiera que sea su tipo, y quizá incluso de forma excesiva en algunos casos, no desde luego en otros donde la necesidad de garantías en beneficio de terceros no presentes resulta imprescindible (constitución, ampliaciones y reducciones de capital, fusiones, control de la realidad de las aportaciones, etc.). Lo que ocurre es que incluso en aquellos casos en que se pensaba que la intervención notarial podía suplirse con ventaja, como en el caso del protesto de letras de cambio, luego resulta que, con independencia de la pérdida de garantías que supone que la declaración sustitutoria pueda realizarla la propia entidad tenedora, el coste económico para el consumidor no es inferior (19).

(17) J. BOLÁS ALFONSO, *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, pág. 49, Civitas, Madrid, 1993.

(18) "La labor del Notario, aunque menos visible o más recatada que la del Abogado, tiene un significado central en la realidad jurídica; actúa, con su dirección y consejo, en los actos más importantes de la vida económica y familiar, y sus fórmulas son hoy la fuente más fecunda de jurisprudencia cautelar." F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, pág. 520, Civitas, Madrid 1984.

(19) Entre un 0,15 y un 0,5 por mil del importe de la letra según los Bancos.

D) Los costes de la intervención notarial.

Los Aranceles Notariales vienen regulados por el Real Decreto 1.426/1989 de 17 de noviembre. Podemos distinguir:

* Por los documentos sin cuantía:

— Poderes en general:	5.000 pesetas.
— Poderes para pleitos:	2.500 pesetas.
— Actas:	6.000 pesetas.
— Testamentos (por otorgante):	5.000 pesetas.
— Capitulaciones matrimoniales:	5.000 pesetas.
— Otros documentos:	5.000 pesetas.

* Por los documentos de cuantía:

— Hasta 1.000.000 pesetas:	15.000 pesetas.
— De 1.000.001 a 5.000.000 pts.:	4,5 por mil.
— De 5.000.001 a 10.000.000 pts.:	1,5 por mil.
— De 10.000.001 a 25.000.000 pts.:	1 por mil.
— De 25.000.001 a 100.000.000 pts.:	0,5 por mil.
— Por lo que excede de 100.000.000:	0,3 por mil.

471

* Por las actas de protesto:

— Hasta 10.000 pts.	500 pesetas.
— De 10.001 a 25.000 pts.	750 pesetas.
— De 25.001 a 50.000 pts.	1.000 pesetas.
— De 50.001 a 100.000 pts.	1.500 pesetas.
— De 100.000 en adelante: Además de las 1.500 pesetas, cien pesetas por cada cien mil de exceso.	

* Por las copias y cédulas autorizadas, 500 pesetas por folio, aunque a partir del duodécimo folio la cantidad se reduce a 250 pesetas.

* Por las copias simples, 100 pesetas por folio.

* Por folios de la escritura matriz a partir del cuarto, 500 pesetas por cara escrita.

Además hay que tener en cuenta que existen bonificaciones arancelarias para ciertos actos. Por ejemplo: en los préstamos se reduce la base (la responsabilidad total garan-

tizada en los hipotecarios) en un 25%; en los actos y contratos en los que resulte obligado el Estado, Comunidades Autónomas, Provincias o Municipios o sus Organismos autónomos, la reducción es de un 50%, al igual que en los referentes a viviendas de protección oficial. Y en otros casos la intervención notarial es simplemente gratuita, como en el caso de los poderes electorales.

Sobre las cantidades anteriores se aplica el 15% de I.V.A., con excepción de los protestos, de la mayoría de los préstamos y de ciertas compraventas (por ejemplo: de acciones en la que el transmitente es sujeto pasivo de I.V.A.) respecto de las cuales no se aplica tipo alguno.

472

Este esquema para ser completo debería incluir las normas sobre aplicación del Arancel, pero su exposición ocuparía demasiado espacio. Baste decir que cada acto o negocio fiscalmente independiente se considera un concepto distinto a efectos de la tarifa. Así por ejemplo una compraventa con subrogación hipotecaria se minuta por dos conceptos.

Lo primero que choca después de examinar detenidamente el Arancel es la baja cuantía de ciertos actos, como testamentos, poderes o capitulaciones matrimoniales. Máxime, además, si se tiene en cuenta que algunos de ellos, especialmente el testamento, pueden ser de muy compleja elaboración, y sobre todo, son de los documentos que más alta responsabilidad generan para el Notario en caso de negligencia (que puede consistir simplemente en la omisión de algún requisito formal que, dado el rigor de nuestra jurisprudencia en este punto, haga nulo el testamento). Esta infravalorización se produce en general en todos los documentos sin cuantía, lo que además se agrava en situaciones de avalancha, como en el caso de la adaptación de nuestras sociedades mercantiles a la nueva legislación en junio de 1992.

Frente a ello tenemos otros supuestos, como el de la pluralidad de adjudicaciones hereditarias, que pueden dar lugar a situaciones aberrantes. Pues si unimos el criterio de un

concepto por cada adjudicación, con la tarifa mínima de 15.000 pesetas, podemos calcular lo que les va a costar a siete hermanos poner a su nombre la casa ganancial de sus padres, cuyo valor puede que no alcance en un pueblo las trescientas mil pesetas (y si estas situaciones no se producen son por las instrucciones de la Junta de Decanos pidiendo moderación a los Notarios).

Otro ejemplo de documento caro, de actualidad en los últimos meses, es el de cancelación de préstamo hipotecario. Lo que ocurre es que, en este ámbito, el legislador ha aprobado recientemente una Ley tendente a facilitar la subrogación sin cancelación, en aras a permitir un mayor aprovechamiento por parte de los consumidores del abaratamiento del precio del dinero. Lo que no es óbice para señalar que el mayor obstáculo a este objetivo ha sido siempre el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, que grava el préstamo en su constitución y a su cancelación sobre la total responsabilidad hipotecaria.

473

En cualquier caso sería conveniente una mayor racionalización del arancel que impidiera o por lo menos limitara la subvención de unos documentos por otros. Y si se piensa que debe favorecerse el acceso a cierto tipo de negocios, como el testamento por ejemplo, puede adoptarse la solución alemana, que gradúa la tarifa a aplicar según la cuantía del patrimonio del causante, o del negocio a realizar en los poderes.

Para terminar debemos referirnos a un tema importante, que es el de la prohibición de percibir honorarios por el asesoramiento previo al otorgamiento de la escritura. La consecuencia de ello es que el Notario cobra exactamente lo mismo por una escritura que ha redactado y controlado hasta sus últimos detalles, que por otra que ha autorizado con arreglo a minuta, siendo además su responsabilidad muy diferente en ambos casos.

Es cierto que esto tiene su justificación en el hecho de que aun en los otorgamientos con arreglo a minuta el Notario

debe controlar la legalidad del acto, y sus obligaciones de asesoramiento no sólo no desaparecen, sino que se potencian en beneficio de la parte débil (art. 147 R.N.). Lo que ocurre es que, dejando al margen los supuestos en que no hay parte débil y la minuta ha sido presentada por ambos contratantes, el valor añadido que presta la intervención notarial en estos casos, siendo muy importante, puede ser inferior. Pero incluso aun cuando llegásemos a la conclusión de, que no lo es, por las razones anteriormente apuntadas, lo que sí parece indudable es que sus costes y responsabilidades son menores, y ello debería tener su reflejo en el Arancel.

E) Los costes y la organización profesional del Notariado.

474

Existen tres notas que caracterizan al Notario en su desenvolvimiento profesional: plazas limitadas, distribución territorial (sin perjuicio de la libre elección por parte del cliente) y retribución por arancel. Estas notas son generales al Notariado latino y han sido subrayadas por la reciente resolución del Parlamento Europeo anteriormente mencionada.

La justificación hay que buscarla en la vertiente pública de la profesión: la dación de fe, en cuanto ejercicio privado de una función pública por delegación expresa del Estado; y por la utilización cada vez más frecuente que la Ley hace del Notario en el ámbito de la jurisdicción voluntaria (ejecuciones extrajudiciales y declaraciones de herederos, por ejemplo).

Sin embargo, es obligado el preguntarse por los efectos que tendría una liberalización de la profesión en esta materia, que consistiría básicamente en la supresión del Arancel y de la distribución territorial. No cabe duda de que, sin perjuicio de que el principio de “*numerus clausus*” pueda seguir manteniéndose, la supresión de aquél debe llevar con-

sigo necesariamente la de ésta, si se quiere que haya verdadera competencia sin discriminaciones de ningún tipo.

No se puede negar que la liberalización del Arancel traería consigo una serie de ventajas. La más importante de ellas es que la racionalización de las tarifas a la que antes hacíamos referencia se produciría de forma automática, gracias al mecanismo del mercado. Los recursos, incluyendo los humanos, se asignarían de la forma más eficiente posible, al dictado de la demanda, en beneficio de la sociedad en general. Pero también es imprescindible examinar hasta qué punto una medida de este tipo es compatible con el resto de las peculiaridades de la función notarial y, del mismo modo, cómo repercutiría en la seguridad del tráfico; teniendo en cuenta además que, si dicha seguridad se deteriora, se podría llegar a un incremento de precios a largo plazo (recordemos el ejemplo inglés y americano, donde incluso los costes directos son normalmente superiores).

475

Antes de nada conviene recordar que la situación del Notariado en este punto no es tan singular como pudiera parecer a primera vista. En España (y en otros muchos países) es general que los Colegios Profesionales autorregulen el ejercicio de su profesión hasta límites insospechados: colegiación obligatoria; tarifas mínimas, generalmente porcentuales además, con las negativas consecuencias que suponen a efectos de inflación; distribución territorial, con prohibición absoluta de ejercer o de establecimiento fuera de determinada zona; fijación de plazas; etc.

En el conocido informe de la OCDE de 1985 sobre competencia y profesiones, se señalaba que sólo eran admisibles las excepciones a la libertad de precios por razones de interés público. Y, evidentemente, de ese gancho se pretenden colgar todos. Los argumentos que tradicionalmente se dan para justificar tal autorregulación son de diferentes tipos, pero básicamente centrados en la necesidad de asegurar una mínima calidad en beneficio del usuario. Mejores o peores, defendibles o no, no vamos a entrar en ellos. Pero donde sí

vamos a entrar es en las diferencias de dichas profesiones con la profesión notarial.

En primer lugar, es importante tener en cuenta que el Notariado no se autorregula, sino que es regulado por el Gobierno. Es el Gobierno el que fija la demarcación notarial (número de plazas y distribución geográfica) atendiendo a los criterios de población y frecuencia de la contratación. Es el Gobierno el que selecciona a los Notarios por medio de una oposición. Y por último es el Gobierno el que fija la retribución de los Notarios por medio del Arancel.

Esta intervención encontraría su justificación en la delegación por parte del Estado de una facultad exorbitante, la de autenticar con una eficacia especial actos y contratos, que se considera básica para el funcionamiento del sistema; y que, realizándose a favor de los mismos profesionales a los que los particulares confían sus asuntos, exige respecto de éstos un control especial en aras a un mejor servicio público.

476

Consecuencia de esto es que el Estado demarca Notarías por razones de interés público, y obliga lógicamente a cubrir las, en lugares en los que ningún profesional con libertad de establecimiento se instalaría nunca. Y ello sencillamente porque no son rentables. En estos casos los Notarios son mantenidos con cargo a los Colegios Notariales (son las célebres congruas). Se podría discutir la justificación de una política de este tipo, pues si no hay suficiente compensación para el profesional, es porque no hay interés social bastante a satisfacer y sus servicios son seguramente necesarios con mayor fuerza en otro sitio. Lo que ocurre es que, sin perjuicio de que la instalación de los Notarios obedezca en muchos casos a razones personales y familiares no intrínsecamente relacionadas con la demanda de su actuación, la supresión de la demarcación obligaría a que ciertas zonas geográficas viviesen al margen del sistema, con perjuicios indirectos para todo el conjunto.

En base también a esa posición peculiar, el Estado impone

al Notario una serie de obligaciones muy concretas en el ejercicio de su profesión: obligaciones extensísimas de colaboración fiscal en toda clase de impuestos; obligaciones administrativas en el ámbito de las inversiones extranjeras y en general de comprobación del previo cumplimiento de todo tipo de requisitos administrativos; prohibición absoluta de negarse a cualquier requerimiento legal, por muy molesto que pudiera ser su desempeño para el Notario, y de transmisión del despacho; obligación de custodia del protocolo de escrituras matrices, pieza clave del sistema, que es además propiedad del Estado; imposición de un extenso régimen disciplinario; de una jubilación obligatoria, etc., etc. Evidentemente todo esto no casa muy bien con un "allí se la arregle usted con los consumidores" por parte del Estado, y sería necesario su supresión o flexibilización, modificando por tanto algunas de las características esenciales que tiene hoy el Notariado latino.

477

Además, la atribución al Notario de actividades propias de la jurisdicción voluntaria, tendencia común en toda Europa realizada con la finalidad de descongestionar los Juzgados y respecto de la cual estamos viendo seguramente sólo los primeros pasos, supone otro importante obstáculo para la liberalización de precios. Así, por ejemplo, la competencia para llevar a cabo una ejecución extrajudicial viene determinada por el lugar donde se encuentra la finca, como es lógico (20), y esto sólo es compatible con el mantenimiento de la distribución territorial. Y si mantenemos ésta, ya no sería posible la libre fijación de honorarios, pues hay muchos municipios en España donde hay un solo Notario o unos pocos, y en donde, evidentemente, la liberalización sería imposible. La única alternativa sería suprimir el Arancel para todos los supuestos menos para esos y mantener la

(20) Pues no tendría ningún sentido, y podría dar lugar a infinidad de fraudes, que una finca sita en Huesca pueda subastarse, por la simple voluntad del acreedor, en Santa Cruz de Tenerife.

distribución territorial en todo caso, pero como ya hemos comentado es evidente que ambos aspectos deben ir indisolublemente unidos en cualquier política de liberalización.

En conclusión, la supresión del Arancel imposibilita totalmente atribuir al Notario cualquier tipo de función basada en la competencia territorial, y el Gobierno debe ser consciente de que tendría que dar marcha atrás en ese campo.

Otro obstáculo a la libertad de establecimiento es la propia existencia del protocolo, pilar fundamental de la actividad notarial, pues obligaría a centralizarlo demasiado pronto en los Colegios Notariales (casi de forma simultánea a la redacción del documento) en perjuicio de los usuarios.

Pero, sin perjuicio de todo lo anterior, el argumento en el que los defensores del Arancel siempre han puesto más énfasis, es el de la necesaria defensa de la independencia del Notario en cuestiones que no afectan solamente a los usuarios que solicitan sus servicios, sino a terceros no comparecientes y al tráfico en general. Recordemos la especial eficacia que el Ordenamiento jurídico da al documento notarial. Debido a la presión de sus clientes, el Notario puede verse tentado a actuar en beneficio de éstos, pero en perjuicio de terceros, que precisamente por no ser usuarios de sus servicios no pueden penalizarle en la forma en que tradicionalmente se penaliza en el mercado. Es cierto que este problema existe en la actualidad, pues el Notario ya actúa en régimen de competencia, pero el Arancel supone suficiente protección para que los problemas de esta índole sean en la actualidad mínimos. Suprimirlo supondría indudablemente agravarlos. Se podría intentar paliar la medida con una más rigurosa inspección y vigilancia de los Notarios, pero todas estas consecuencias, que cabalmente nos dan un sistema diferente del de nuestro entorno, deben tenerse en cuenta.

IV. Conclusión

La seguridad jurídica es un principio constitucional (art. 9,3) y no cabe duda de que el Notariado es uno de los órganos de realización de dicho principio en la esfera privada.

Como todo valor consagrado por la Constitución no puede entenderse como absoluto e incondicionado, sino en relación con los de su mismo ámbito. De ahí que no pueda exigirse a cualquier precio o, quizá mejor dicho en nuestro caso, a cualquier "coste". Pero de lo que no cabe duda es que la Constitución considera la seguridad jurídica como un valor en sí mismo, digno de ser perseguido como tal y no susceptible de ser sustituido por un determinado expediente de seguridad económica.

Esta solución está, además, más próxima a la naturaleza del tráfico, en el que los inmuebles, por ejemplo, se compran para ser habitados o explotados conforme a su destino, y no como meros títulos destinados a la circulación perfectamente sustituibles en cualquier momento por dinero.

Y si hemos de examinar el precio de nuestro sistema de seguridad jurídica, vemos que resiste ventajosamente la comparación con otros. Evidentemente, es perfectible, tanto en su funcionamiento como en sus costes, conforme a lo que hemos visto hasta este momento, y a ello debemos aplicarnos.

"Constituir bien el Notariado es completar las garantías constitucionales", escribía hace más de un siglo Gonzalo de las Casas, autor del proyecto de ley presentado al Congreso el 14 de julio de 1855. El Notario ayuda a preservar la intimidad de las personas, y constituye por tanto una garantía de su libertad. Por eso, "el Estado de Derecho exige que la función notarial se ejerza de modo independiente e imparcial, tanto frente al poder público como frente a las organizaciones y poderes económicos o políticos, cuyo complejo mundo de relaciones necesita de la fe pública, pero a

veces tropieza con la fe pública. La configuración moderna del Notariado debe servir a la realización objetiva de los principios constitucionales de seguridad y de libertad, que son vitales para la realización de nuestro Estado de Derecho" (21).

(21) TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ y F. SÁINZ MORENO, *ob. cit.*, pág. 150.

LA PROPIEDAD URBANA EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LEY DEL SUELO DE 26 DE JUNIO DE 1992 (*)

481

ARMANDO TORRENT

*Catedrático de Derecho Romano
Universidad Complutense de Madrid*

La propiedad urbana

Si el art. 33.1 de la Constitución reconoce “el derecho a la propiedad privada y a la herencia”, inmediatamente en el 33.2 se dice que “la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes”, y en el 33.3

(*) Las páginas que siguen recogen parte de un seminario que desarrollé en mi cátedra sobre “Propiedad urbana: desde Roma a la doctrina europea actual” en el primer semestre de 1993. Sólo expongo la parte relativa a nuestro Derecho positivo, y creo útil ceñirme en mi exposición al enunciado del problema tal como viene fijado en el tema 30 del programa de Notarías. Pensando en esta finalidad práctica, omito las referencias bibliográficas concretas, por otra parte, fácilmente asequibles.

“nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social mediante la correspondiente indemnización”. Esto supone, como ha visto MONTÉS, que ni siquiera la ley puede alterar el principio de propiedad privada; podrá regular su contenido, pero respetando siempre su contorno esencial. También es cierto que en nuestros días, la diversificación del régimen de la propiedad, y especialmente de la propiedad urbana, ha sido objeto de una minuciosa reglamentación, expuesta recientemente en el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/92 de 26 de junio, que viene a ofrecer nuevas perspectivas sobre la propiedad del suelo, delimitándolo, pero respetando su contenido esencial, a lo que obliga el art. 53.1 CE. Esta posibilidad de delimitación de su contenido esencial, enderezado a impedir la especulación del suelo, ya venía recogida en el art. 47 del texto constitucional, y se desarrolla en el art. 7 LS, que prescribe la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la actuación urbanística de los entes públicos, repartiendo entre los afectados los beneficios y cargas de la misma.

Art. 47 CE. “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

Art. 7 LS. “La participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos y el reparto entre los afectados por la misma de los beneficios y cargas derivados del planeamiento urbanístico, se producirán en los términos fijados por las leyes”.

De aquí se desprende una nueva visión de la propiedad del suelo, bajo la consideración del art. 128.1 de nuestra Constitución: “Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”; en definitiva entender la propiedad del suelo partiendo de su función social, tal como reconoce el art. 5 LS.

Art. 5 LS. “La función social de la propiedad urbana delimita el contenido de las facultades urbanísticas susceptibles de adquisición y condiciona su ejercicio”.

Ciertamente que con esta LS, como con la anterior Ley de Reforma de 25.7.90, el concepto de propiedad urbana pierde gran parte del contenido que hasta ahora se había dado tradicionalmente al concepto de propiedad privada, pues la elasticidad de las facultades que tradicionalmente se incorporaban al derecho de propiedad (parcelación, urbanización, construcción), quedan disgregadas y sólo atribuidas por la Ley previo el cumplimiento por el propietario de unos deberes o cargas, cuyo incumplimiento determina la inexistencia para el propietario de estas facultades, que no llega a adquirirlas. Con razón dice TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ que el derecho de propiedad del suelo no es ya un derecho potencialmente ilimitado, sino más bien un derecho encerrado en límites precisos que empieza por definir la propia LS (art. 5) y que terminan de perfilar los Planes de Ordenación (art. 8).

483

Art. 8 LS. “La utilización del suelo y, en especial, su urbanización y edificación, deberá producirse en la forma y con las limitaciones que establezcan la legislación de ordenación territorial y urbanística y, por remisión de ella, el planeamiento, de conformidad con la clasificación y calificación urbanística de los predios”.

Esto quiere decir (TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ) que la Ley y los Planes no recortan, por lo tanto, un derecho que ini-

cialmente tenga una extensión mayor, sino que definen cuál es en cada caso la extensión misma de este derecho al precisar sus fronteras normales en función de la clasificación y calificación urbanística de los terrenos. Por eso precisamente, porque se trata de definir los límites o fronteras y no de recortar algo previamente definido, es por lo que el art. 6 LS afirma que “la ordenación de los terrenos y construcciones no confiere derechos indemnizatorios, salvo en los supuestos que la ley define”, porque los derechos indemnizatorios sólo caben en los casos de privación o recorte de un derecho previamente definido con mayor extensión.

La LS viene a introducir una nueva visión en el campo de la propiedad privada, y especialmente en el campo de la propiedad urbana. Ya dijo MARTÍN BLANCO que la propiedad regulada en la legislación urbanística no es una suma de facultades atribuidas al derecho de propiedad, sino la legitimación del ejercicio de aquellas facultades concretas y determinadas que la ley va concediendo gradualmente al propietario, y cuya incorporación al titular solamente se producirá mediante el ejercicio y necesario cumplimiento en los plazos y condiciones legales, de los deberes o cargas ínsitos en dichas facultades, que integran su contenido y legitiman su ejercicio.

Antecedentes próximos de la Ley del Suelo.

Sin duda el gran problema de los tiempos modernos es el de la vivienda, especialmente desde la emigración masiva de la población rural a las ciudades a partir del desarrollo industrial. Para paliar el problema de la escasez de viviendas, siendo insuficiente a estos efectos la regulación de los arrendamientos urbanos, se hizo necesario atacar el problema desde sus propias bases: la propiedad del suelo, problema no previsto en el Código civil donde esta necesidad no se sentía con especial incidencia, surgiendo la necesidad de leyes especiales sobre ello, leyes, que todo hay que decirlo,

evidencian una creciente intervención administrativa sobre los derechos privados.

Hasta la Ley del Suelo de 12.5.56 la normativa legal fundamentalmente había enfocado el problema desde una perspectiva puramente local, en la que podemos situar la Ley de Ensanche de 26.7.1892 aplicable en principio a Madrid y Barcelona, más tarde extendida a otras ciudades. Al hilo del Estatuto Municipal de 1924, se dictó el Reglamento de Obras, Servicios y Bienes Municipales de 14.7.34. Con fecha 15.5.45 se promulgó una Ley de Solares que inmediatamente se reveló insuficiente. En 1955 la Ley de Régimen Local obligaba a los Ayuntamientos a dictar ordenanzas de construcción y viviendas, y un plan general de urbanización.

Era insuficiente toda esta serie farragosa de normas, y se hizo necesario ante la dispersa, confusa y fragmentaria situación urbanística española, la Ley del Suelo de 12.5.56, que en su misma Exposición de Motivos describía la situación de entonces: "El proceso de desarrollo urbano se caracteriza en general por la densificación congestiva de los cascos centrales de las ciudades, el desorden en la periferia, la indisciplina urbanística, y los precios crecientes del suelo apto para el crecimiento de las ciudades". Con esta ley se dio un paso decisivo en la ordenación urbanística, y PÉREZ BOTIJA llegó a decir que la LS, después de la Hipotecaria, era el complemento mas importante del C.c. en materia de ordenación de bienes inmuebles.

La LS de 1956 fue completada por disposiciones posteriores, como el Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares de 5.3.64; Reglamento de Reparcelaciones de 7.4.66, y otros. Pero seguía habiendo grandes deficiencias y surgió la Ley de Reforma de 2.5.75, aprobándose por R.D. de 9.4.76 el Texto Refundido sobre régimen del suelo y ordenación urbana, a su vez vuelto a reformar por Ley de 25.7.90, cuyo texto refundido vigente es de 26.6.92. Si desde la Ley de 1956 se atribuía al Estado la ordenación del territorio y la planificación urbanística, en

nuestros días, transferidas a las Comunidades Autónomas estas competencias, que reconoce la actual LS haciendo reserva a sus disposiciones, el tema se complica, habiendo surgido numerosos problemas aún no resueltos definitivamente por el Tribunal Constitucional. Sí hay que decir (TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ), que el Tribunal Supremo desde la sentencia de 13.6.90 ha logrado encontrar un punto de equilibrio entre las exigencias que derivan del principio constitucional de autonomía municipal y los requerimientos, también inexcusables, que resultan de la necesaria integración en un marco supramunicipal de la pluralidad de intereses y perspectivas que es característica de la ordenación territorial.

Doble aspecto de la LS< urbanístico (Derecho administrativo)
limitación de la propiedad privada

486 Punto de arranque es la planificación del suelo para la posterior ordenación de los núcleos de población.

Planificación del suelo< viales y equipamiento público
zonas verdes
viviendas

A través de la planificación se quiere hacer efectivo el principio de la función social de la propiedad con aplicación especial al suelo apto para la edificación. Pero la elaboración de los planes de urbanismo tropieza con grandes dificultades:

a) Las viejas ciudades con trazados poco adecuados a una ordenación racional del espacio.

b) Intereses legítimos derivados de la propiedad privada del suelo, originando complicados mecanismos que afectan a la propiedad a través de los diferentes sistemas de actuación urbanística.

c) La ordenación no sólo de los núcleos de población consolidados, sino también de su *hinterland* inmediato, con los consiguientes problemas de recalificación del suelo rústico.

Autonomía del Derecho urbanístico.

al Derecho administrativo?: regula la acción pública
Pertenece< es rama autónoma?: tiene su peculiar normativa
es Derecho civil?: incide sobre la propiedad privada

Señala ESPÍN que en cuanto el derecho de propiedad se encuentra limitado fuertemente por la calificación del suelo, y modificado incluso por las obligaciones resultantes de esa calificación, no puede negarse que la normativa urbanística, su función social y efectos sobre el derecho de propiedad privada, constituye parte integrante del Derecho civil. A mi modo de ver, el Derecho urbanístico es parte del Derecho civil, de ese Derecho civil actual que ha de tener en cuenta una serie de relaciones jurídicas nuevas no tenidas en cuenta en el viejo Código, pero que igualmente aspiran a tutelar los derechos privados esenciales. Pero tampoco hay que negar que tiene una gran incidencia administrativa, como lo reconoce la propia LS que regula la propiedad del suelo y al mismo tiempo la actividad administrativa en materia urbanística, haciendo reserva a las disposiciones municipales y autonómicas.

487

Art. 1 LS. “La presente Ley tiene por objeto establecer el régimen urbanístico de la propiedad del suelo y regular la actividad administrativa en materia de urbanismo con el carácter pleno, básico o supletorio que, para cada artículo, se determina expresamente”.

En nuestros días, no cabe duda que el Derecho urbanístico implica una técnica especializada que ya va contando con una numerosa doctrina, científica y jurisprudencial. Pero sigue siendo complejo el mismo concepto de Derecho urbanístico, y a veces se le confunde con el urbanismo y con la misma planificación, de los que conviene distinguirlos:

1) El urbanismo tiende a la ordenación del suelo, comprendiendo tanto sus aspectos técnicos, como una actuación puramente administrativa.

- 2) La planificación territorial excede el ámbito municipal.
- 3) Derecho urbanístico < aspecto técnico planificador
aspecto jurídico

La planificación.

La acción administrativa se ejercita en primer lugar a través de una planificación del suelo, a cuyo efecto es preciso deslindar suelo rústico y suelo urbano. Ya esta acción planificadora tiene gran incidencia al clasificar el suelo, que será transformado de rústico en urbano o urbanizable, con su incidencia sobre su destino, finalidad, cargas, afectando a los derechos de los propietarios que deben ser tenidos en cuenta para no lesionar derechos reconocidos y encauzar las transformaciones jurídicas por cauces legales.

488 La legalidad vigente (paradigma el art. 5 LS) parte de un concepto bastante discutible: el terreno por sí mismo sólo tiene un valor rústico, y todo lo que se vaya añadiendo es a costa de la Administración (CASTILLO SEVILLA). Indudablemente la LS implica un nuevo concepto del derecho de propiedad que se aparta (TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ) del tradicional concepto romano de la propiedad como derecho potencialmente ilimitado de usar y disfrutar del objeto sobre el que recae; el nuevo estatuto de la propiedad urbana, hecho de límites y deberes, intenta concretar un punto de equilibrio, constitucionalmente obligado, entre el reconocimiento de la propiedad privada y la necesaria iniciativa pública en la dirección del hecho urbano, haciendo abstracción de la persona del titular. Los derechos y deberes previstos en la LS siguen a la cosa y no a la persona, como se evidencia en el art. 22 LS.

Incidencia de la planificación en la propiedad urbana.

La actividad planificadora de la Administración incide directamente sobre la propiedad del suelo al calificar éste,

con la consiguiente variación de destino, que sin la calificación, el propietario quisiera dar al suelo. Si la Constitución (art. 33) protege el derecho de propiedad, cede este derecho en favor de otro de mayor entidad como es el de la colectividad, al que se subordina toda la riqueza de la nación (128 CE). Técnicamente en la LS cuando hay algún tipo de lesión de la propiedad, se establecen mecanismos correctores, ya sea la expropiación, ya cualquier otro que impida la simple confiscación de los bienes.

Frente a la potencia de la actuación administrativa, la ley proporciona medios jurídicos de defensa con los que el particular tenga garantizados los derechos reconocidos legalmente; son necesarias estas garantías frente a la actuación administrativa dentro de los límites de la norma urbanística, porque desde el punto de vista de la propiedad privada, el ámbito más relevante de toda actuación urbanística está en el justo equilibrio entre las actuaciones administrativas y los límites de la propiedad urbana.

489

Ciertamente que las sucesivas Leyes del Suelo han ido delimitando una nueva consideración de la propiedad urbana, hasta el punto de que puede calificarse propiamente como de fijación de un nuevo estatuto de la misma, que trasciende el régimen legal tradicional del C.c. Esta nueva modificación del concepto legal tradicional del derecho de propiedad, obligando a utilizar el suelo conforme a la ordenación territorial y urbanística, viene expresado en el art. 8 LS; a mi modo de ver, este precepto es prueba evidente del carácter civilístico de la LS en cuanto delimita las facultades dominicales y complementa el C.c. en relación con el suelo. Cierto es que la LS parte de que el dueño del suelo por el único hecho de detentar su propiedad no adquiere gratuitamente el valor que se le añade como consecuencia de las actuaciones urbanísticas. Lo ha visto muy bien TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ cuando dice que el propietario del suelo urbano obtiene por el solo hecho de serlo, sin añadir actividad ni soportar riesgo alguno, un beneficio importantísimo

consistente en el aumento de valor que el suelo experimenta al incorporarse a la ciudad a consecuencia de las decisiones que sobre el futuro de ésta adopta la comunidad que la habita. Este aumento de valor, no generado realmente por el propietario del suelo, que nada ha hecho por obtenerlo, y que, en rigor, se debe única y exclusivamente a la comunidad, debe volver a ésta en estricta justicia. Es este aumento de valor lo que debe volver a la sociedad; las plusvalías generadas por la acción urbanística, sin negar la propiedad del suelo; no es confiscación de dicha propiedad, sino la mejor ordenación de la misma al servicio de los intereses superiores de la comunidad.

Clasificación del suelo según la Ley del Suelo

490 Es necesario hacer previamente una mención a los Planes de Ordenación, toda vez que su existencia determina la diferente clasificación del suelo, que influye en las limitaciones de la propiedad, y en general puede decirse que el Plan es el eje en torno al cual se mueve toda la propiedad urbana.

Naturaleza. El Plan < ¿es simple acto administrativo?
¿debe ser considerado como norma?: 134 LS.

Pero antes de entrar a considerar el ámbito y contenido de cada plan urbanístico, hay que tener en cuenta que pueden concurrir en la materia la legislación básica estatal y la de las CC.AA. dentro de sus respectivas competencias, en una zona donde puede decirse cabalmente que hay competencias compartidas entre éstas y el Estado, como es toda la materia de ordenación del territorio, haciéndose necesaria la coordinación entre ambos tipos de Administración, como ya pretende la Ley de Costas de 28.7.88. Incluso antes de la propia legislación urbanística son de aplicación directa otras normas como las de la Ley de Carreteras de 29.8.88; la Ley del Patrimonio Histórico Español de 25.6.85, y la Ley de

Conservación de los Espacios Naturales de 27.3.89. Hay que hacer una referencia especial a esta última, porque con la aguda sensibilidad social en torno a la conservación de la naturaleza y medio ambiente que recoge esta Ley, ello tiene su traducción en una serie de limitaciones a la propiedad urbana que obliga a que las actuaciones urbanísticas tengan que adecuarse a la protección de aquellos bienes, que se superponen a la mera defensa estática de la propiedad privada.

El art. 65 LS prevé el desarrollo del planeamiento a través de:

A) Plan Nacional de Ordenación. Le corresponderá, art. 66: “establecer las grandes directrices territoriales, fijará los fines y objetivos y determinará las prioridades de la acción pública a escala del territorio nacional de forma que permita... la compatibilidad del espacio económico con la calidad de vida y el bienestar social”.

B) Planes Directores Territoriales de Coordinación. Según el art. 67 “establecerán las exigencias del desarrollo regional, las directrices para la ordenación del territorio, el marco físico dentro del que han de desarrollarse las previsiones del propio Plan y el modelo territorial en que ha de integrarse el planeamiento a que afecte”.

C) Planes Generales Municipales. En realidad estos Planes son la pieza decisiva en el ámbito municipal, planes que se comportan diferentemente según la clase de suelo, alcanzando en el TR de 1992 un grado de flexibilidad del que carecían en la legislación derogada.

Art. 70. “Los Planes Generales Municipales de Ordenación, como instrumento de ordenación integral, abarcarán uno o varios términos municipales completos y clasificarán el suelo para el establecimiento del régimen jurídico correspondiente, definirán los elementos fundamentales de la estructura general adoptada para la ordenación urbanística del territorio y establecerán el programa para su desarrollo y ejecución, así como el plazo mínimo de su vigencia”.

La LS para los PGM en el suelo urbano, puede decirse que contiene una regulación agotadora, fijando minuciosamente el uso de los terrenos y de la edificación, como puede verse en el art. 71.1. también señala la LS la renovación o reforma interior que resultare procedente; define aquellas partes de la estructura general del plan correspondiente a esta clase de terrenos; y propone los programas y medidas concretas de actuación para su ejecución.

La principal misión de los PGM es (art. 72.2-a) la clasificación y calificación urbanística del suelo, junto con la delimitación de áreas de reparto de cargas y beneficios y fijación de los aprovechamientos tipo en suelo urbanizable programado, y en su caso, en suelo urbano, lo que es esencial para precisar el contenido del derecho de propiedad y facilitar las operaciones de gestión y ejecución del planeamiento. Es competencia de estos PGM establecer la estructura general y orgánica del territorio, determinar los sistemas generales de comunicación, espacios libres, equipamiento social, como también prevenir la protección del medio ambiente, la conservación de la naturaleza y de los conjuntos urbanos e históricos.

492

La LS obliga en estos Planes Generales a incluir una Memoria justificativa de la ordenación, planos de información y ordenación urbanística del territorio, normas urbanísticas, programas de actuación y un estudio económico-financiero (art. 72.4), documento de máxima importancia. En efecto (TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ) el Plan General no es simplemente la expresión de un deseo en orden al futuro desarrollo llamado a proporcionar una orientación previa capaz de ilustrar las decisiones de los agentes públicos y privados; es mucho más que eso. Es, en concreto, una norma jurídica vinculante y obligatoria para todos, que pretende imponerse al azar y a la coyuntura y dominarlos, conformando el futuro en el sentido que se considera más adecuado. Y el propio Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia ha insistido en la necesidad de esta Memoria, sin

la cual el Plan estaría expuesto a la arbitrariedad del órgano urbanístico actuante (sentencia de 9.7.91).

D) Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento. Tienen una doble función (arts. 74 y 75); de un lado completar, cuando existan, las previsiones del Plan; de otro, suplir la carencia de éstos, y en este sentido estas Normas se configuran en la LS como una auténtica alternativa a los Planes Generales, proporcionando una normativa mínima sobre clasificación y aprovechamiento del suelo, urbanización y edificación, debiendo ajustarse a los Planes Directores Territoriales de Coordinación (art. 69.2), permitiendo la formulación de los correspondientes Planes Parciales y Especiales (arts. 83 y 84). Acertadamente dice TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, que estas Normas constituyen en este sentido una forma de evitar la lacra del “urbanismo sin plan”, o lo que es lo mismo, supuesto que el plan es el eje operativo de la LS, evitar un auténtico “urbanismo sin ley”, que había caracterizado negativamente la etapa anterior.

493

E) Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano. En los municipios donde no existe planeamiento (art. 81), por lo menos debe existir un Proyecto de Delimitación de suelo urbano, que consiste simplemente en el señalamiento del perímetro de los terrenos comprendidos en esta clase, y por exclusión, obligando a clasificar como suelo no urbanizable el resto. Debe contener un mínimo de normativa a través de ordenanzas municipales estableciendo las alineaciones y condiciones de edificación.

F) Planeamiento de desarrollo. La LS, previendo vacíos de planificación en una parte del suelo urbanizable, cuya programación se concretará en momentos posteriores para ajustarla a nuevas necesidades en terrenos calificados como suelo urbanizable no programado, canaliza esta planificación a través de:

—Programas de Actuación Urbanística (art. 82).

—Planes Parciales y Planes Especiales (arts. 83 a 90).

Otros instrumentos del planeamiento, que participan de

la misma naturaleza de los Planes, aunque no pueden modificarlos ni corregirlos sino precisarlos, son:

—Estudios de Detalle (art. 91).

—Proyectos de Urbanización (art. 92).

Eficacia normativa de los Planes.

La LS zanjando una discusión anterior, que ya había resuelto la sentencia de 22.5.74, proclama la eficacia normativa de los Planes, igualmente obligatorios para la Administración y particulares, siendo nula de pleno derecho cualquier dispensa que pudiera hacerse respecto al planeamiento.

494

Art. 134.1. “1. Los particulares, al igual que la Administración, quedarán obligados al cumplimiento de las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la legislación urbanística aplicable, en los Planes, Programas de Actuación Urbanística, Estudios de Detalle, Proyectos, normas y ordenanzas aprobados con arreglo a la misma.

2. Serán nulas de pleno derecho las reservas de dispensación que se contuvieren en los Planes u Ordenanzas, así como las que con independencia de ellos se concedieren”.

Clasificación del suelo.

Art. 9. Planeamiento → suelo	urbano
	urbanizable
	no urbanizable

Suelo urbano en municipios con planeamiento.

Art. 10. “Constituirán el suelo urbano:

a) Los terrenos a los que el planeamiento general incluya en esa clase por contar con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía

eléctrica, debiendo tener estos servicios características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir. También se considerarán urbanos los terrenos que tengan su ordenación consolidada por ocupar la edificación al menos dos terceras partes de los espacios aptos para la misma según la ordenación que el planeamiento general establezca.

b) Los que en ejecución del planeamiento lleguen a disponer efectivamente de los mismos elementos de urbanización a que se refiere el párrafo anterior”.

Suelo urbanizable.

Art. 11.1. “Constituirán el suelo urbanizable los terrenos a los que el Plan General Municipal declare adecuados, en principio, para ser urbanizados.

2. Dentro del suelo urbanizable el Plan establecerá todas o alguna de las siguientes categorías:

495

a) Suelo programado, constituido por aquél cuyo planeamiento parcial deba ser aprobado en el plazo previsto en el programa del propio plan.

b) Suelo no programado, integrado por el que sólo pueda ser objeto de urbanización mediante la aprobación de programas de actuación urbanística”.

Suelo no urbanizable.

Art. 12. “Constituirán el suelo no urbanizable los terrenos que el planeamiento general no incluya en ninguna de las clases de suelo anteriores y, en particular, los espacios que dicho planeamiento determine para otorgarles una especial protección, en razón de su excepcional valor agrícola, forestal o ganadero, de las posibilidades de explotación de sus recursos naturales, de sus valores paisajísticos, históricos o culturales, o para la defensa de la fauna, la flora o el equilibrio ecológico”.

Clasificación del suelo en municipios sin planeamiento.

Art. 13.1. “En los municipios que carecieren de planeamiento general el territorio se clasificará en suelo urbano y suelo no urbanizable.

2. Constituirán el suelo urbano los terrenos que por contar con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, o por estar comprendidos en áreas consolidadas por la edificación al menos en la mitad de la superficie no ocupada por los viales o espacios libres existentes, se incluyan en el Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano.

3. Constituirán el suelo no urbanizable los restantes espacios del término municipal”.

496 Régimen jurídico de la propiedad por razones de ordenación urbana

Es sólo la Administración en los respectivos planes la que califica el suelo, de manera que el propietario de un terreno no puede edificar sin ajustarse al plan correspondiente, previa la licencia urbanística, y no todo terreno es susceptible de urbanizarse, sino sólo aquellos conceptuados como solares, definidos por la LS del siguiente modo:

Art. 14. “A los efectos de esta Ley tendrán la consideración de solares las superficies de suelo urbano aptas para la edificación que reúnan los siguientes requisitos:

1. Que estén urbanizadas con arreglo a las normas mínimas establecidas en cada caso por el planeamiento, y si éste no existiere o no las concretare, se precisará que además de contar con los servicios señalados en los arts. 10 y 13.2, la vía a que la parcela dé frente tenga pavimentada la calzada y encintado de aceras.

2. Que tenga señaladas alineaciones y rasantes si existiera dicho planeamiento”.

Es obvio que no basta para hacer constar en el Registro de la Propiedad la calificación del suelo, la mera manifestación del propietario; no cabe la transformación del suelo no urbanizable en urbano por la simple manifestación de voluntad de un particular, porque sólo a los planes urbanísticos compete esta mutación.

Realmente podría decirse hoy que no existe una propiedad urbana en abstracto, sino una configuración del contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria como "facultades urbanísticas" atribuidas por la Ley y no inherentes por sí mismas al derecho de propiedad. La LS parte del supuesto de respetar el contenido mínimo del derecho de propiedad, y ya en la E. de M. de la Ley 8/90 se apuntaba que la propiedad urbanística no es una suma de facultades como tal atribuidas al derecho de propiedad, sino la legitimación del ejercicio de facultades concretas y determinadas que la Ley va concediendo gradualmente al propietario, cuya incorporación a su patrimonio sólo se produce en la medida que va cumpliendo con los deberes o cargas ínsitos en dichas facultades que integran su contenido y legitiman su ejercicio. El TR de 26.6.92 (como antes la Ley 8/90) partían del necesario cumplimiento del art. 47.2 de la Constitución en orden a la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos. Esto se traduce en lo que llama TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ contenidos adicionales de propiedad, aprovechamientos artificiales que no están en la naturaleza, y que son los urbanísticos, como ocurre al materializarse la edificación en los términos previstos por el plan. La LS parte de que el particular se ve favorecido por una serie de factores que rodean su propiedad (pavimentación, aceras, energía eléctrica, suministro y evacuación de aguas, servicios sanitarios, sociales, escuelas, etc.); toda una serie de elementos propios de la labor urbanística que el particular por sí mismo no podría hacer, y en cuya virtud alcanza unas plusvalías su propiedad, por lo que se impone al propietario participar en

las cargas que genera la acción urbanizadora. De ahí que en la LS se delimite la propiedad del suelo como un conjunto de límites y deberes, que impone un reparto proporcional (equidistribución) de los beneficios y cargas derivados de la calificación del suelo.

La nueva Ley es decididamente intervencionista, y se dirige en gran medida a incrementar el patrimonio municipal del suelo, por lo que desde el punto de vista de la propiedad privada, parece destacar con mayor amplitud los deberes antes que los derechos de los propietarios, y si sitúa en la legislación urbanística la máxima garantía de los derechos individuales, también es cierto que contempla éstos dentro de una visión más amplia que pone el suelo privado en función de los intereses colectivos. Paradigma de lo que acabo de decir, es el art. 140 LS.

498

Art. 140. “La ejecución del planeamiento se desarrollará por los procedimientos establecidos en la legislación urbanística aplicable, que garantizarán la distribución equitativa de los beneficios y cargas entre los afectados, así como el cumplimiento de los deberes de cesión de los terrenos destinados a dotaciones públicas y la de aquéllos en los que se localice el aprovechamiento correspondiente a la Administración, al igual que el costeamiento, y en su caso, la ejecución de la urbanización”.

También puede verse un principio de respeto profundo a la propiedad individual en aquellos casos en que no pueda hacerse efectiva por imposibilidad material la justa distribución entre los afectados de los beneficios y cargas del planeamiento, en cuyo caso procede la indemnización a los propietarios afectados, concediendo sólo en este supuesto lo que niega en general:

Art. 239.1. “Las ordenaciones que impusieran vinculaciones singulares en orden a la conservación de edificios, conferirán derechos indemnizatorios en cuanto excedan de los

deberes legales y en la parte no compensada por los beneficios que resulten de aplicación.

2. Las ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados, conferirán derecho a indemnización”.

Facultades que integran el contenido urbanístico de la propiedad urbana.

El planeamiento urbano sólo contempla una simple aptitud inicial para la edificación de un terreno, que en principio para la Ley sólo tiene un valor rústico; por ello, para materializar la edificación hay que cubrir una serie de fases que tienden a garantizar la efectividad del principio redistributivo de los beneficios y cargas, incorporándose al propietario las diversas facultades en la medida que vaya ejecutando el planeamiento, fijando la ley los requisitos para su adquisición como también las causas de su extinción, y determinando los criterios para la valoración de los terrenos en cada una de las diversas fases de ejecución del planeamiento.

499

La LS regula una serie de facultades de contenido urbanístico, que no son inherentes al derecho de propiedad, sino susceptibles de irse adquiriendo gradualmente por el propietario en la medida que cumpla las exigencias del planeamiento, facultades que junto con los deberes, constituyen la auténtica pieza maestra del nuevo estatuto de la propiedad urbana. Tales facultades se contienen en el art. 23, calificadas como derechos.

Facultades.	Art. 23<	urbanizar
		aprovechamiento urbanístico
		edificar
		edificación (incorporarla al patrimonio)

Art. 23.1. “El contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria se integra mediante la adquisición sucesiva de los siguientes derechos:

a) A urbanizar, entendiéndose por tal la facultad de dotar a un terreno de los servicios e infraestructuras fijados en el planeamiento o, en su defecto, en la legislación urbanística, para que adquiriera la condición de solar.

b) Al aprovechamiento urbanístico, consistente en la atribución efectiva al propietario afectado por una actuación urbanística de los usos e intensidades susceptibles de apropiación privada, o su equivalente económico, en los términos fijados por la Ley.

c) A edificar, consistente en la facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico correspondiente.

d) A la edificación, consistente en la facultad de incorporar al patrimonio la edificación ejecutada y concluida con sujeción a la licencia urbanística otorgada, siempre que ésta fuera conforme con la ordenación urbanística aplicable.

500

2. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de lo dispuesto en esta Ley o en la legislación o planeamiento urbanísticos aplicables”.

Tales facultades urbanísticas, que en el lenguaje legal son sinónimo de derechos, no están reconocidas originariamente y en bloque como propias del derecho de propiedad o ínsitas en él, constituyendo su núcleo esencial, sino que se van incorporando mediante su adquisición sucesiva, con lo que hay que concluir que las facultades urbanísticas no pertenecen al propietario por el mero hecho de serlo.

La atribución y adquisición de cada una de las facultades urbanísticas se opera gradualmente en función del cumplimiento por el propietario de las cargas urbanísticas —deberes legales y limitaciones— en los plazos establecidos por el planeamiento y por la ley. Así, el derecho a urbanizar y al aprovechamiento urbanístico se adquiere por el cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización

en los plazos fijados, debiendo acreditar los propietarios el cumplimiento de los expresados deberes, sin cuyo cumplimiento se extinguen los derechos (art. 26). Estos deberes legales como condicionantes de la adquisición legal de facultades, se precisan en el art. 20.

Art. 20.1. “La ejecución del planeamiento garantizará la distribución equitativa de los beneficios y cargas entre los afectados e implicará el cumplimiento de los siguientes deberes legales:

a) Ceder los terrenos destinados a dotaciones públicas.
b) Ceder los terrenos en los que se localice el aprovechamiento correspondiente a los Ayuntamientos, por exceder del susceptible de apropiación privada o, en su caso, adquirir dicho aprovechamiento por su valor urbanístico en la forma que establezca la legislación urbanística aplicable.

c) Costear y, en su caso, ejecutar la urbanización en los plazos previstos.

d) Solicitar la licencia y edificación, previo el cumplimiento de los deberes urbanísticos correspondientes, en los plazos establecidos.

e) Edificar los solares en el plazo fijado en la preceptiva licencia.

2. El cumplimiento de estos deberes determina la gradual adquisición de las facultades urbanísticas que se definen y regulan en la Sección siguiente”.

Cargas. Art. 20< ceder los terrenos para dotaciones públicas
ceder el aprovechamiento previsto al Ayto.
costear la urbanización
edificar los solares previa licencia

Sobre el suelo urbano y el urbanizable pesan limitaciones negativas de facultades dominicales y cargas que positivamente transformarán el derecho de propiedad. La limitación fundamental es la de no edificar hasta que la parcela sea calificada solar.

deberes
Pueden distinguirse < limitaciones
incluso obligaciones *in faciendo*

Pero quizá la principal novedad del TR (que ya recogía la Ley 8/90) es la fijación para los suelos urbano y urbanizable del “aprovechamiento urbanístico” apropiable por el propietario del suelo, que se fija como máximo en el 85% del aprovechamiento tipo del área de reparto en que esté incluido el terreno, derecho al aprovechamiento que se adquiere a través del cumplimiento de los deberes urbanísticos.

502

Art. 26. “El derecho al aprovechamiento urbanístico se adquiere por el cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización en los plazos fijados por el planeamiento o la legislación urbanística aplicable, debiendo acreditar los propietarios el cumplimiento de los expresados deberes”.

No todo aprovechamiento urbanístico es susceptible de apropiación, sino sólo el 85% del aprovechamiento tipo del área de reparto en que se encuentre, calculado en la forma que señalan los arts. 96 y 97.

Art. 27.1. “El aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación por el titular de un terreno será el resultado de referir a su superficie el 85 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en que se encuentre, calculado en la forma señalada por los arts. 96 y 97.

2. El aprovechamiento urbanístico apropiable por el conjunto de propietarios incluidos en una unidad de ejecución será el resultado de referir a su superficie el 85 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en que se encuentre”.

Los módulos para fijar este aprovechamiento son bastante complejos. Para simplificar diré que el aprovechamiento

tipo de cada área de reparto se obtendrá dividiendo el aprovechamiento lucrativo total, incluido el dotacional privado, correspondiente a la misma, expresado en metros cuadrados construidos del uso y tipología edificatoria característicos, por su superficie total excluidos los terrenos afectos a dotaciones públicas ya existentes; así dice el art. 96 referido al suelo urbano, que desde luego no es un ejemplo de claridad ni de precisión gramatical, defectos que en general podemos referir a toda la nueva LS.

Se pretende con la técnica del aprovechamiento tipo garantizar una mínima uniformidad en la incidencia de toda ordenación urbanística sobre el derecho de propiedad inmobiliaria, partiendo de una adquisición igualitaria por los propietarios de sus respectivos aprovechamientos, que se establece como mecanismo de justa distribución.

Si bien en línea general no puede realizarse ninguna actuación urbanística sin estar aprobada por un Plan, no obstante el TR permite usos y obras provisionales, art. 136, “que habrán de demolerse cuando lo acordare el Ayuntamiento sin derecho a indemnización”.

503

Edificios fuera de ordenación.

Art. 137.1. “Los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico que resultaren disconformes con el mismo serán calificados como fuera de ordenación.

2. Salvo que en el propio planeamiento se dispusiera otro régimen, no podrán realizarse en ellos obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, pero sí las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble”.

Especial consideración de sus limitaciones

El TR de 26.6.92 concibe el derecho de propiedad urbana como esencialmente limitado, subordinado a su función social, frente a la concepción individualista del art. 348 C.c., sujetando a los particulares y a la Administración al cumplimiento de los Planes (art. 134), que son ejecutivos una vez aprobados (art. 131). Creo que puede sostenerse, en general, que la LS contiene un gran núcleo de restricciones al derecho de propiedad urbana, sometida a una fortísima intervención administrativa.

Limitaciones: sobre < uso y destino de los predios
obras y construcciones < existentes
a realizar

504

Como ya hemos visto las limitaciones impuestas al suelo urbano y urbanizable, veremos ahora el régimen del suelo no urbanizable, que no puede destinarse a otros fines que los agrícolas y propios de su destino natural.

Art. 15. "Los terrenos clasificados como suelo no urbanizable o denominación equivalente atribuida por la legislación autonómica, no podrán ser destinados a fines distintos del agrícola, forestal, ganadero, cinegético y, en general, de los vinculados a la utilización racional de los recursos naturales".

Este precepto trata de preservar el suelo no urbanizable de actuaciones urbanísticas que se habían venido desarrollando hasta ahora en suelo no urbanizable no protegido, dependiendo de leyes autonómicas que calificaban el suelo no urbanizable como no protegido o susceptible de especial protección, y a cuyo socaire se realizaban actuaciones urbanísticas, muchas veces ilegales, que por la fuerza de lo fáctico urbanístico acababan integrándose en los respectivos Ayuntamientos, que de esta forma recibieron algunas urbanizaciones de iniciativa, gestión y ejecución privada, y que

plantean numerosos problemas en los que no puedo entrar ahora (remito para su estudio a la documentada monografía de MARTÍN BLANCO, que aun referida a la LS de 9.4.76, sigue siendo válida para enfocar el problema —con las salvedades oportunas— respecto a la vigente).

Prohibiciones y autorizaciones.

Arts. 16.1. “En las transferencias de propiedad, divisiones y segregaciones de terrenos de esta clase de suelo no podrán efectuarse fraccionamientos en contra de lo dispuesto en la legislación agraria...

2. En el suelo no urbanizable quedarán prohibidas las parcelaciones urbanísticas y habrá de garantizarse su preservación del proceso de desarrollo urbano...

...

3. 1.^a No se podrán realizar otras construcciones que las destinadas a explotaciones agrícolas que guarden relación con la naturaleza, extensión y utilización de la finca...

2.^a Podrán autorizarse por el órgano autonómico competente edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social que hayan de emplazarse en el medio rural, así como edificios aislados destinados a vivienda familiar, en lugares en los que no exista posibilidad de formación de un núcleo de población...”.

505

Alturas.

Art. 139. “Mientras no exista Plan o Norma urbanística que lo autorice no podrá edificarse con una altura superior a tres plantas medidas en cada punto del terreno, sin perjuicio de las demás limitaciones que sean aplicables.

Cuando se trate de solares enclavados en núcleos o manzanas edificados en más de dos terceras partes, los Ayuntamientos podrán autorizar alturas que alcancen la media de los edificios ya construidos”.

Intervención administrativa en la edificación. Licencias.

506

Ya se señaló en la E. de M. de la Ley de 1956 cómo a propósito del urbanismo se encuentra uno de los casos más antiguos de actuación de los poderes públicos sobre las facultades dominicales, y el requerimiento de licencia previa para edificar se sigue manteniendo en las leyes posteriores, repitiéndose con total rotundidad en el art. 33.1 de la vigente LS: "El otorgamiento de la licencia determinará la adquisición del derecho a edificar". De este precepto se desprende que la propiedad por sí sola no da derecho a edificar, que sólo lo da la licencia, pero tampoco la licencia por sí misma es la llave que abre la puerta a la edificación, pues si no se han cumplido los deberes legales de cesión, equidistribución y urbanización, legalmente la licencia no podría concederse. La jurisprudencia es constante (entre las últimas sentencias son de destacar las de 25.5.91 y 22.9.92) definiendo la licencia como acto administrativo de naturaleza reglada, en el sentido que la Administración sólo puede comprobar la conformidad o disconformidad de la actividad proyectada con el planeamiento urbanístico, como si ello fuera una mera comprobación automática, según se desprende de la sentencia de 31.10.78: "se deben denegar las licencias que se opongan a las disposiciones urbanísticas aplicables, y conceder las que a las mismas se acomoden". La tarea a mi modo de ver no es tan simple, a pesar del automatismo con que la configura la jurisprudencia, sobre todo hoy en día por el entrecruzamiento de disposiciones urbanísticas de todo tipo, y por la evidencia fáctica de principios urbanísticos poco claros contenidos en los planes que pueden dar lugar a cierta discrecionalidad en la concesión de la licencia, que pugnan con el carácter reglado con que es perfilada jurisprudencialmente. Frente a la práctica viciosa de la Administración de dilatar la resolución del expediente en consideración a las modificaciones de la misma normativa urbanística aplicable, con la consiguiente demora en la con-

cesión de la licencia, el Tribunal Supremo (sentencia de 26.5.86) insiste en que debido a su carácter reglado no cabe “dilatar la decisión (concesión de la licencia) con trámites que pueden ser innecesarios o con una actividad que pueda dar lugar a la vigencia de un régimen urbanístico nuevo que impida la concesión”. Porque ni incluso cuando no haya Plan, el Ayuntamiento habrá de otorgarla conforme a los preceptos generales de la LS (arts. 138 y 139), para, como dice TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, respetar estrictamente el principio de igualdad y evitar que so pretexto de la carencia de una normativa específica suficientemente precisa y detallada, se deniegue unas veces lo que otras se otorga, introduciendo un factor de arbitrariedad que es del todo incompatible con la naturaleza reglada que a las licencias corresponde.

Pero la licencia no es solamente una actividad reglada, ni tampoco es meramente el ejercicio del control administrativo que compruebe la conformidad a la legalidad de la obra proyectada, porque al mismo tiempo es también una autorización de carácter real que tiene en cuenta el objeto sobre el que recae independientemente de la persona que la solicita, por lo que sí es transmisible la licencia a tenor del art. 13.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17.6.55; por el contrario, cualquier modificación en las condiciones del objeto ha de paralizar su concesión.

Cualquier uso urbanístico del terreno, sea cualquiera el destino que quiera dársele, necesita preceptivamente licencia para ello. El art. 242.2 LS señala casuísticamente los actos sujetos a licencia con afán no taxativo sino ejemplificativo, aunque desde luego, el principal de estos actos urbanísticos es la edificación.

Art. 242.1. “Todo acto de edificación requerirá la preceptiva licencia municipal.

2. Estarán sujetos igualmente a previa licencia los actos

de uso del suelo y el subsuelo, tales como las parcelaciones urbanas, los movimientos de tierra, las obras de nueva planta, modificación de estructura o aspecto exterior de las edificaciones existentes, la primera utilización de los edificios y la modificación del uso de los mismos, la demolición de construcciones, la colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública y los demás actos que señalaren los Planes...

3. Las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y planeamiento urbanísticos.

6. En ningún caso se entenderá adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico.

7. Los Colegios profesionales que tuviesen encomendado el visado de los proyectos técnicos, si observaren incumplimiento de la legislación urbanística, pondrán en conocimiento de la administración competente dicha presunción, denegando el visado”.

508

La LS, no contenta con el control de legalidad que ejerce el Ayuntamiento en el momento de otorgar la licencia, extiende ese control a los Colegios profesionales que hayan de visar el proyecto, acto que va más allá de la mera competencia técnica para que si observan incumplimiento de la legislación urbanística, denieguen el visado. Controles sobre controles que hacen presumir la incapacidad del Ayuntamiento para comprobar la adecuación de la obra solicitada al planeamiento, quizá desconfianza de la propia Administración sobre su capacidad de control, que trata de ampliarlo a otros entes, que por la vía indirecta de denegación del visado de la obra, paraliza ésta.

La competencia para otorgar las licencias corresponderá a las Entidades locales, de acuerdo con su legislación aplicable (art. 243), y toda denegación de licencia deberá ser motivada. Están sujetos a licencia tanto los actos urbanísticos promovidos por particulares, como también los promovidos por las Administraciones Públicas (art. 244.1), aunque

para éstas, cuando hubiere razones de urgencia, el control se ejercita de distinto modo.

Una limitación importante sobre la propiedad urbana es el establecimiento, a los efectos de garantizar el cumplimiento del planeamiento, incrementar el patrimonio municipal del suelo, y en general, intervenir en el mercado inmobiliario, de un régimen de expropiación forzosa, que parece convertirse en el instrumento común de actuación (arts. 206 ss). También, y con los mismos motivos, es de destacar el establecimiento sobre todas las transmisiones onerosas de terrenos y viviendas entre particulares situadas en áreas delimitadas al efecto, de derechos de tanteo y retracto a favor de los Ayuntamientos (art. 291 ss).

La edificación forzosa.

Desde la vieja Ley de 1956 se imponía a los propietarios de solares el deber legal de edificación dentro de los plazos fijados en el planeamiento, pero ni se cumplía ni servía para gran cosa el Registro Municipal de Solares previsto entonces. El TR de 1992 retoma con nuevos bríos este tema, estableciendo que si no se solicita y obtiene la licencia de edificación en los plazos que determinen los Planes (y si no se dice nada al respecto, un año desde la adquisición del derecho al aprovechamiento urbanístico, art. 30.2), se extingue el derecho a edificar que otorga la licencia, y el terreno correspondiente será expropiado o puesto en venta forzosa con reducción del aprovechamiento al 50% (art. 34 en relación con el 30.1 y 31.1). Lo mismo ocurrirá si el titular de la licencia incumple los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras fijados en la licencia (art. 35).

Al respecto, la LS trata de reactivar el antiguo Registro de solares y terrenos sin urbanizar, en el que se incluirán los terrenos correspondientes en caso de incumplimiento de los deberes urbanísticos (arts. 232 a 236), pudiendo la

Administración expropiarlos a efectos de su venta forzosa mediante concurso a quien se comprometa a cumplir los deberes que el propietario anterior incumplió.

La edificación. La declaración de obra nueva y el Registro de la Propiedad.

La LS impone a Notarios y Registradores una labor de control de la legalidad urbanística, pues antes de autorizar la escritura correspondiente y de inscribir dicho título, el particular ha de acompañar la licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra ajustada al proyecto aprobado, documentos que deben testimoniarse en las correspondientes escrituras. Es sintomático que la LS trata este tema en la rúbrica “Adquisición del derecho a la edificación”, que como sabemos, en la concepción legal es la facultad de incorporar al patrimonio la obra ejecutada y construida conforme a la licencia urbanística otorgada.

510

Art. 37.2. “Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado. Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente, acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras”.

Este precepto (tomado del art. 25 de la Ley 8/90) distingue la declaración de obra nueva terminada, y la declaración de obra nueva en construcción, sometiendo cada una a distintos requisitos documentales y formales.

A) Escrituras de declaración de obra nueva terminada. Para que el Notario autorice la escritura y el Registrador la inscriba, se requiere documentar la licencia de edificación y la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado.

Para el caso de que la obra hubiera sido realizada sin licencia, el TR da dos soluciones: que la obra fuera incompatible con el planeamiento, en cuyo caso deberá ser demolida (art. 38.1); si es compatible con el planeamiento, puede ser objeto de legalización mediante solicitud de la correspondiente licencia (art. 39). De todos modos, y ya lo advirtió MARTÍN BLANCO, la vigencia del art. 37 va a plantear dificultades con las obras realizadas antes de la entrada en vigor del TR, y en definitiva, como en tantas otras ocasiones, se impondrá “lo fáctico urbanístico” sobre las previsiones legales.

B) Escrituras de declaración de obra nueva en construcción. De la redacción del art. 37.1 se desprenden en este caso dos distintas actuaciones notariales: la escritura de declaración de obra nueva en construcción, y el acta notarial de constancia de la terminación de la obra, cuya iniciación se escrituró (MARTÍN BLANCO). Para la primera, los controles son los mismos que para la declaración de obra nueva terminada: licencia de edificación y certificación técnica de que la descripción de la obra iniciada se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. Como esto es una mera declaración de intenciones; ¿quién puede asegurar que la obra que se inicia se realizará siempre conforme al proyecto con el que se obtuvo la licencia? ¿Puede certificar técnicamente de ello el Arquitecto? ¿Puede dar fe de ello el Notario?, el TR impone una nueva actuación notarial a través de acta en que a petición del propietario se haga

constar la terminación de la obra cuyo comienzo ya había quedado escriturado. De tal acta se tomará razón en el Registro de la Propiedad para hacer constar que la obra en construcción cuya declaración de obra nueva había sido inscrita, ya está finalizada.

Actos inscribibles.

El TR con excesiva minuciosidad describe una serie de actos urbanísticos inscribibles que afectan a la propiedad urbana, algunos de clarísimo carácter administrativo como todo el tema de la inscripción de las transferencias de aprovechamientos urbanísticos, o las cesiones obligatorias de terrenos; otros de claro matiz procedimental de toda la ejecución urbanística, que por su trascendencia requieren constancia registral.

512

Art. 307. “Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad:

1. Los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución del planeamiento en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el Plan, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de las urbanizaciones.

2. Las cesiones de terrenos con carácter obligatorio en los casos previstos por las leyes o como consecuencia de transferencias de aprovechamiento urbanístico.

3. La incoación de expediente sobre disciplina urbanística o de aquellos que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar el cumplimiento de sanciones impuestas.

4. Las condiciones especiales de concesión de licencias, en los términos previstos por las leyes.

5. Los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico.

6. La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias.

7. Las sentencias firmes en que se declare la anulación a que se refiere el número anterior, cuando se concreten a fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento.

8. Cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas”.

También distingue el TR (art. 309) con gran meticulosidad los actos que han de ser objeto de inscripción, de aquellos que han de constar en el Registro por medio de anotaciones preventivas o de notas marginales. Mediante inscripción se harán constar los actos y acuerdos a que se refieren los números 1, 2 y 7 del art. 307; serán objeto de anotación preventiva los actos de los números 3 y 6 del mismo precepto, anotaciones que caducarán a los cuatro años y podrán ser prorrogadas a instancia del órgano urbanístico actuante o en su caso, por resolución judicial; mediante nota marginal, los demás actos referidos en el citado art. 307, notas que tendrán vigencia indefinida, pero que no tendrán otro objeto que dar a conocer la situación urbanística en el momento a que se refiera el título que las originara.

513

La reparcelación urbanística

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ al estudiar los aprovechamientos tipo señala con gran precisión que este paso de lo abstracto a lo concreto se realiza a propósito de las reparcelaciones urbanísticas, que permite reducir las desigualdades entre los propietarios resultantes de la ordenación al posibi-

litar una asignación de aprovechamientos apropiables por cada propietario, proporcional a la superficie de la que cada uno de ellos es titular, situando sobre el terreno el aprovechamiento urbanístico correspondiente a cada propietario.

El mismo TR nos da una definición de la reparcelación, definición que se ajusta a una técnica eminentemente registral:

Art. 164.1. “Se entenderá por reparcelación la agrupación de fincas comprendidas en la unidad de ejecución para su nueva división ajustada al planeamiento, con adjudicación de las parcelas resultantes a los interesados en proporción a sus respectivos derechos.

514 2. La reparcelación tiene por objeto distribuir justamente los beneficios y cargas de la ordenación urbanística, regularizar la configuración de las fincas, situar su aprovechamiento en zonas aptas para la edificación con arreglo al planeamiento y localizar sobre parcelas determinadas y en esas mismas zonas el aprovechamiento que, en su caso, corresponda a la Administración actuante.

3. No podrán concederse licencias de edificación hasta que sea firme en vía administrativa el acuerdo aprobatorio de la reparcelación de la unidad de ejecución”.

La reparcelación exige unas vías por las que finalmente se subrogarán parcelas nuevas por las que inicialmente correspondían a cada propietario, a través de un procedimiento formal que al iniciarse el procedimiento de reparcelación lleva consigo, sin necesidad de declaración expresa, la suspensión del otorgamiento de licencias de parcelación y edificación (art. 165.2), y aun de las otorgadas con anterioridad, teniendo derecho en este caso los propietarios a ser resarcidos del coste de los proyectos o de las licencias mismas (art. 165.3), entendiéndose iniciado el expediente de reparcelación al aprobarse la delimitación de la unidad de ejecución (art. 165.1), debiéndose someter el proyecto de reparcelación antes de su aprobación definitiva a infor-

mación pública durante un mes con citación personal a los interesados (art. 165.6). Se entiende aprobado el proyecto de reparcelación por el transcurso de tres meses desde que hubiera finalizado el trámite de información pública ante el Ayuntamiento o la Comunidad Autónoma sin que se hubiera comunicado resolución expresa sobre tal aprobación.

Formulación del proyecto de reparcelación.

Art. 165.4. “El proyecto de reparcelación se formulará:

a) Por los dos tercios de los propietarios interesados que representen, como mínimo, el 80 por 100 de la superficie reparcelable dentro de los tres meses siguientes a la aprobación de la delimitación de una unidad de ejecución. Para el cómputo de dichas mayorías se tendrán en cuenta las superficies de suelo exterior a la unidad de ejecución, cuyos propietarios deben hacer efectivo su derecho en ésta.

515

b) Por el Ayuntamiento, de oficio o a instancia de alguno de los propietarios afectados, cuando éstos no hubieran hecho uso de su derecho, o no hubieran subsanado, dentro del plazo que se les marcara, los defectos que se hubieran apreciado en el proyecto que formularan.

Los proyectos redactados de oficio procurarán atenerse a los criterios expresamente manifestados por los interesados en los tres meses siguientes a la aprobación de la delimitación de la unidad de ejecución”.

Las nuevas parcelas resultantes del acuerdo aprobatorio de la reparcelación en las que se subrogan los titulares anteriores, suponen el resultado final de todo el complejo proceso de definición del contenido urbanístico de la propiedad, quedando afectadas las nuevas parcelas al cumplimiento de las cargas y al pago de los costes de urbanización, incorporándose al patrimonio municipal del suelo los terrenos de cesión obligatoria.

Art. 167. "El acuerdo aprobatorio del proyecto de reparcelación producirá los siguientes efectos:

a) Transmisión, a la Administración correspondiente, en pleno dominio y libre de cargas, de todos los terrenos de cesión obligatoria para su incorporación al patrimonio del suelo o su afectación a los usos previstos en el planeamiento.

b) Subrogación, con plena eficacia real, de las antiguas por las nuevas parcelas, siempre que quede establecida su correspondencia.

c) Afectación real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente".

516

Si por dificultades de la reparcelación los aprovechamientos permitidos por el planeamiento en una unidad de ejecución exceden de los susceptibles de apropiación por el conjunto de propietarios incluidos en la misma, los excesos corresponderán a la Administración actuante, excesos que podrán destinarse a compensar a propietarios de terrenos no incluidos en unidades de ejecución afectos a dotaciones locales o sistemas generales, o a compensar a propietarios con aprovechamiento real inferior al susceptible de apropiación del área de reparto en que se encuentren (art. 151), quizá en este último caso por ser demasiado reducida la unidad de ejecución no permitiendo a los propietarios obtener por subrogación los aprovechamientos tipo correspondientes a sus parcelas iniciales. Y en este supuesto, en que la unidad de ejecución derive en un aprovechamiento real inferior al susceptible de apropiación, la Administración hará efectiva esta diferencia en otras unidades de ejecución, o mediante el abono en metálico de su valor urbanístico, a elección de la Administración (art. 152), pretendiendo lograr la igualdad entre los propietarios en todo el proceso de reparto. Esta es la finalidad de la ley, pero el propietario afectado que se le adjudique en compensación una parcela en otra unidad de ejecución, puede no interesarle,

y como la Administración es la que decide libremente, si le concede esa parcela o le abona en metálico su valor urbanístico, a pesar de la pretendida igualdad que predica la ley, no lo es tanto, y en todo caso, puede violar los intereses y el derecho del particular que aspira a unos valores urbanísticos situados en determinada zona, y que por el juego del art. 152 puede llevar a una expropiación encubierta.

Especialidades registrales.

Todo el complejo mecanismo de la reparcelación, con una transcendencia indudable sobre la propiedad urbana, va dejando sus huellas en el Registro de la Propiedad, que reflejará en cada momento cada uno de los pasos subsiguientes hasta reflejar finalmente la nueva propiedad inscrita. La Ley es demasiado prolija en este punto, señalando a cada paso los títulos que hay que presentar, la cancelación de los asientos anteriores, todas las rectificaciones a que dé lugar la reparcelación, la forma de hacer constar la actuación del órgano urbanístico actuante, señalando cómo debe el Registrador inscribir, agrupando todas las fincas resultantes del proyecto y su posterior división en cada una de las fincas resultantes, etc.

517

Art. 310.1. “La iniciación del expediente de reparcelación o la afección de los terrenos comprendidos en una unidad de ejecución al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación, se harán constar en el Registro por nota al margen de la última inscripción de dominio de las fincas correspondientes.

2. La nota marginal tendrá una duración de tres años y podrá ser prorrogada por otros tres años a instancia del órgano o Junta que hubiera solicitado su práctica.

3. La inscripción de los títulos de reparcelación o compensación podrá llevarse a cabo, bien mediante la cancela-

ción directa de las inscripciones y demás asientos vigentes de las fincas originarias, con referencia al folio registral de las fincas resultantes del proyecto, bien mediante agrupación previa de la totalidad de la superficie comprendida en la unidad de ejecución y su división en todas y cada una de las fincas resultantes de las operaciones de reparcelación o compensación.

4. Tomada la nota a la que se refiere el número 1 se producirán los siguientes efectos:

a) Si el título adjudicare la finca resultante al titular registral de la finca originaria, la inscripción se practicará a favor de éste.

b) Si el título atribuyere la finca resultante al titular registral de la finca originaria según el contenido de la certificación que motivó la práctica de la nota, la inscripción se practicará a favor de dicho titular y se cancelarán simultáneamente las inscripciones de dominio o de derechos reales sobre la finca originaria que se hubieren practicado con posterioridad a la fecha de la nota.

c) En el caso a que se refiere la letra anterior, se hará constar al margen de la inscripción o inscripciones de las fincas de resultado, la existencia de los asientos posteriores que han sido objeto de cancelación, el título que los motivó y su respectiva fecha.

d) Para la práctica de la inscripción de la finca o fincas de resultado a favor de los adquirentes de la finca originaria bastará la presentación del título que motivó la práctica de asientos cancelados posteriores a la nota, con la rectificación que corresponda y en la que se hagan constar las circunstancias y descripción de la finca o fincas resultantes del proyecto, así como el consentimiento para tal rectificación del titular registral y de los titulares de los derechos cancelados conforme al apartado b). Mientras no se lleve a cabo la expresada rectificación, no podrá practicarse ningún asiento sobre las fincas objeto de la nota marginal a que se refiere la letra c).

5. El título en cuya virtud se inscribe el proyecto de reparcelación o compensación será suficiente para la modificación de entidades hipotecarias, rectificación de descripciones registrales, inmatriculación de fincas o excesos de cabida, reanudación del tracto sucesivo, y para la cancelación de derechos reales incompatibles, en la forma que reglamentariamente se determine”.

Plantea numerosos problemas este precepto, tanto por la mecánica de las sucesivas tomas de razón en el Registro, con técnicas diferentes para cada acto o título inscribible: nota marginal para la iniciación del expediente de reparcelación; inscripción para los títulos de reparcelación con constancia minuciosa de todas las circunstancias afectantes a las fincas de procedencia y a las fincas de resultado; consentimiento de los titulares anteriores para la rectificación de asientos, etc., cuyo estudio pormenorizado no es de este momento. El legislador de 1992, como el de la Ley de Costas de 28.7.88 (Reglamento de 1.12.89), o desde otro ángulo, el de la Ley de Sociedades Anónimas de 22.12.89, y sobre todo en el Reglamento del Registro Mercantil, potencian la función registral, haciendo del Registro una pieza clave en la ordenación de la propiedad urbana con la constancia de todos los actos de trascendencia para terceros, teniendo acceso al Registro no sólo los actos de puro Derecho privado, sino los actos administrativos de gestión urbanística, y hasta los actos técnicos (por ejemplo, las certificaciones de finalización de obras) que inciden en la materia. Será el Registro el último organismo de control de la legalidad de las actuaciones urbanísticas. Desde la Ley del 76 se ha ido acentuando cada vez más la necesidad de concordar las actuaciones urbanísticas con la práctica notarial y la labor del Registro como garantía de seguridad para los terceros implicados en el proceso de urbanización y utilización del suelo, como también de mantenimiento de la disciplina urbanística. Y así lo vino a señalar la Dirección General de los Registros y del Nota-

riado en su Instrucción de 16.7.84: “en particular se decidirá, con arreglo a las normas urbanísticas, si determinada parcelación del suelo, sea rústico o urbano, es legal, o si determinada infracción impide a los Notarios la autorización de los actos, y a los Registradores la inscripción”.

B) Notas bibliográficas

“La secularización del matrimonio”, CRESPO DE MIGUEL, Luis. Eunsa, Pamplona, 1992, 516 págs. Prólogo de Francisco de Asís Sancho Rebullida.

La obra de la que vamos a ocuparnos, lejos de carecer de un elevado nivel e interés, ofrece en su estudio dificultades metodológicas y de fondo que la hacen —y no sólo por ello— más atrayente. El examen de la secularización del matrimonio de la forma planteada y elaborada por Luis Crespo de Miguel está limitado a etapas concretas (las distintas fases por las que atraviesa el siglo XIX) pero ofrece una visión completa de las mismas. Inmersos en su lectura, detectamos partes del trabajo que exigen un mayor esfuerzo para su comprensión, mientras que otros pasajes de la obra conllevan una lectura más ágil y amena.

Desde una perspectiva material y de contenido, no se pueden determinar de modo inconfundible las partes integrantes del libro; formalmente comprende seis capítulos. Sí decir que la investigación de Luis Crespo aborda el estudio político-social-religioso de las bases en las que se asientan los distintos proyectos de elaboración del Código civil lo que obliga a plantear la cuestión siguiendo una línea de continuidad en la que marcar límites impide la posibilidad de aclararse sobre la evolución que ha seguido el instituto matrimonial.

A la hora de situarnos frente a un estudio profundo donde se pretendan plasmar los distintos factores influyentes en la regulación del matrimonio dirigido a plasmar el proceso evolutivo de secularización no pueden faltar las alusiones, conclusiones, teorías y demás enjuiciamientos que sobre el tema ha emitido la Iglesia Católica en España, si bien no es la única que ha tenido la exclusividad en pugnar con el poder civil la regulación del matrimonio pues, como el mismo autor señala en la página 7 de su obra, el comienzo de la secularización del matrimonio en Europa lo motivó la Reforma Protestante.

El capítulo 1.º introduce en un principio al estudio de proyecto de Código civil de Garely, el de 1821. En este caso —y según parece deducirse del contenido en la página 15 de la obra— el autor es partidario de la tesis del civilista Fuenmayor en su obra *El Matrimonio y el Concordato* (que constituyó su Discurso de Recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en 1963; poco ha frecuentado la Academia Fuenmayor Champín, motivado por los numerosos menesteres profesionales que le han mantenido apartado de Madrid, viviendo en Pamplona y Roma), cuando éste con autoridad y rigor manifiesta que la doctrina del “contrato civil-materia de sacramento” sentó los cimientos para la completa secularización matrimonial. Se puede en este caso, y partiendo de estas afirmaciones que Luis Crespo no ha dejado escapar, echar en falta una mayor exposición y aclaración de tal concepto elaborado por Pothier y recogido por Fuenmayor; tal aserción merece una explicación más honda y profunda si así se entendió y trascendió y sobre todo si tenemos en cuenta la influencia francesa —se quiera o no— en la regulación de las leyes civiles españolas, quedando a los españoles, para su completa redacción, la aportación de una situación política y social, así como nuestra relación con la Iglesia que era y es algo distinta a la francesa.

Dentro de este capítulo, y no sólo en él, existen anécdotas curiosas que demuestran la labor investigadora que ha practicado Luis Crespo, como por ejemplo la relativa a la publicación en 1809 de una obra elaborada por el sacerdote Juan Antonio Llorente, *Consejero de Estado* por José Bonaparte, donde ya en los comienzos del siglo anterior algunos eclesiásticos partían de la separación del sacramento que católicamente implica el matrimonio del contrato que es lo que trasciende civilmente.

El conflicto de competencias es lo que podíamos denominar uno de los factores de pugna en la regulación del matrimonio, y sobre él van a girar fundamentalmente las colisiones civiles y eclesiásticas. Sobre este tema recoge el Dr. Crespo la opinión del Obispo de Lérida que en 1821 emitió una Exposición a las Cortes. Se trata de una correlación de ideas bastante fundamentadas y, en suma, viene a reconocer las distintas potestades que versan sobre el instituto del matrimonio, la civil y eclesiástica, así como su respeto a cada una de ellas ya que en caso contrario se alteraría la esencia de la materia regulada.

Aunque el autor —según manifiesta—, no ha encontrado varios trabajos sobre el contenido genérico del proyecto de 1821, sí hemos de señalar que el contenido que aporta en su obra sobre su elaboración no aporta nada nuevo. Sí, en cambio, la observancia del estudio específico de su articulado referente al matrimonio y el valor de las aclaraciones hechas. Existe pues una exposición interpretativa del articulado del citado proyecto de 1821 —al igual que en los demás que trata el autor—. Pero no podemos olvidar una cuestión que tuvo especial transcendencia en cuanto al matrimonio de incapaces: “El consentimiento ilustrado”. Acerca de él y partiendo de las Pragmáticas de Carlos III y Carlos IV se plasma en este trabajo un análisis que

sintetiza prácticamente la opinión del gran civilista Federico de Castro (considerado junto con Jaime Guasp y Alvaro D'Ors la troika de los tres mejores juristas españoles del siglo XX). Son muchos los aspectos abordados relativos al matrimonio en el proyecto de 1821, pero merece la pena destacar cómo éste no consideraba el divorcio como causa de disolución del vínculo, lo cual refleja que los autores no absorbieron totalmente las ideas inspiradoras del Code y sí, sin embargo, se reafirma lo que ya hemos señalado anteriormente, la influencia de la Iglesia Católica en España.

A la hora de aproximarnos al segundo capítulo contemplamos que éste contiene una introducción histórica más concreta que el anterior. En él se estudia el proyecto de Código civil de 1836, lo cual hace suponer que la aclaración de la situación social y política era más necesaria debido a las turbulencias sociales habidas en España en aquella época. También nos encontramos con que eclesiásticamente hay gran revuelo: adquisición de bienes por parte del Estado, supresión de ciertos beneficios, nombramientos en la Jerarquía de personas no gratas al Vaticano... Tampoco civilmente la situación era alentadora. Asistimos, en pocas palabras, a una etapa de transición. Todo ello es reflejado por Crespo de Miguel en el citado capítulo así como la diferencia sistemática de este proyecto con el anterior.

El estudio del intento de codificación de 1836 es en parte comparativo y en parte apurado de contenido. Volvemos a contemplar en él los distintos aspectos que abarca el matrimonio: su celebración, capacidad, consentimiento, rito, prueba, impedimentos, etc. Concreta en su estudio la competencia eclesiástica que apenas queda reducida al conocimiento de las causas relativas a los esponsales que se otorgaran en Escritura pública. La reacción de la Iglesia en este caso se caracterizó por su omisión dada la carencia de difusión que tuvo tal proyecto.

Se justifica por el autor como necesario el capítulo 3.º para aclarar más y mejor el proceso secularizador del matrimonio en España. Se refiere este apartado del trabajo a los distintos proyectos particulares de Código civil que no son más que fieles reflejos de las ideas y pensamientos de sus respectivos autores. Así, y por el conocimiento que de él ha quedado, el proyecto de Gorosábel, hombre liberal que sólo consiguió elaborar una exposición reflejando en ella el orden de las materias contenidas e inspirándose en textos legales, como las Partidas, y en las consideraciones religiosas que reflejó el Concilio de Trento. Otros proyectos o trabajos analizados con rigor son los de Fernández de la Hoz y de Cirilo Alvarez.

El capítulo siguiente analiza un anteproyecto del libro I del Código de 1843 de Cirilo Alvarez. Es conocido por todos los interesados en la codificación los avatares por los que ésta atraviesa así como su influencia en las distintas materias objeto de su contenido. Esto no es ajeno al autor quien, por su relevancia y materia, hace referencia a toda intervención y actuación de la Santa Sede, como por ejemplo la que tuvo lugar por el Papa Gregorio XVI ante la legislación anticlerical que se estaba produciendo en los días de la Regencia, nos referimos al hecho de la supresión del Tribunal de

la Rota de la Nunciatura. El estudio de este anteproyecto se justifica, sobre todo, por su influencia en el proyecto de Código civil de 1851 y será la Base II "La ley no reconoce como legítimo el matrimonio si no está sancionado por el sacramento" la que inspire más adelante el contenido del artículo 48 del proyecto del 51 "El matrimonio ha de celebrarse según disponen los cánones de la Iglesia Católica admitidos en España", artículo que actualmente sale siempre a colación en cualquier estudio de Derecho civil en la parte relativa al Derecho de familia.

Sin duda el autor dedica un mayor estudio al proyecto de García Goyena, el de 1851. Sobre él versan dos capítulos, el 5.º y 6.º. En el primero de ellos vuelve a seguir Crespo la praxis que durante todo el libro se observa: introducción histórica, influencias sociales, políticas, ubicación del entorno en que se redacta el proyecto, situación de las relaciones Iglesia-Estado... Pero como quiera que el de García Goyena fue el proyecto de Código civil más elaborado y de fuerte influencia en el definitivo Código de 1889, su importancia no pasó inadvertida a la Jerarquía eclesiástica, y dado el tema de que trata el autor, éste ha recogido distintos informes emitidos por diversas autoridades sabedoras del asunto. A ello se va a referir en su capítulo 6.º donde se recogen los citados informes elaborados por Obispos, por el Tribunal de la Rota, por las Audiencias Territoriales y por la Universidad de Salamanca. Cada uno de ellos abarcan distintos aspectos relativos a temas matrimoniales: esponsales, nulidad, jurisdicción, edad... Son informes donde partiendo del sentimiento católico nacional, afirman la comisión de errores en los que no se tiene en cuenta la tradición religiosa española, pero sobre todo, el punto central de discusión —según se refleja en el estudio— es el tema con el que empezábamos el principio de esta recensión: las normas relativas a la jurisdicción eclesiástica.

Señalar también que el autor realiza una labor sintetizadora a lo largo de su trabajo. En cada capítulo se dedican algunas páginas conclusivas o de resumen de su larga y elaborada exposición contenida en ellos. Pero al final de su obra dedica un apartado bajo la rúbrica de "Conclusiones Generales" donde refleja los distintos vaivenes que se han sucedido en esta materia tratada. Aunque queda constancia a lo largo del libro que Luis Crespo de Miguel ha manejado variadísimas publicaciones (entre las que no obstante, puestos a hacer alguna observación al autor no vemos mención ninguna a Bartolomé Clavero Salvador, estudioso profundo de la codificación civil española, que se olvide de Duran i Bas, o del casi contemporáneo libro de Juan Baró Pazos, *La codificación del Derecho civil en España, 1808-1889*, publicado por la Universidad de Cantabria) y documentos (destacar las 1290 notas a pie de página) sin embargo la referencia a la influencia y trayectoria de la Iglesia no ha sido un punto de contenido de esta sección (por ejemplo la Bula *Auctorem fidei*), lo que extraña al lector que muchas veces acude a estas tareas simplificadoras del autor y que, por tanto, deben reflejar (advirtiendo que se trata de breves y pobres ideas de una obra) todos los agentes decisivos e intervinientes en el proceso secularizador del matri-

monio, que sin embargo sí se deja estudiar en el contenido general. Todo ello patentiza un buen conocimiento de las fuentes canónicas y de la doctrina canonística, entre la que nos hubiera gustado ver recogido los libros de M. Prümmer, *Manuale iuris Canonici*, Friburgo de Brisgovia, 1922, pp. 406-426; Klaus Mörsdorf, *Die Rechtssprache des Codex iuris Canonici. Eine kritische Untersuchung*, Paderborn (1937), ed. de 1967, pp. 216-232; Simon Aichner, *Compendium iuris ecclesiastici ad usum cleri*, Brixinae, 1900, pp. 444-714 y P. Mauri de Schenkl, *Institutiones iuris ecclesiastici Germaniae inprimis, et bavariae accommodatae*, Landshuti, 1823, pp. 239-347.

La obra no deja de ser un trabajo elaborado y riguroso, presentándose el tema tratado de forma cronológica y sucesiva precedido de un "Prólogo" de circunstancias a cargo del Catedrático de Derecho Civil, que no justifica tan pocas letras la base de cariño y "satisfacción y alegría" que el insigne prologuista parece demostrar hacia su antiguo alumno. La metodología seguida intenta ser concreta pero las dificultades que envuelven todo el entorno decimonónico traspasan a su estudio. Quedan claras las ideas que inspiran cada proyecto, la postura del Estado y de la Iglesia, las aportaciones españolas y las copias de textos legales franceses. Con su lectura llegamos a conocer un capítulo interesante de la Historia del Derecho Canónico y del Derecho Civil de especialísimo interés para canonistas, ecclesiasticistas, civilistas, historiadores del Derecho privado y clero, en general.