

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXII • Julio-Agosto 1986 • Núm. 575

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisólo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Manuel Rey Portolés.
D. Antonio Pau Pedrón.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. Carlos Miguel Hernández Crespo.
D. José María Chico Ortiz.
D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Teléf. 411 26 28

o

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

I. S. B. N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«El sistema de fuente y la Ley Orgánica del Poder Judicial», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	1021
«La dación en pago», por LUIS PASCUAL ESTEVILL	1109
«Caracteres del Derecho comunitario; fuentes y relaciones con los ordenamientos nacionales», por ALFREDO SÁNCHEZ BELLA CARSWELL.	1131
«La fiscalidad europea», por JAIME ALFONSO ALFONSO	1155

DICTAMENES Y NOTAS:

«Los mandamientos judiciales y el Registro de la Propiedad», por José MANUEL GARCÍA GARCÍA	1173
--	------

ACTUALIDAD JURIDICA:

«Información legislativa y de actividades», por LA REDACCIÓN	1191
---	------

JURISPRUDENCIA:

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1201
II. Resoluciones de la Dirección General. por IGNACIO DEL RÍO GAR- CÍA DE SOLA, RICARDO EGEA IBÁÑEZ, FERNANDO CANALS BRAGE, JUAN PABLO RUANO BORRELLA y MANUEL CASERO MEJÍAS	1205
III. Sentencias del Tribunal Supremo, por FRANCISCO CASTRO LU- CINI, RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ, JOSÉ QUESADA SEGURA y CATA- LINO RAMÍREZ RAMÍREZ	1265

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«Desahucios, procedimiento sumario del artículo 41 de la Ley Hipo- tecaria. El titular registral frente al ocupante sin título», de José A. CABALLERO GEA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1317
---	------

	<i>Págs.</i>
«El cooperativismo y las cooperativas agrarias», de SUSANA CAMBIAS- SO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1317
«La reforma de la tutela», de A. VENTOSO ESCRIBANO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1326
«Constitución democrática y pluralismo matrimonial», de P. DE PABLO CONTRERAS, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1329
«Ortega en el pensamiento jurídico contemporáneo», de J. LÓPEZ ME- DEL, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1331
REVISTA DE REVISTAS	1337

ESTUDIOS

El sistema de fuentes y la Ley Orgánica del Poder Judicial (*)

SUMARIO: I. *Sobre la Constitución y las fuentes del Derecho.*—II. *El sistema del Código Civil:* a) El concepto de sistema. b) Primacía de la Ley. c) ¿Alcance subordinado de la costumbre? d) Posición reservada a los principios generales.—III. *El sentido del sistema.*—IV. *Sistema y jurisprudencia.*—V. *Constitución y jerarquía de las normas:* a) Jurisprudencia y jurisdicción: 1. Jurisdicción constitucional.—2. Jurisdicción ordinaria.—3. Jurisdicción y reforma de la casación. b) El sistema de la Ley Orgánica: 1. El artículo 5 de la Ley Orgánica: A) Remisión de cuestiones de inconstitucionalidad. B) Relación de los Tribunales Constitucional y Supremo. C) Carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional.—2. Significado del artículo 5 de la Ley Orgánica.—3. El artículo 5 de la Ley Orgánica y el artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—VI. *Sistema de fuentes y Ley Orgánica del Poder Judicial.*—*Conclusiones.*

I. SOBRE LA CONSTITUCION Y LAS FUENTES DEL DERECHO

Aunque la presencia de un régimen constitucional no tiene que significar cambio alguno en una existente teoría de las fuentes (y su correspondiente realidad) en un país y en un momento dados, por cuanto que, con Constitución o sin ella, las fuentes del Derecho existen y actúan, no es menos cierto que es dable la situación diversa, que el paso de un régimen político a otro constitucional implique una serie de reformas, que forzosamente incidan en la temática de las fuentes.

En nuestro particular caso la Historia no ha sido generosa con nuestros regímenes constitucionales, y creo poder afirmar que el constitucionalismo es entre nosotros un fenómeno envidiado por desconocido y des-

(*) Algunas de las ideas aquí expuestas reiteran lo dicho en mi artículo «La concreción de legitimidad en el nuevo Derecho privado español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 556, 1983, págs. 581 y ss. La reiteración es debida únicamente a la coherencia del conjunto de estas páginas.

conocido por envidiado. Las tendencias constitucionalistas españolas decimonónicas expresaron un conato no convertido en realidad, y la experiencia de la Segunda República duró tan brevemente que nos impidió medir jurídicamente las consecuencias de una Constitución en el resto del entramado normativo del ordenamiento.

Nuestro Derecho, tanto el público como el privado, y a éste he de referirme en exclusiva, cuando se consolidó el principio de primacía de la Ley formal, no tuvo reparos en erigir a esta modalidad normativa en primera en el rango jerárquico, con abstracción absoluta a que fuese norma aprobada en Cortes o dictado de la autoridad unipersonal. Que para eso ha tenido entre nosotros plena aceptación un positivismo formalista, con frecuencia autoidentificado con un pseudoiusnaturalismo expresivo de un ideario político y religioso que justificaba cualquier norma por su identidad de intereses con los del sector políticamente dominante. Y la concentración del poder en reducidos grupos explica que cuando se ha recurrido a una idea esotérica de justicia se ha partido de la premisa de estar ésta encerrada en las normas vigentes. No es que no hayan faltado esfuerzos más auténticos de índole crítica, pero sus resultados no han tenido éxito alguno y, cuando lo han logrado, se han visto limitados a «purificar» determinadas normas existentes. Esto explica, entre otros argumentos, que el iusprivatista haya vivido por numerosos lustros identificando la justicia y las disposiciones del Código Civil (incluso expediente *técnico* para pelear por algo mejor), cuerpo legal expresivo de unas normas de conducta correspondientes con los intereses dominantes de un capitalismo incipiente, elevando dicho cuerpo al rango de norma máxima, tanto porque así lo ha sido como porque no se ha dispuesto de otra superior que, ante su contraste, le permitiera despertar en su conciencia el análisis crítico *esencial*. Y como el medio político lo ha impedido casi siempre, la reflexión sobre ideales mejores, cuando ha podido ser sustentada, ha quedado limitada a un precipitado sistemático —bueno, en ausencia de mejores resultados— que permitía remozar viejas ideas adaptándolas a nuevas situaciones. Cuando no se ha consolado afirmando contenidos expresivos, sí, de un mejor ideal, pero difíciles de sustentar textos y realidad en mano (v. gr.: la pretensión de DE CASTRO y de su escuela de ser el Derecho civil esencia de la persona).

Tiene entonces explicación que al advenimiento de la Constitución se haya encontrado nuestro iusprivatista bastante desentrenado acerca del juego de la Norma máxima con respecto al resto del ordenamiento, como bien nos ha advertido en alguno de sus estudios sobre la reforma de 1981 el Notario de Madrid Enrique FOSAR BELLOCH. Y dejo de lado el dato fáctico de que a grandes sectores de nuestros iusprivatistas les ha satis-

hecho siempre la situación existente al no superar su mentalidad otra realidad que la propia del pequeño burgués.

De hecho, en el tema que he de ocuparme en las siguientes páginas ha parecido ser el esquema mental de nuestro profesional uno de índole euclidiano, concebiendo el tema de las fuentes como el tradicional: Ley, costumbre, principios generales en función supletoria vía admisión jurisprudencial; en esquema de estricto *orden* y en una apreciación bastante pasiva, pues siempre que una norma de rango superior ha requerido el particular desarrollo con otras de rango inferior, nuestro jurista ha esperado tranquilamente a la aparición de éstas (cuando han aparecido, como ocurrió con el famoso Reglamento de la primera Ley del Suelo); en ausencia de las cuales la norma superior ha quedado satisfactoriamente inaplicada.

Si al hecho de la inercia tradicional añadimos el otro que la reforma de nuestro ordenamiento, en tema de fuentes, viene efectuando a lo largo de un dilatado período de tiempo (desde 1974), puede explicarse la natural tendencia del jurista a agarrarse a la inercia, dificultándose así la percepción de cualquier cambio. Cuando DE CASTRO (1) calificaba la fuente del Derecho como fuerza normativa creadora, distinguiendo su carácter *primario*, o expresión de un sector de poder apto para generar normas, frente a su carácter *secundario*, o *distribución externa* de aquella manifestación de poder, nos daba una llamada de atención que posiblemente no hemos sopesado debidamente; porque si bien la forma —escribía— «tiene un valor adjetivo... corrientemente, sin embargo se habla de fuente jurídica refiriéndose al medio por el que se crea o manifiesta el Derecho», siendo la explicación de ello que una determinada forma es la corriente o la considerada propia de un poder, utilizándose el tipo de norma como metonimia para designar a la verdadera fuente (de donde su consejo de aludir con las expresiones Ley, costumbre, etcétera, a los *modos de expresión del Derecho*). Cabe, incluso, que un concreto poder social no se desplace, pero sí que adopte nuevas formas de manifestarse y, consiguientemente, que modifique por ello los modos de expresión de lo jurídico (que suponen nuevas reglas del juego y se es consecuente con las mismas).

En mi personal opinión —y muy destacadamente en la perspectiva del Derecho privado— nuestro ordenamiento ha experimentado una serie de reformas que pueden ser calificadas de relativamente al menos originales. Si no por razones de fondo, sí claramente por mor de consideraciones formales. La causa del acontecer la encontramos muy fácilmente en el proceso político que ha seguido el país en sus últimos años.

(1) *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1949, págs. 331 y ss.

Proceso político que, quizá deseándose efectuar con permanencia de su estructura básica —tanto formal como sustantiva, así económico social como jurídica—, se ve impulsado forzosamente por la propia inercia de la labor modificadora —voluntarismos aparte, e incluso contra ellos—, posiblemente por olvido de la afirmación leninista del todo económico social como un bloque.

Si tomamos como referencia en el tema que nos ocupa la modificación del Título Preliminar del Código Civil de 31 de mayo de 1974, que reordenaba, entre otras cosas, el tema de las fuentes del Derecho, es, por lo menos, sorprendente pensar que el denominado proceso de reforma política no afectase al Decreto 1836/1974. La Constitución, la legislación orgánica, tenían que producir sus consecuencias en tema tan trascendental como lo es el de las fuentes del Derecho.

Como ha escrito DE ESTEBAN (2), «resulta tópico decirlo, pero conviene recordar que 'el Derecho no es nada inmutable y acabado en sí mismo, sino un fenómeno sometido a una corriente perpetua en continuo desarrollo. En este sentido, el Estado y el Derecho evolucionan y se renuevan perpetuamente'» (3). Y si esto es siempre así puede darse también el caso límite que surge en ocasiones históricas en la vida de los pueblos, en que la adopción de una nueva Constitución rompe con la orientación del Derecho anterior y haya que comenzar, al menos en lo que se refiere a las normas políticas, prácticamente de cero. Si la famosa frase de KIRCHMANN (...) expresa siempre una parte de verdad, en lo tocante a la adopción de una nueva Constitución puede cobrar a veces su más auténtico significado.

«A mayor abundamiento habría que decir efectivamente que una decisión del poder constituyente comporta, en lo que se refiere fundamentalmente al Derecho constitucional, aunque también al Derecho en general (4), una reconsideración radical de toda normativa existente. Es cierto que cabría matizar tal afirmación a la vista de que pudiera darse el caso consistente en que el cambio constitucional no constituya una genuina ruptura de la orientación ideológica existente hasta entonces y no se trate más que de una ruptura superficial... Ahora bien, si el cambio realmente significa una variación sustantiva de los postulados en que hay que entender las *fuentes del Derecho* en general, nos encontraríamos con

(2) Prólogo, *Normas políticas de España*, Madrid, Tecnos, 1983, págs. 22 y ss.

(3) Con referencia a LEIBHOLZ, G.: *Conceptos fundamentales de la política y de teoría de la Constitución*, IEP, Madrid, 1964, pág. 23.

(4) Por referencia a MATEUS-ROS, R.: *Crisis del Estado y fuentes del Derecho*, IEP, Madrid, 1979, II, pág. 1428.

una verdadera mutación jurídica, consecuencia de otra política» (5). Y luego de recoger la distinción de DE CASTRO por medio de la que expresa Díez-PICAZO (6), justifica referirse inicialmente a las fuentes en sentido primario en un texto que las recoge en su acepción secundaria, siendo la razón «que se trata de un auténtico problema constitucional si aceptamos que la Constitución consiste en las normas jurídicas que concretan el modo de producción de las restantes normas que configuran el ordenamiento de un Estado» (7). Es más: parece evidente que si el método de creación del Derecho varía en un momento determinado, consecuentemente se asistirá también al cambio de las formas en que se exterioriza ese nuevo Derecho. Lo importante, pues, para que se pueda hablar de una *ruptura constitucional* y no de un mero *cambio constitucional* estriba en la variación radical en la forma de producción del Derecho más que en otros aspectos de la organización del Estado.

«Tales reflexiones convenía formularlas a la hora de enjuiciar el cambio de régimen acaecido en España tras la aprobación de la Constitución de 1978, lo cual ha tenido una evidente repercusión en las formas de exteriorizarse el nuevo Derecho que deriva de la misma... En efecto, a partir de esa fecha se ha asistido en nuestro país a una verdadera *ruptura constitucional* no sólo a causa de la aparición de una nueva Constitución democrática, sino sobre todo en razón de que esta norma ha cambiado radicalmente la forma de producción del Derecho y el sentido general de las normas políticas resultantes que la desarrollan». Este cambio revolucionario en la forma de creación del Derecho consistió «en la devolución de la soberanía al pueblo español» (8) y ser «resultado de un compromiso elaborado por las diversas fuerzas políticas significativas del país» (9).

Sin perjuicio de reconocerle al autor un gran optimismo para con el

(5) Por referencia a OLIVECRONA: *El Derecho como hecho*, trad. López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, págs. 93 y ss.

(6) *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1973, página 125.

(7) Por referencia a Kelsen: *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México, 1979, página 232.

(8) En contra, artículo 162, respecto del artículo 161 de la Constitución. Artículo 162: «Están legitimados: a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas...». Artículo 161: «1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley. .».

(9) DE ESTEBAN, *loc. cit.*, págs. 33-34.

cambio y la democracia (10), lo que interesa resaltar de sus palabras es que el iusprivatista no parece haberse alterado y ha preferido, al parecer, «adaptar» la legislación de 1978 al régimen del Código Civil (11). Es cierto que la formal enunciación del sistema de fuentes —Ley, costumbre, principios generales del Derecho— es vestido que se ajusta a cualquier cuerpo, pero no es menos cierto que, en ocasiones, las características de un concreto cuerpo modifican sensiblemente el encaje de ese vestido (12), porque «no es la Ley, sino la concepción política dominante en un país y en una época la que determinará que se utilice...» el positivismo o se vaya más allá (13). Y es que lo asombroso de todo ello deriva del hecho que ya en 1974 estaban puestos los cauces para una total reorientación del sistema de fuentes. Lo nuevo, si es exacta mi tesis, no deriva tanto de esas modificaciones, sino de que han trascendido incluso para reorientar el sistema jurídico, pero todo sin alterarse violentamente el propio sistema.

La Constitución española, como cualquier otra Constitución, incluye unos principios concebidos como *finés esenciales por lograrse* (14), cuyo contenido podría ser entendido de múltiples maneras. Hay, sin embargo, dos datos que la separan de otras Constituciones: a) Es muy moderna y, consiguientemente, ha recogido en su articulado un conjunto de principios, criterios y aseveraciones que no suelen hallarse en otros textos de igual carácter, recepción hecha, además, con optimismo; principios y criterios que, no obstante, son hoy realidad en diversos países y, por consiguiente, forman parte del *poso constitucional ordinario*; b) fue una fórmula de compromiso entre diversas tendencias (el poder real del régimen y los sectores aspirantes a gestionar los intereses de ese poder real por medios más adecuados a los tiempos presentes: «reforma y no ruptura»), por lo que su texto es uno que admite diversas y opuestas interpretaciones (15), lo que explica que la labor de la constituyente se haya des-

(10) Conviene recordar la idea de AGNOLI, J.: *La transformación de la democracia*, trad. de C. Gerhard. México, Siglo XXI, 1971, *passim*, pero en especial páginas 65-87.

(11) Lo que explica los juicios de opinión vertidos contra el nuevo Título Preliminar. *Vide infra*.

(12) Salvo que hagamos realidad el chiste del sastre extraordinario.

(13) DE CASTRO. *loc. cit.*, pág. 459.

(14) Cfr. Preámbulo.

(15) A sus postulados contradictorios (el derecho a la vida y la pena de muerte por leyes militares en tiempo de guerra, art. 15; la igualdad de todos los españoles ante la Ley, art. 14, y la suspensión de los derechos fundamentales «para determinadas personas», art. 55.2; el reconocimiento de la economía social de mercado, art. 38, y la obligación de los poderes públicos de realizar una política económica orientada al pleno empleo, art. 40.1), que son en ocasiones absurdos (la economía de mercado no se garantiza con leyes, sino con el sistema econó-

plazado, en cuanto lucha política, a las leyes orgánicas que deben desarrollar la Constitución (16). No obstante, fija las reglas generales externas del juego político. Pero aquella idea debe resaltarse porque es esencial.

Se explica entonces que la enumeración de fines surja como reclamo material de juridicidad de las normas constitucionales. Estas, mediante su homologación con aquellos fines, permiten dar respuesta a la inquisición de constitucionalidad: las que respondan a tales postulados, como presentes unos y como probables con tendencia a su posibilidad otros, deben estimarse conformes. quedando vejadas con sello de *anticonstitucionalidad* aquellas otras normas que se aparten de los citados fines; enumeración de fines que forma parte del propio cuerpo normativo, y no simplemente programático del preámbulo, al insertarse en su artículo 1 (17) y tantos otros de la Norma fundamental (18).

Igualmente, la Constitución manifiesta una preferencia absoluta porque los fines que constitucionalmente se persiguen se expresen mediante normas de Derecho (19).

mico, que hoy es capitalismo) o imposibles, como el pleno empleo, que no se da en el capitalismo.

(16) Cfr., por todos, LUCAS VERDÚ: «Derecho político y transformación política española», *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad Complutense, núm. 55, páginas 5 y ss. «El frecuente reenvío de nuestro texto básico a las leyes orgánicas significa políticamente:

»Se trata de una especie de consenso entre las principales fuerzas políticas parlamentarias que participaron en la elaboración de la Carta constitucional. Aquí el consenso ha producido cláusulas dilatorias, lo cual quiere decir que para lograr el acuerdo se transfirió al futuro la concreción de los problemas que se comprobó no podían resolverse, de modo taxativo, en el momento de redactar la Constitución. Cada fuerza pactante prefirió esperar la ocasión en que confía conseguir mayoría absoluta para imponer su punto de vista.

»Mientras no se alcance esa mayoría, los preceptos que reenvían a leyes orgánicas quedarán en simples normas programáticas que sólo tienen alcance interpretativo o sirven de límite para impedir se legisle en sentido antagónico a su intencionalidad programática.

»Ahora bien, como esas leyes orgánicas versan sobre materias importantes, en el fondo se opera una cierta desconstitucionalización en un grado inferior respecto a la supremacía de la Constitución. Esto es un defecto técnico (*sic*) si la materia contemplada en la Ley Orgánica debería haberse regulado, dados su contenido e importancia, en el nivel más elevado.»

(17) Artículo 1 de la Constitución: «1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

»2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.

»3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria».

(18) Artículos 2, 6, 7, 9, 10, 13, 14 y ss., etc.

(19) Preámbulo, párrafo segundo, de la Constitución: La nación proclama su voluntad de «Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular».

Esta conexión entre fin constitucional y exteriorización mediante normas jurídicas se pretende asegurar por diversas vías.

Claramente rechaza la Constitución la *acción directa* del pueblo soberano, a diferencia, por ejemplo, de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, que lo reconoce como derecho elemental, siquiera fuese justificación del hecho mismo y, hoy, del pasado. Rechazo que se exterioriza como manifiesto acto político, justificable, pues, *ex post facto*.

Asimismo, se niega el control material de los fines al pueblo soberano (20) al fijar el artículo 166 de la Constitución la iniciativa legislativa de reforma constitucional según lo prescrito en el artículo 87, primero y segundo (21), reconociéndose al dicho pueblo soberano tal iniciativa por remisión a futura Ley orgánica, aunque limitándose las materias accesibles a esa iniciativa (22). Con lo cual es obvio que se acepta una noción de la democracia pasiva, en que el pueblo soberano queda limitado a la aceptación o al rechazo de lo que se le proponga (23).

E incluso queda omitido para el pueblo soberano el derecho a la resistencia, o desobediencia civil, que poco se compagina con el establecimiento de una sociedad democrática avanzada (cfr. Constitución, Preámbulo), o con la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos en que se integra sean *reales y efectivas*, que se recoge en el artículo 9.2 de la Constitución (24); aunque sí se recogen algunas de sus manifestaciones (v.gr.: objeción de conciencia del art. 30.2) (25).

(20) Artículo 1.2 de la Constitución.

(21) Artículo 166: «La iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87». Artículo 87: «1. La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras. 2. Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de Ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de Ley...».

(22) Artículo 87.3 de la Constitución: «Una Ley Orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de Ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de Ley Orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia».

(23) Muy expresivamente ha indicado el diputado señor ALZAGA VILLAMIL al criticar el acceso a la casación de la infracción de norma constitucional que tal posibilidad «equivaldría soterradamente a introducir una acción de inconstitucionalidad de las partes en un determinado proceso, *tergiversando el acceso restringido que tienen los ciudadanos a la aplicación directa de la Constitución*» (Congreso de los Diputados, sesión plenaria, núm. 164. II Legislatura, 1984, pág. 7385, énfasis añadido).

(24) Artículo 9.2 de la Constitución: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean *reales y efectivas*; remover los obstáculos que *impidan o dificulten* su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (énfasis añadido). Sobre el tema

a) La primera vía para asegurar la manifestación jurídica de los fines perseguidos constitucionalmente se encuentra en el recurso de inconstitucionalidad, si bien es un instrumento de control fundamentalmente político, dada la legitimación activa que se reconoce (26); por consiguiente, instrumento dirigido a los políticos y para defensa de los políticos, que no de los particulares, que quedan remitidos a otros procedimientos (27). Lo que demuestra nuevamente poca confianza en el pueblo soberano, aunque curiosamente se le impone la misma responsabilidad que a los poderes públicos, aunque no se le dota de iguales recursos jurídicos para ello (28).

b) La segunda vía se manifiesta en la cuestión de constitucionalidad (29), por iniciativa de cualquier órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, cuando, debiendo fallar y amparar el fallo en la norma, la constitucionalidad de la misma resulte dudosa. Posibilidad inicialmente debilitada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, que restringe la cuestión de constitucionalidad «cuando por vía de interpretación no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional» (art. 5.3, LOPJ).

y su importancia, LARAÑA RODRÍGUEZ-CABELLO, E.: «Un derecho no reconocido en la Constitución: el derecho a la resistencia», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, núm. 2 monográfico, 1979, págs. 183 y ss.

(25) Artículo 30.2 de la Constitución.

(26) *Vide supra* nota 8. El número de diputados y de senadores casi garantiza ser un instrumento de las mayorías.

(27) Artículo 163 de la Constitución: «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional...». Ver, asimismo, artículos 35 (que desarrolla el artículo 163, C, citado) y ss., y los artículos 41 y ss. (regulando el recurso de amparo en protección de derechos fundamentales) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El efecto de limitar la legitimación se ha manifestado, con todos sus inconvenientes, en la llamada «Ley antiterrorista», así como en la de extranjería, en que el particular queda en manos del organismo administrativo sin eficaz intervención judicial. Pero, aunque solamente sea desde un plano formal jurídico (aunque con todas sus consecuencias materiales), el daño puede ser mayor si se efectúa lo dicho por el Gobierno, de no publicar las normas comunitarias, en infracción del artículo 9.3 de la Constitución (que garantiza la publicidad de las normas); del artículo 2 del Código Civil, que fija la entrada en vigor de las normas luego de ser publicadas, y del artículo 96.1 de la Constitución, que declara la integración en el Derecho nacional de los tratados internacionales «una vez publicados oficialmente en España», forma de publicación que sólo es la inserción en el *Boletín Oficial del Estado*.

(28) «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (art. 9.1 de la Constitución).

(29) «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional...» (artículo 163 de la Constitución).

c) La tercera vía es la establecida por el recurso de amparo, regulado en el artículo 53 de la Constitución (29 bis), con las limitaciones y alcance que se establecen. Sin olvidar las posibilidades de la acción popular (30).

Y con relación a las normas de rango inferior a Ley formal, su homologación con aquéllas asegura igualmente la consecución de los fines constitucionales (31).

El logro regular y cotidiano de los fines constitucionales se asegura concibiendo la Constitución un entramado normativo de carácter coherente, sometido a los criterios de unidad, plenitud y jerarquía, como se deduce del artículo 9 de la Constitución, que vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos al ordenamiento entero, del que la Constitución es una parte, aunque destacada. Luego la búsqueda del sentido unitario de las normas se configura como un factor relevante, ya que no solamente puede servir para juridificar la norma o acto que en la norma se ampara, sino que *debe* servir desde el instante en que el artículo 9.3 de la Constitución proclama la Norma máxima como garante del sistema (32). Todo lo cual significa que, en ausencia expresa y concreta de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional (33), le cabe a la jurisdicción ordinaria, en la búsqueda del sentido unitario del ordenamiento, cumplir con la Constitución, llevando a cabo la adecuada interpretación que asegure la realización de los fines constitucionales (34).

Y, naturalmente, el reclamo de consistencia entre los fines y su manifestación por medio de normas jurídicas sujeta a éstas a los principios

(29 bis) «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional...» (art. 53.2 de la Constitución).

(30) Artículo 125 de la Constitución.

(31) «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (art. 106 de la Constitución).

(32) «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» (art. 9.3 de la Constitución).

(33) «El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» (art. 123 de la Constitución). «El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución a la presente Ley Orgánica» (artículo 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, énfasis añadido).

(34) Cfr. artículo 117.3 en relación con el citado 123 de la Constitución.

de competencia (35), jerarquía y legalidad, publicando las normas y garantizando la seguridad jurídica mediante la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (36).

Destaca, asimismo, en la Constitución una preferencia absoluta por que la manifestación normativa se realice mediante Ley formal por la oportuna iniciativa legislativa e intervención de las Cortes Generales en el trámite. Iniciativa en principio abierta a todos, pero realmente circunscrita al Gobierno y al Congreso de los Diputados (37). Y no desconociéndose la facultad gubernativa de dictar disposiciones generales, tal fa-

(35) «Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas... y las demás previstas en la Constitución» (artículo 81 de la Constitución). Concordando con los artículos 8.2, 54, 55.2, 92.3, 93, 104.2, 107, 116, 122, 136.4, 144, 150.2, 165, etc.

(36) Cfr. artículos 9.3 de la Constitución, citado, y concordantes, 84, 86.1 y 2, 90.2, 92.1, 102.1, 2 y 3; 106.2, 108, 116, 117.2, etc.

(37) Correspondiendo al pueblo español ser fuente de todos los poderes que expresan la soberanía nacional (arts. 1 y 2 de la Constitución), el artículo 66 atribuye a las Cortes Generales la consideración de organismo representante de la soberanía popular, integrándose aquéllas por el Congreso de los Diputados y por el Senado (art. 66.1 de la Constitución). Dichas Cortes Generales son sede de la potestad legislativa, la cual se manifiesta mediante Ley en sentido formal, que puede adoptar diversas formas: 1) *Ley orgánica*, que se determina por razón de la materia, correspondientes al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, estribando su característica en serles exigida una mayoría absoluta del Congreso (art. 81.1 y 2 de la Constitución). 2) *Leyes ordinarias*, que, si bien aludidas por la Constitución (v. gr.: art. 90.1), deben deducirse por exclusión: no serán las orgánicas ni aquéllas otras que refiero a continuación, correspondiéndose así con la manifestación de la actividad legislativa normal. 3) *Leyes de Bases*, que son las que enmarcan legislación delegada en beneficio del Ejecutivo, en cuyo caso el texto provocado por éste tiene rango formal de Ley (art. 82.1 y 2 de la Constitución); delegación que debe ser expresa y sobre materia que no sea exclusiva de competencia de las Cortes, debiendo fijarse un término para actuar la legislación (artículo 82.3 y 1, respecto del art. 81 de la Constitución). 4) *Leyes ordinarias delegantes*, que son las que autorizan al Gobierno a refundir diversos textos legales en uno solo (art. 82.2 de la Constitución), que habrán de determinar el ámbito normativo de la delegación, «especificando si se circunscriben a la mera formulación de un texto único o si incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos» (art. 82.5 de la Constitución). 5) *Decretos legislativos*, que son normas con rango formal de Ley, que expresan disposiciones del Gobierno contentivas de legislación delegada (art. 85 de la Constitución), que quedan sujetas a los marcos impuestos por las leyes de bases y leyes delegantes; agotándose la facultad delegada en el uso de la misma, no pudiendo entenderse concedida la delegación de modo implícito o por tiempo indeterminado; potestad delegada que es, a la vez, indelegable por parte del Gobierno. 6) *Decretos-leyes*, o normas para las que es competente el Gobierno, dictadas en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, que en caso alguno pueden referirse al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, derechos, deberes y libertades de los ciudadanos referidos en el Título I de la Constitución, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral en general (art. 86.1 de la Constitución); y que, en todo caso, deben ser inmediatamente sometidos a debate y aprobación por el Congreso, convocado al efecto si no estuviere reunido en el plazo de treinta días siguientes a la promulgación de la norma. Establece, además, la

cultad queda sujeta a un régimen de suficiente control (38). Aparte, dada la nueva organización autonómica del Estado, se reconocen competencias a otros organismos autonómicos (39).

La Ley, pues, se mantiene en la Constitución como medio predilecto de exteriorización normativa. Son numerosos los agentes materiales de confección jurídica (40), pero siempre y en todo caso se recaba la forma de Ley para su expresión vinculante (41).

Que esa Ley formal es equiparada a la norma en sentido amplio es claro con sólo contrastar la Constitución con el Código Civil. En efecto, dado que la Constitución no altera ni afecta al Título Preliminar de dicho cuerpo legal, ya calificado otrora de *constitución política* (42), deben entenderse ambas normas como complementarias. Es conclusión a la que se llega con la misma Constitución, que se incorpora a sí misma como parte del ordenamiento (43); y, señalando el Código Civil cuáles son las fuentes del ordenamiento, cabe entonces desplazar el tema desde la Constitución al Código Civil mismo, siendo en primer paso este cuerpo legal el que fija el *sistema* del ordenamiento.

Constitución un régimen de garantías relativas a la propia elaboración de la norma, tanto respecto de la iniciativa, aprobación, sanción como promulgación de las leyes.

(38) El Gobierno tiene potestad reglamentaria (art. 97 de la Constitución), cuyo control y adecuación a la legalidad viene recogida en diversos preceptos (artículo 106.1 de la Constitución, respecto de los arts. 9.1 y 3, 103.1 y 2 de la Constitución).

(39) El artículo 48 de la Constitución reconoce a las Comunidades Autónomas propia competencia normativa en las materias enumeradas por dicho precepto y con exclusión, por ser competencia del Estado, de las comprendidas en el artículo 149. No obstante, las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, pueden atribuir a las Comunidades Autónomas la facultad de dictar por sí mismas normas legislativas en temas propios de Ley estatal (art. 150.1 de la Constitución), pudiendo, asimismo, el Estado transferir o delegar a dichas Comunidades, mediante Ley Orgánica, facultades propias de materias inherentes al Estado que por naturaleza sean susceptibles de dicha transferencia (art. 150.2 de la Constitución).

(40) V. gr.: Partidos políticos (arts. 6 y concordantes), sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales (arts. 7 y concordantes), los propios poderes

(arts. 103 y concordantes), las confesiones religiosas (art. 16.3), los pro-

II. EL SISTEMA DEL CODIGO CIVIL

a) *El concepto de sistema*

El artículo 1.1 del Código Civil señala terminantemente que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho», y el artículo 1.7 del mismo cuerpo legal indica que «los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

En el articulado del Título Preliminar se ha producido, como es sabido, una sustitución de la expresión *fuentes del Derecho* por la de *fuentes del ordenamiento jurídico*. «Es llamativa —y tal vez significativa— la utilización de la idea de ordenamiento jurídico, que, por lo que nosotros sabemos, se utiliza por primera vez (44)... Con la idea de ordena-

(44) Por segunda vez. La primera lo fue en el artículo 2, primera, 1, de la Ley de Bases para la reforma del Código Civil. Ya el Proyecto de Ley Orgánica de la Justicia recogía la expresión en su Base primera, núm. 4. Con respecto al empleo del término en el Código Civil ha escrito VALLET DE GOYTISOLO («Las expresiones 'fuentes del Derecho' y 'ordenamiento jurídico'», *Revista de Derecho Notarial*, págs. 175 y ss.): «He repasado la carpeta de antecedentes que guardo de cuando trabajé en la reducida Sección de lo Civil de la vieja Comisión de Códigos —hoy convertida más bien en una Comisión de Proyectos del Ministerio de Justicia—, que nos reuníamos en uno de los despachos del Tribunal Supremo, presididos por el inolvidable don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS. En esta carpeta tengo varias copias del anteproyecto de título preliminar que concluimos el 12 de julio de 1965 y don José no entregó a las Cortes, y lo guardó en su cajón en espera de que se aprobaran, remitidas a las Cortes por el Consejo de Ministros el 12 de agosto de 1966 —de cuyo proyecto también conservo copia—; respecto de las cuales la ponencia de las Cortes, al no recibir el texto articulado, acordó suspender su dictamen el 29 de noviembre siguiente.

»Pues bien, en aquel anteproyecto el artículo 1.º ya comenzaba, a propuesta del propio CASTÁN, refiriéndose a las *fuentes del ordenamiento jurídico*.

»Es de advertir que *fuentes del Derecho y ordenamiento jurídico* eran expresiones ya respaldadas por la doctrina. La introducción de una y otra no fue discutida, ni se le dio otra importancia ni trascendencia mayor que la de su empleo terminológico. Por lo menos nadie lo comunicó a los demás.

»Nuestro actual presidente de esta Real Academia, también integrante entonces de la Sección, en su discurso inaugural del Curso académico pasado, contó esta anécdota relativa a la introducción de la expresión 'ordenamiento jurídico': 'VALLET DE GOYTISOLO recuerda que, en una ocasión, pregunté yo (por él) al maestro CASTÁN cómo podía definirse el ordenamiento, y al escuchar de él una definición omnicomprensiva, VALLET comentó: 'Es, por tanto, la galaxia jurídica'. Y toda galaxia, pensé y pienso, incluye estrellas, que son soles, cometas, planetas, con sus diferentes composición y climas y con sus satélites; tiene sus órbitas ordenadas en diversos movimientos, acompasados entre sí y en relación con las de las otras galaxias, en un orden cósmico preestablecido pero en constante movimiento y evolución.

»Como en su indicado discurso dice HERNÁNDEZ GIL (por referencia a *El or-*

miento jurídico parece quererse hacer referencia al bloque normativo como un conjunto, pero también probablemente como un todo cuyas partes se encuentran, o por lo menos deben encontrarse, en armónica coherencia o estructuradas entre sí» (45). Y es ésta muy probablemente la idea que se manifiesta en la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, que sancionó con fuerza de Ley la reforma del Título Preliminar del Código Civil al resaltarse en la misma el carácter de fuentes referidas a un todo sistemático (46). Es incluso el mandato del artículo 2, prime-

denamiento jurídico y la idea de justicia, Discurso inaugural, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1980-81, Madrid, 1980), el concepto de ordenamiento jurídico 'ha sido impulsado por el positivismo normativista', y aunque en SANTI ROMANO supera el normativismo y se convierte en 'estructural y organizativo', 'sigue siendo positivista' e incluso 'sigue siendo formalista', como lo es la pirámide jurídica de Kelsen.

»La Sección, entonces, no le dio este sentido. Menos aún se lo pudo dar el propio don JOSÉ CASTÁN, que siempre se mostró iusnaturalista y que nada tenía de kelseniano, ni veía por los ojos de los administrativistas admiradores de SANTI ROMANO, sino con los suyos propios de civilista y, más genéricamente, de jurista convencido de la primacía de la justicia en su significado material más clásico.

»Sin embargo, hay que reconocer que, vista con perspectiva actual, el cambio del texto del viejo 6.2 por el nuevo 1.1 del Código Civil, en su planteamiento y terminología, se adecua fácilmente a la concepción jurídica dominante. Hoy el positivismo y el formalismo, minados por todos lados y desde las más opuestas posiciones, continúan dominando.»

(45) Díez-Picazo, L.: *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1977, I, págs. 47 y ss.

(46) «El título preliminar del Código Civil se inicia por comprensibles razones de importancia y prioridad con la regulación concerniente a las fuentes del ordenamiento jurídico, las cuales aparecen configuradas con ese alcance y significado, en vez de aludir indirectamente a ellas a propósito de la aplicación de las normas por los Tribunales como lo hacía el precedente artículo 6. Con el carácter de fuentes se enuncian de manera jerárquica la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Cambia, pues, el emplazamiento y el modo de formulación, aunque no el criterio inspirador, si bien se introducen algunas variaciones. La primacía de la Ley resulta tanto de su proclamado valor de fuente de primer grado como de la declarada falta de validez de las disposiciones de rango inferior contradictorias con otras de rango posterior.

»La costumbre —ampliada al no circunscribirla a la del lugar y al conferir el valor de costumbre a los usos jurídicos no meramente interpretativos— sólo desempeña el cometido de fuente en defecto de Ley aplicable, siempre que no contradiga los módulos generales esencialmente delimitativos de la licitud constituidos por la moral y el orden público y que resulte probada. Los principios generales del Derecho actúan como fuente subsidiaria respecto de las anteriores; pero además de desempeñar ese cometido, único en el que cumplen la función autónoma de fuente del Derecho, pueden tener un significado informador de la Ley o de la costumbre.

»Como complemento de la regulación directamente referida a las fuentes del Derecho han de considerarse los preceptos sobre los tratados internacionales y la jurisprudencia (. .).

»A la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si

ra, 1, de la Ley 3/1973, de Bases para la modificación del Título Preliminar, a cuyo tenor: «se enumerarán de modo directo, *sistemático* y *jerarquizado* las fuentes del ordenamiento jurídico» (47); idea que vuelve a ratificar la propia Constitución (48).

En efecto, se trata de resaltar por parte del legislador que el Derecho, aunque no es un coto cerrado, tampoco se concibe como un instrumento en el que se acepta cualquier criterio como jurídico por el simple hecho de que pretenda emplearlo un «agente del sistema legal» (49). Y así lo ha entendido un representante muy autorizado de la judicatura, DE LA VEGA BENAYAS (50), al calificar al Título Preliminar de «interesante aportación legislativa...»; «especie de parte general legislativa que contuviera todas las normas, tanto de alcance público como privado y de aplicación general para la realización del Derecho de la nación en su conjunto». Y añade: «Ha hecho bien el legislador en establecer el catálogo de fuentes... [e] incluir como corolario lógico el deber de los Jueces y Tribunales de seguir el orden preestablecido». Se ha ganado «un mayor pluralismo y ha seguido al mismo tiempo una línea mucho más armónica». Conclusión que resalta, asimismo, FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO (51), no empece su fuerte crítica a la reforma, aunque quede por verse si tal crítica es acertada y si lo que con ella se perseguía por el autor citado es o no lograble con la fórmula actual (que quizá puede

no entrañan elaboración de normas en sentido propio y pleno, contiene desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa.

»Sólo establecidas tan fundamentales precisiones acerca de lo que ha de reconocerse con entidad de Derecho adquiere cabal sentido y justificación el deber inexcusable de los Jueces y Tribunales de resolver cuantos asuntos se les sometan.»

(47) Énfasis añadido.

(48) Ver notas 28 y 33, *supra*.

(49) Es la expresión usada por TOHARÍA, J.: *El Juez español. Un análisis sociológico*, Ed. Tecnos, Madrid, así como en su excelente trabajo «Derecho y desarrollo: el caso de España» (financiado este último por la *Agency for International Development*) (*Doc. Jur.*, núm. 17, enero-marzo 1978, págs. 45 y ss.), en el cual, aunque se demuestra que la gran mayoría de las cuestiones conflictivas que acontecen en España (según amplia muestra) no van a pleito (a diferencia de lo que ocurre en el Derecho anglosajón), se identifica el *sistema legal* (anglicismo correspondiente a nuestro sistema jurídico) con el judicial, convirtiendo al Juez en piedra angular. El trabajo sigue, hasta en los términos, la concepción parsoniana, teniendo por objeto el estudio y conocimiento detallados del proceso e instituciones que intervienen en la aplicación del Derecho. Fue realizado para la Universidad de Stanford, entidad que suele estar presente en múltiples actividades de los Estados Unidos con respecto al mundo hispano. La A.I.D. es un buen instrumento de política exterior de Estados Unidos. El estudio de TOHARÍA ofrece una perfecta información de las relaciones Economía-Derecho en la España de los años 1945-70.

(50) DE LA VEGA BENAYAS, C.: *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil*, Civitas, Madrid, 1976.

(51) «El sistema de fuentes», en *Ciclo de conferencias...*, cit., págs. 233 y ss.

permitir mucho más y mucho mejor hecho que las pretensiones y el método invocado por este autor) (52).

Por el momento lo que interesa es seguir al legislador en su plan, con el fin de ver a dónde nos lleva, relegando a un momento posterior el enjuiciamiento de la obra y la determinación de las posibles metas que autoriza alcanzar.

b) *Primacía de la Ley*

Es unánime el criterio de que el artículo 1.1 del Código Civil acepta y establece la primacía de la Ley sobre otras fuentes del Derecho, dado que ni la costumbre ni los principios generales del Derecho son aplicables sino en defecto de Ley (53). Se ha seguido con ello, al menos en apariencia inicial, la tendencia tradicional, aunque se pudo plantear el sentido de las innovaciones metodológicas que se apuntan en los artículos 1.6, 3.2 ó 1.5 del Código Civil (54). Y es unánime, asimismo, considerar que la expresión *Ley* es comprensiva de toda norma de origen estatal, punto no ignorado en su momento por el legislador (55) y que res-

(52) Quien tacha a la reforma de positivista en exceso; que, al precisar una jerarquía, se aparta de los modernos sistemas (?) que ponen todas las fuentes en colaboración conjunta para hallar la norma justa en cada caso; que convierte al Derecho en expresión, no de lo justo, sino del poder (!); al desconocimiento del Derecho por parte del pueblo; que niega el carácter tópico del Derecho y al repetido divorcio con la realidad social; que fomenta la analogía, etc.

(53) Puede verse: la propia Exposición de Motivos, redactada por HERNÁNDEZ GIL, A.; GONZÁLEZ BOTELLA, P.: «El nuevo título preliminar del Código Civil», en *Doc. Jur.*, núm. 4, octubre-diciembre 1974, págs. 35 y ss., en concreto pág. 49; DE LA VEGA: *Teoría*, cit., págs. 43 y ss.; Díez-PICAZO, en *Comentarios...*, cit., I, páginas 47 y ss., señalando exactamente que la determinación jerárquica se fija en el artículo 1, 3 y 4; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil de España*, Edersa, Madrid, 1979, I, pág. 58; DE LOS MOZOS, J. L.: *Derecho civil español*, Salamanca, 1977, I, 1.º, págs. 402 y ss.; PUIG BRUTAU: *Introducción al Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1980, págs. 164 y ss.

(54) Artículo 1.6 del Código Civil: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho»; artículo 3.2 del Código Civil: «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita»; artículo 1.5 del Código Civil: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*».

(55) «Justamente por esta univocidad se planteó en la Comisión de Justicia de las Cortes, que dictaminaba el Proyecto de Ley de Bases de este articulado, la discusión en torno de si era o no necesario añadir al núm. 1 de este artículo un inciso a renglón seguido de la palabra 'Ley', con la dición de 'disposiciones administrativas', según enmienda *in voce* del procurador MARTÍNEZ ESTERUELAS, pero

ponde a una consideración de sensatez elemental, de modo tal que por función del principio de jerarquía normativa (art. 1.2 del Código Civil, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución) queda asegurada la

que fue rechazada por la Ponencia. Se fundaba el enmendante en la necesidad de que el Código Civil contuviera la visión completa de nuestras fuentes del Derecho, para lo cual era preciso que reasumiera la enumeración de las disposiciones administrativas previstas en el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Se fundó la Ponencia en que, como es tradicional en España, bajo la palabra 'Ley' se entiende toda norma escrita por autoridad competente, y que en este sentido general las demás disposiciones aludidas (decretos, órdenes, etc.), dentro de su peculiar rango, y que por eso se había incluido el párrafo sobre la carencia de validez de las normas inferiores contradictorias de otra de rango superior, razón también por la cual se proponía que en el núm. 4 de la Base primera, al hablar de la jurisprudencia, se suprimiese la referencia nominal a la Ley, costumbre y principios y se sustituyese por la expresión 'las fuentes', para que se entendiera que 'Ley' comprende toda clase de disposiciones administrativas.

»Aunque con fundamentos en parte distintos, el Dictamen del Consejo de Estado proponía también que el núm. 2 del artículo primero quedara redactado así: 'A los efectos de este Título Preliminar se entiende por Ley toda norma dictada por autoridad pública competente'. 'Carecen de validez las disposiciones que contradigan otras de superior jerarquía'.

»El Consejo de Estado estimaba que sin las fórmulas o redacción que proponía, el artículo 1 permanecía en la ambigüedad respecto al tema de la jerarquía normativa, pues cabría la duda de si el párrafo de la validez y jerarquía de las normas se refería o bien sólo a las que el propio título establecía —Ley, costumbre, principios generales—, ora a las disposiciones integrantes del bloque de la legalidad, sobre todo desde la existencia en España de las denominadas Leyes Fundamentales a partir de 1947, y desde 1957 por el establecimiento de la jerarquía de las normas administrativas por la L.R.J.A.E. (art. 23, 2.º). Por lo cual, si se estimaba innecesario llevar esas normas al Código Civil, sí parecía oportuno introducir en el artículo 1 una definición funcional de Ley, de modo semejante a la utilizada por el artículo 1 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán o por la técnica legislativa británica.

»El Gobierno, sin embargo, no aceptó la sugerencia, quizá por las propias razones ya conocidas y de las del Dictamen del Consejo de Estado, es decir, que según la doctrina española bajo la denominación de Ley se incluyen todas las normas dictadas por la autoridad pública, cosa que ya señalaba la Real Orden de 22 de mayo de 1891 y reiteró la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la Sentencia de 22 de junio de 1910» (DÍEZ-PICAZO, *loc. cit.*, págs. 44-45).

Escribe HERNÁNDEZ GIL, A., que «en los trabajos iniciales de la Comisión de Codificación se mencionaba además como fuentes 'las disposiciones estatales de carácter general' que no alcanzaran rango de Ley... Después de muchos debates se retornó a la fórmula clásica. Ir a una definición muy amplia de la Ley como la propugnada por el Consejo de Estado... tampoco parecía oportuno, porque mientras a unos efectos (como su entrada en vigor) se asimilan a la Ley las disposiciones que en rigor no lo son, a otros efectos (como al del recurso de casación civil) se toma por Ley sólo la que lo es en sentido estricto» («Génesis y aportaciones», en el volumen *Ciclo de conferencias...* cit., pág. 14). Véase también el informe de la Ponencia, *Doc. Jur.*, núm. 4, págs. 279 y ss., y el dictamen de la Comisión de Justicia de las Cortes, misma revista, págs. 311 y ss.

juridicidad formal de las normas, consustancial a la organización del Estado actual (56).

Esta primacía de la Ley no tiene que verse, no debe verse, como medio de cerrar los ojos a la realidad de que, materialmente, el Derecho no lo crea el legislador, pero sí a una tendencia, general ya, de que las normas que se pretende sean jurídicas, puedan ser cognoscibles por todos (artículo 9.3 de la Constitución). Aquí la centralización en el modo de anunciar las reglas del juego social ofrece enorme ventaja, que palía sus posibles inconvenientes, los cuales pueden ser perfectamente superados por un adecuado empleo de los instrumentos concedidos por el sistema de fuentes y los criterios de hermenéutica (57). De otro lado, la primacía de la Ley no excluye, naturalmente, aplicarla dentro del propio sistema, lo que, bien hecho, puede significar un relativo freno al afán legislativo del Estado moderno, que usa de la Ley no como norma dirigida a la generalidad, sino como expresión de la coyuntura y, por consiguiente, como medio de satisfacción de intereses concretos y particulares. Distinto es, por supuesto, que así cumplan quiénes les compete. Reconocer a la Ley la máxima jerarquía normativa no implica un mero reconocimiento formal, lo que es contrario al propio ordenamiento, que, por definición, exige contenidos; ni debe, en el otro extremo, llevar a la aceptación de un vacío legalismo, por oponerse a ello los más elementales principios de justicia (58), justicia que es, al tiempo, meta por lograrse y reclamo constante del ordenamiento (59).

(56) Lo que explicaba el legítimo planteamiento de DE LA VEGA, previo a la Constitución, en exigencia de una garantía equivalente al entonces ausente recurso de inconstitucionalidad.

(57) Cfr. DE LA VEGA, *op. cit.*, págs. 39, 82 y ss., 122 y ss., 141 y ss., en que se apunta todo el rendimiento que se puede obtener del *sistema* de fuentes, al entender las normas conforme al criterio sociológico de hermenéutica (art. 3.1, *in fine*, del Código Civil).

(58) La advertencia es importante cuando requerimos de la Ley su generalidad, es decir, que contenga una decisión tomada en abstracto, referida a todos los concretos posibles casos y situaciones fácticas que puedan darse en hipótesis. La igualdad ante la Ley sólo adquiere significado y relevancia pensando en que el legislador no usa de tan importante medio si no es para beneficio de la generalidad. La generalidad de la Ley, o la igualdad ante ella (que es uno de los sentidos de la igualdad del art. 14 de la Constitución), representa la más robusta garantía de que el régimen de gobierno no significa el imperio del arbitrio individual. Sin embargo, conviene advertir acerca de numerosas leyes que, redactadas en términos generales, sus presupuestos de hecho están pensados para muy pocos, siendo así privilegios ilegítimos y soterrados. La superación del legalismo ahí encerrado es, si se quiere, fácil de efectuar (cfr. DE LOS MOZOS: *Derecho civil*, cit., págs. 379-393; también, «Norma, principio y sistema en la integración del ordenamiento jurídico», en el *Libro en homenaje a De Castro*, Tecnos, Madrid, II, 1976, páginas 323 y ss.).

(59) Constitución, Preámbulo; artículo 1.1, art. 31.1, art. 117.1, etc. La justicia es sólo relativa, compatible con la conciencia social existente en el tiempo en que se promulga; «la justicia practicable dadas las circunstancias de lugar y tiem-

Por ello es que debe reinsistirse en criticar la raquílica fórmula acogida en el artículo 162 de la Constitución al otorgar legitimación activa para plantear recurso de inconstitucionalidad a los organismos políticos, muy destacadamente cuando los ciudadanos están sujetos a la Constitución (art. 9.1 de la Constitución), por lo que su obligación debió ser derecho a exigir que aquélla se cumpla. La crítica tiene sentido en el plano jurídico. No niego que la Constitución, cualquier Constitución, es en esencia una norma política, por lo que los medios de la política la recorren en todo sentido. Pero no es menos cierto que el Derecho tiene entre sus funciones la de enmarcar aquellos medios políticos, e incluso los propios fines de lo político. Si la juridicidad de la Ley queda en manos de los políticos, habremos de llegar a la politización de la norma (60), que es lo que se trata de evitar en cierta medida. Este alcanza más relevancia en una Constitución a que se llega por acuerdos enmarcados en detalladas disposiciones contradictorias (expresivas, obviamente, de mutua desconfianza entre los amigables componedores). Si se hubiese seguido un sistema como el norteamericano, por ejemplo, en el que la vaguedad de sus principios y las directrices permite que, sin brusquedades (al menos, regularmente), sus contenidos específicos sean determinados según momentos pautados por la evolución política y social, se explicaría entonces el recurso a medios políticos para enmarcar aquellos amplios principios. Pero redactar una Constitución mediante compromisos de perspectiva política muy dispar, que obliga a insertar en la Norma máxima reclamos opuestos, con empeño de que sea el político quien los interprete, genera siempre serios problemas. Aquí el jurista puede ser elemento idóneo para llegar a alcanzar contenidos inmediatos intermedios. Y no se piense que trato de defender posturas moderadas; al contrario, si la Constitución marca unos mínimos y unos máximos en su probable sentido, es asequible ir a por éstos (61). Por no haberse hecho así la lucha política se ha desplazado a las leyes orgánicas, al uso y abuso del recurso previo, al no empleo del recurso de inconstitucionalidad en claras situaciones atentatorias de la Constitución (Ley «antiterrorista», de extranjería) y por ello a la denominada «politización» del Tribunal Constitucional (?).

po», como dijo CLEMENTE DE DIEGO (*Derecho civil. Parte general*, I, págs. 404-405). Pero, entonces, debe ser exigida total y enteramente. Para sus derivaciones, RUIZ VADILLO: «Conceptos recogidos en la Constitución», *Doc. Jur.*, núm. 20, págs. 73 y ss., en especial págs. 78-80.

(60) Debe recordarse nuevamente el uso dado al recurso previo de inconstitucionalidad.

(61) Al significado máximo para alcanzar el resultado mínimo, que todo hay que decirlo, fue el Consejo del Poder Judicial saliente. Hay que reconocer que desde su perspectiva actuó con plena coherencia

c) *¿Alcance subordinado de la costumbre?* (62)

El carácter subordinado de la costumbre es claro, pues «la costumbre sólo regirá en defecto de Ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada» (art. 1.3, primero, del Código Civil). La nueva redacción del precepto añadió, no obstante, un segundo párrafo: «los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre» (art. 1.3, segundo, del Código Civil).

El legislador se limita a señalar la innovación, doble, acontecida en tema de costumbre. «La costumbre —ampliada al no circunscribirse a la del lugar y al conferir valor de costumbre a los usos jurídicos no meramente interpretativos— sólo desempeña el cometido de fuente en defecto de Ley...» (Exposición de Motivos), lo que el autor de dicha Exposición de Motivos, en su carácter particular, resalta en otro sitio (63).

Ya en otro lugar (64) llamé la atención sobre la importancia que podría tener la innovación (65); sentido del cambio que había sido cer-

(62) Tomamos como punto de partida un concepto de costumbre que se da por entendido y sabido, ya que no corresponde aquí aclarar el profundo problema que implica la determinación del concepto, que la doctrina ha intentado precisar, sin olvidar la problemática interna que el tema ofrece. Puede verse: COSTA, J.: «Requisitos de la costumbre jurídica según los autores», *R.G.L.J.*, núms. 58 y 59, 1881; COSTA, J.: *Plan de un tratado sobre Derecho consuetudinario*, 1889; PUCHTA: *Das Gewohnheits Recht*, 1828-1837; VALETTE, *Du rôle de la coutume*, 1908; VANGEROW: *Lehrbuch der Pandekten*, I, 1865; BONFANTE: *Per una revisione critica della teoria della consuetudine*, R.D.C., 1904; NAWIASKY: *Teoría general del Derecho*, 1962; MOUTON Y OCAMPO: *Derecho consuetudinario español y europeo*, Madrid, 1911; LEBRUN: *La coutume; sous sources; son autorité en Droit privé*, Paris, 1932; PORTOLÉS: *El Derecho consuetudinario a través de la codificación civil castellana*, Zaragoza, 1920; DE DIEGO: «El uso, los usos sociales y convencionales en el Código Civil», en *Fuentes del Derecho civil español*, Ed. Residencia de Estudiantes, Madrid, 1922, págs. 200 y ss.; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO: *La prueba del Derecho consuetudinario*, R.D.P., 1934; BOBBIO: *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942, etc.

(63) HERNÁNDEZ GIL, A.: «Génesis y aportaciones», *loc. cit.*, págs. 13, 14 *in fine* y 15.

(64) VÁZQUEZ BOTE, E.: «La concreción de legitimidad en el nuevo Derecho privado español», *R.C.D.I.*, núm. 556, 1983, págs. 581 y ss.

(65) Que, al parecer, pasa desapercibida a la Comisión de las Cortes y a la de Justicia, con excepción del señor ESPERABÉ DE ARTEAGA, a quien le preocupa la omisión del localismo (cfr. Díez-PICAZO: *Comentarios...*, cit., I, pág. 52). Importancia deducible de las palabras del señor ESCRIVÁ DE ROMANÍ, conforme a las cuales «la sociedad va evolucionando y que la costumbre local no daba idea de esa evolución social que tiene que recoger el Derecho, y cree por ello que debe mantenerse en el texto precisamente con esa precisión (*sic*) de recoger dentro de la costumbre la eficacia creadora de los usos sociales con trascendencia jurídica»; añadiendo que «no se ve razón alguna para seguir manteniendo esa costumbre pequeña, anquilosada, que huele a viejo, la costumbre del lugar. Existen costumbres de ámbito general muy importantes. Pensemos en determinados usos (...); una serie de usos de tipo general, de los cuales basta citar los ejemplos de muchas

teramente señalado por Díez-PICAZO al destacar, en su análisis del informe de la Ponencia sobre el proyecto de nuevo Título Preliminar, un significativo párrafo (66) que le permitía concluir que fue deseo de la Ponencia dar «a la costumbre carácter general y, sobre todo, un alcance evolutivo, como algo dinámico» (67).

Ya es sorprendente que se recoja un concepto de costumbre antitético con su noción normal (modo lento de conformación de modos vinculantes de conducta), resaltándose su sentido evolutivo, pero sobre todo dinámico, innovador (art. 2, primera, 1, párrafo segundo, Ley de Bases para la reforma del Título Preliminar). Y más aún que se identifiquen los usos jurídicos con la costumbre; equiparación que supera —y anula— la distinción de DE CASTRO (68), según la cual la costumbre nace *ex factis*, no *ex dictis*, abriéndose ancho campo a las prácticas *evolutivas* y *dinámicas* de determinados sectores profesionales, sí (como se defendía en la Ponencia); pero también comerciales, mercantiles, industriales, financieros.

Y, por lo menos, es raro que junto a la norma general por excelencia, la Ley, surja otra de igual generalidad... o mayor. Porque si la costumbre y el uso pueden ser generales carecen de significación territorial alguna. «De una costumbre consolidada cabe establecer de antemano su generalidad, probando su efectividad en una serie de puntos y dándola por supuesto en el interior del ámbito territorial así dibujado. Por ejemplo: determinadas reglas de comercio internacional, no obstante ser consuetudinarias, se pueden entender aplicables a todo nuestro país» (69), quedando así abiertas las puertas a prácticas hasta desconocidas en España por ser generales a una actividad, mercantil, financiera, etc., *profundamente innovadoras* (y buena parte de los usos dinámicos e innovadores, presentes en países más «desarrollados», pero inexistentes en España, entran en esa categoría), e incluso siendo aplicables de oficio (70).

profesiones... que generalmente no son locales, pues suelen tener ámbito nacional» (Díez-PICAZO, *ibidem*, págs. 52 y 53, con referencia a la intervención del señor ESCRIVÁ DE ROMANÍ). No hay argumento: las costumbres generales son también y por ello locales, con lo que no se justifica, *por ahí*, la enmienda.

(66) Aquel en que se resalta la configuración de los usos con trascendencia jurídica de carácter dinámico, modos habituales de proceder de los negocios, prácticas y precedentes con relevancia jurídica; y las también palabras del señor ESCRIVÁ DE ROMANÍ de que la ponencia *había meditado con mucho detalle* cada una de las palabras del texto, dando a los usos un carácter de 'trascendencia jurídica como algo dinámico' (Díez-PICAZO, *loc. cit.*, págs. 51-52, énfasis añadido).

(67) Díez-PICAZO, *ibidem*.

(68) *Derecho civil de España*, cit., I, pág. 377, nota 1.

(69) Díez-PICAZO, *loc. cit.*, I, pág. 54.

(70) Pues la propia generalidad excluye la posibilidad de ignorancia judicial ante la probable diversidad de costumbres cuando son locales. «Esta justificación se pierde en relación con las costumbres generales, respecto de las cuales una

Pero más extraña es la equiparación de la costumbre con los usos jurídicos (71), no los sociales (72). Díez-PICAZO ha señalado la razón de la identificación: luego de manifestarse inconforme con las tesis de ALBALADEJO y RUIZ VADILLO (73), recoge el criterio de DE DIEGO (para quien el uso era algo ajeno al Derecho, pero importante para éste) y de la doctrina mercantilista representada por GARRIGUES (74) (para la que los usos de comercio son fuente objetiva de Derecho en ausencia o defecto de Ley), para, finalmente, traernos a la memoria la polémica DE CASTRO-GARRIGUES acerca de la función del uso, reconociendo el Magistrado del Tribunal Constitucional que en el Título Preliminar ha triunfado totalmente la tesis mercantilista (75). NOVOA MONREAL, recogiendo los rasgos de la ideología liberal que señalaba RADBRUCH, la describe orientada hacia la imagen del hombre correspondiente a la ficción del *homo oeconomicus*, que «asimila a todo hombre al comerciante y cons-

riguosa exigencia probatoria no posee un claro fundamento. Entendida la prueba más como certidumbre del Derecho que de otra cosa, la aporía puede eludirse, pues la exigencia de que la costumbre o el uso equiparado resulte probada (artículo 1.2, *in fine*, del Código Civil) no fija la carga de la prueba (Díez-PICAZO, *loc. cit.*, pág. 55).

(71) DE LA VEGA no parece captar la innovación, limitándose a señalar un punto de interés, que ese uso, identificado con la costumbre, puede ser social, individual o de grupo, disolviéndose su análisis en un apunte sobre los usos y costumbres locales, aunque reconociendo que los otros «tienen validez autónoma e imperativa, sólo en defecto de Ley» (*Teoría*, cit., pág. 70, *in fine*).

(72) «La expresión 'usos jurídicos', en vez de la más frecuente 'usos sociales', obedece a la crítica que hacía el Consejo de Estado a la posibilidad de que hablando como inicialmente se hablaba de usos sociales con valor vinculante, se pudieran comprender 'usos' que no tuvieran un alcance jurídico, normas, por ejemplo, de cortesía» (HERNÁNDEZ GIL, A.: «El Título Preliminar del Código Civil», *Anales*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1975, núm. 3, págs. 71 y siguientes, cita precisa pág. 87).

(73) ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, Madrid, 1975, en Díez-PICAZO, *loc. cit.*, página 57, nota 16. RUIZ VADILLO, en *Revista Pretor*, 1974, en Díez-PICAZO, *loc. cit.*, página 59, nota 18.

(74) *El uso, los usos sociales*, cit. *Tratado de Derecho mercantil*, I, págs. 153 y ss.; «Los usos del comercio», *R.D.P.*, 1944, en cita de Díez-PICAZO, *loc. cit.*, página 61, nota 27. Cfr. también GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1955, págs. 110 y ss.

(75) Se «trata de abrir la vía para la construcción de un Derecho mercantil consuetudinario formado por lo que el Código de Comercio llama 'usos del comercio', tipificando dentro de ellos una categoría de usos normativos para darles el papel que en la enumeración general de las fuentes se reconoce a la costumbre. Y ello —hay que decirlo todo— en beneficio de las clases promotoras o creadoras de tales usos, como son los empresarios, sus agrupaciones, sus asesorías jurídicas. La discusión de DE CASTRO y GARRIGUES... aclara bastante cuáles son los intereses reales que están en juego en el fondo de este problema» (Díez-PICAZO, *loc. cit.*, página 63; conclusión a la que llega igualmente GONZÁLEZ BOTELLA: «El nuevo Título Preliminar del Código Civil», *Doc. Jur.*, núm. 4, págs. 50 y ss.). Sin olvidar nunca que dichos usos pueden existir sin necesidad de «hacerse», fuera del territorio nacional en el ramo correspondiente.

truye para todos los hombres un Derecho que es adecuado tan sólo para comerciantes» (76). Es lo que se contiene en el Título Preliminar: el triunfo de las relaciones de cambio que, por ser cada vez más coyunturales, reclaman una norma (?) de confección inmediata, fácil a la vez de abandonar por otra norma ulterior. Y no siempre las Cámaras actúan con tanta rapidez.

Pero hay un sentido adicional en esta equiparación de usos jurídicos y costumbres que merece resaltarse. Ya es curioso que Díez-PICAZO, bien orientado por CARBONNIER (77), indagando el significado de los usos jurídicos por contraposición a los sociales, plantee la distinción entre *mores* y *folkways*, que no parece llevar, ni le lleva, a sitio alguno. Ahora bien, si consultamos los manuales de sociología usados en España (que suelen ser traducción de textos norteamericanos), por ejemplo, el tan difundido de McIVER y PAGE (78), podemos saber qué son esos *mores*, que se equiparan a códigos de conducta (legales, de asociaciones o profesiones, etcétera), instrumento todos ellos que son medio para alcanzar eso que la sociología establecida norteamericana denomina *control social* (79); criterios de control social que se equiparan a los *standards* de conducta y que se imponen por los grupos que controlan la sociedad. Los *standards* son criterios hermenéuticos de uso cotidiano en los Tribunales norteamericanos, en donde reciben la calificación de fuente del Derecho (80). Por eso, cuando Díez-PICAZO concluye (81) que esos usos jurídicos no deben equipararse —pues es erróneo— a las costumbres, dado que aquéllos no son «auténticamente normas jurídicas, sino puros elementos utilizados en los supuestos de hecho de las normas», y que pretender distinguir los usos jurídicos de los usos no jurídicos entraña una dificultad insuperable, cabría preguntar: ¿no se trata precisamente de eso, de que elementos puramente sociales se introduzcan como normas de Derecho? «El intento de revisión del papel o de la función de los usos se inscribe en la evolución social, pero parece tratarse del mismo dinamismo del

(76) *El Derecho como obstáculo al cambio social*, pág. 158.

(77) *Sociología jurídica*, págs. 99-101.

(78) McIVER y PAGE: *Sociología*, trad. esp. de Cazorla, Tecnos, Madrid, 1972, 2.ª ed., 3.ª reimpresión, págs. 143 y ss., 335 y ss.

(79) No es el momento de extenderse en este punto, aunque el tema es, creo, más importante de lo que a primera vista parece. Me remito a lo dicho ya en mi trabajo «Sentido inicial del positivismo judicial anglosajón», *Libro homenaje a Tirso Carretero García*, C.E.H., Madrid, 1985, págs. 385-479.

(80) En su *Jurisprudence*, 1959, para POUND son fuentes del Derecho las costumbres, la religión, las ideas morales y filosóficas, las discusiones científicas (doctrina), esto es, prácticamente todo (*Jurisprudence*, III, págs. 383 y ss.); y entre los medios de desarrollo del Derecho termina citando los estudios sociológicos (*ibidem*, páginas 569 y ss.).

(81) Díez-PICAZO, *loc. cit.*, págs. 69-70.

mundo de los negocios que lo que ha de favorecer es la evolución de éstos, lo cual es muy posible que no concuerde con los intereses generales. En todo caso, la categorización de los usos parece tener un origen mercantilista y utiliza a nuestro modo de ver un camino equivocado» (82). Lo que puede ser cierto o no, dependiendo de como lo entienda el Tribunal Constitucional y después la jurisprudencia de nuestros Tribunales (83).

Por consiguiente, puede afirmarse, he dicho en otro lugar (84), «que los usos jurídicos vienen a ser, por equiparación, costumbres anticon-suetudinarias, pero que por dinámicas enérgicas niegan razón a esa 'pequeña costumbre, anquilosada, que huele a viejo...'; son esos 'de los cuales basta citar los ejemplos de muchas profesiones...' y que, como opina DE LA VEGA BENAYAS, pueden aplicarse directamente, de oficio, por el Juez, sin tan siquiera alegarse por las partes. Su existencia, ciertamente, no se encuentra en el Derecho, sino fuera de él. Pero *serán Derecho* (85).

Las limitaciones establecidas para los usos no parecen, tampoco, difíciles de evitar. Tomando como base su aplicación en ausencia de Ley, lo que no es problema alguno, el artículo 1.3 del Código Civil fija dos límites a su normatividad: a) no ser contrarios a la moral; b) no ser contrarios al orden público.

La limitación impuesta por la moral disuelve, realmente, el problema en una cuestión de apreciación. ¿Entenderemos por moral los criterios éticos de la nación, los de la población (no siempre coincidentes)? Díez-PICAZO concreta que «en su sentido estrictamente jurídico la costumbre es una norma jurídica, que incorpora necesariamente una convicción jurídica y un modelo de conducta social... Parece, pues, claro que la inmoralidad no puede darse» en la costumbre o uso jurídicamente vinculantes (86). Y respecto del segundo límite, añade: «como no puede darse tampoco un desajuste de las normas consuetudinarias con un orden pú-

(82) *Ibidem*, pág. 70. No parece que así lo estime el Magistrado señor MORENILLA RODRÍGUEZ («El Poder judicial en los Estados Unidos», *Doc. Jur.*, núm. 11, 1976, págs. 671 y ss.), quien, en un buen artículo con pocos errores (que derivan del conocimiento *en el papel* solamente del sistema), demuestra cómo pueden ver nuestros Jueces aquel sistema y las posibilidades que les ofrece. Quizá lo que más sorprende en el artículo no sean las opiniones jurídicas, sino las económicas (por cierto, equivocadas) y su repercusión en el Derecho. En todo caso, el amor por los *standards* se asemeja peligrosamente al funcionamiento de los usos jurídicos equiparados a la costumbre.

(83) Por lo que se dice *infra*, pág. 98.

(84) «La concreción de legitimidad...», cit., pág. 600.

(85) PUIG BRUTAU: *Introducción*, cit., págs. 201 y ss. y 208-9, sigue defendiendo la tesis del localismo, aunque empleando argumentos doctrinales y jurisprudenciales anteriores a la reforma del Título Preliminar.

(86) *Loc. cit.*, págs. 55-56.

blico que por hipótesis no está cristalizado en normas legales —dado que la costumbre funciona en defecto o falta de Ley—. Tendría que ser, pues, un orden público encarnado en unos puros *principios generales del Derecho* (87), que no tendrían otra expresión que unas convicciones consuetudinarias de la comunidad. Se comprende así la irremediable antítesis a que la mencionada exigencia nos conduce. Pues por una parte habría unas convicciones jurídicas en un estado latente y nebuloso —meramente ideológicas y no trasladadas a la práctica (88)— que constituirían ese 'orden público', con el cual se pretende que las costumbres deben ajustarse. La antítesis sólo podría romperse considerando que ese orden público no formulado legalmente tiene como depositario a las convicciones de muy contadas personas, como pueden ser las que ejerzan la autoridad o encarnen los órganos del Estado. Mas es claro que esta última es una idea absolutamente degradada del 'orden público' (89).

d) *Posición que se reserva a los principios generales del Derecho*

«Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de Ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico», indica el artículo 1.4 del Código Civil. De aquí resulta que son dos las funciones asignadas a los principios: *a)* ser fuente subsidiaria, en defecto de Ley o costumbre; *b)* informar al ordenamiento todo, labor que realizan sin perjuicio de aquella primera función. A las cuales funciones debe añadirse la interpretadora (90).

La novedad que aporta la nueva redacción del artículo 1.4 del Código Civil es la relativa a ser los principios generales del Derecho *informadores del ordenamiento* (91).

Sobre el significado que pueda tener la expresión utilizada por el artículo 1.4 del Código Civil no parece existir un criterio unánime entre

(87) Énfasis añadido.

(88) Énfasis añadido.

(89) *Loc. cit.*, pág. 56. Su referencia a unos principios generales del Derecho que encarnen un orden público, indicativos aquéllos de expresiones no consuetudinarias de la comunidad, tiene gran importancia por la diversa función de los principios generales como fuente normativa.

(90) BETTI, E.: *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, Edersa, páginas 227 y ss.; DE CASTRO: *Derecho civil*, cit., I, págs. 428-29; DE LOS MOZOS: *Principio y norma*, cit.

(91) El recurso a los principios generales en defecto de Ley o de costumbre, calificándolos como fuente formal de Derecho de tercer grado y, por ello, sometidos a la rígida jerarquía de las normas, que enunciaba el artículo 6, párrafo segundo, del Código Civil, queda, pues, subsistente, y con ello el problema relativo a si los principios generales, precisamente por serlo, quedan referidos a un último lugar, criterio que parece haber dividido a la doctrina española, que ha polemizado también acerca de si son susceptibles de servir como instrumento de interpretación orientando la misma.

quienes se han preocupado del tema (92), aunque todos los autores parecen resaltar como causa de la oscuridad la propia expresión legislativa, que, después de asignar a los principios su condición de fuente última en la jerarquía formal, advierte que es «sin perjuicio de su carácter informador...», con lo cual podría incidirse en la contradicción, señalada por GARCÍA VALDECASAS, de que el principio que informa a la Ley no puede servir para contrastar ésta porque ya existe la Ley. Lo cual es plenamente cierto, sobre todo en el momento en que escribe GARCÍA VALDECASAS, salvo que dichos principios se formulen en *Ley constitucional*. De otro lado, mientras que en la Exposición de Motivos del texto reformador del Título Preliminar se parte de la premisa de que los principios sólo son fuente subsidiaria de Ley y costumbre, y solamente así son fuente, les limita su significado informador a la Ley y a la costumbre. En efecto, si el ordenamiento se integra por Ley, costumbre y principios generales (art. 1.1 del Código Civil) se dificulta su función informadora de ellos mismos (93).

En la doctrina y en la jurisprudencia los principios generales se han usado para todo. Doctrinalmente se invocan con frecuencia como limitadores del capricho legislativo, reclamando de la Ley su homologación con los principios, mientras que la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece haberles reducido a la mínima expresión de función interpretativa y subsidiaria de Ley o costumbre. Esto es, tanto se les ha subordinado al mandato político concreto, como se les ha querido usar para reducir ese mandato. Las corrientes positivistas (proclamándose o no tales) han preferido la función mínima, mientras que los defensores de un supra-positivismo (proclamándose o no tales) han reclamado la función máxima (94). Pero como quiera que, así planteado el problema, se desvirtúa

(92) Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, I, pág. 464; DE LOS MOZOS: *Norma, principio*, citado, y *Derecho civil*, cit., págs. 501 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: «Teoría de la aplicación y elaboración del Derecho», *R.G.L.J.*, 1945; GARCÍA VALDECASAS: «Los principios generales del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código Civil», *A.D.C.*, 1975, págs. 331 y ss.; DÍEZ-PICAZO, *loc. cit.*, págs. 70 y ss.; DE LA VEGA, *op. cit.*, págs. 71 y ss.; HERNÁNDEZ GIL: *Génesis y aportaciones*, cit., pág. 15, nota 1; PUIG BRUTAU: *Introducción*, cit., págs. 230 y ss.

(93) No obstante, se supera la aparente contradicción si tomamos en cuenta las clases de principios generales existentes; así un principio axiomático puede informar a uno sistemático, obviamente.

(94) «A uno y otro modo de ver hay que objetar que dependen de una actitud intelectualista, de suyo estática e inmovilizante, que lleva a desconocer el momento teleológico junto al argumento lógico de la norma jurídica y que conduce a contemplar el orden jurídico, a la vez que en su 'plenitud lógica', como una 'universalidad' no puramente postulada, sino lograda actualmente. Al contrario, un examen más atento del fenómeno histórico y sociológico induce a reconocer que no se trata de 'plenitud', sino de coherencia (para la que la plenitud es sólo una meta ideal, nunca alcanzada); tampoco se trata de 'universalidad', como se pretende, sino de una totalidad en la que está ínsita una virtualidad que excede y

la naturaleza del tema para convertirse en problema político, ¿es dable una solución estrictamente jurídica que encaje en el *sistema*? Porque, si no, la fórmula del artículo 1.4 del Código Civil podría ser, otra vez, un expediente de circunstancias, sin mayor trascendencia de la que quiera darse en cada caso concreto.

BETTI (95) ha escrito que «los principios generales del Derecho hay que concebirlos no ya como el resultado, recabado *a posteriori*, de un árido, procedimiento de sucesivas abstracciones y generalizaciones» —esto es, los principios sistemáticos de ESSER—, «sino como sumas de valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que, constituyendo el fundamento del orden jurídico, tienen una función genética respecto a las normas singulares. Vienen considerados no sólo bajo un aspecto dogmático, como criterios que están en el fundamento de las soluciones legislativas, en la medida en que el Derecho positivo se halla por ellos informado, sino también en un aspecto dinámico como *exigencias de política legislativa*, que no se agotan en las situaciones acogidas, sino que hay que tenerlas presentes como *directrices o instrumentos de la interpretación respecto* a los casos dudosos y también como *tendencias y orientaciones a seguir en el proceso de la legislación*» (96). Su carácter de «excedencia de contenido axiológico explica su configuración, así como fuente normativa concreta y determinada, luego de Ley y costumbre, como su carácter de elemento permanente de todo el ordenamiento, pero también como criterios de valor que no sólo y por lo indicado 'empujan' al ordenamiento hacia sus máximas metas previsibles y hacia aquellas ideales no alcanzables, sino que también 'tiran' del ordenamiento con misma identidad teleológica».

El problema que desde esta última perspectiva principalmente implican los principios es el de su *identificación*, pues en cuanto corresponden a su función existe el riesgo de una precisión subjetiva inconsistente o de una unilateralidad ante el natural contraste entre tendencias conservadoras y progresistas (97). Ello reclama evadirse de las normas positivas y remitirse a su propia fuente, y «así vuelve a proponer el arduo problema de las relaciones que interceden entre sociedad y Estado en cuanto a la producción del Derecho, problema que a su vez sugiere la comparación entre la sociedad que se considera y la otra sociedad políticamente organizada... La piedra de toque de la competencia para la identifica-

sobrepasa las singulares manifestaciones y pone al intérprete, lo mismo que en otros casos, en la necesidad de una integración y de un ulterior desarrollo» (BETTI, E.: *Interpretación*, cit., pág. 278).

(95) *Ibidem*, pág. 288.

(96) Énfasis añadido.

(97) *Loc. cit.*, págs. 288-289.

ción de los principios generales se ofrece, a nuestro juicio, por el recurso o reenvío a la 'naturaleza de las cosas'..., es decir, la lógica de la materia que el Derecho es llamado a disciplinar». Y «es ella misma objeto de interpretación histórica y técnica, de manera que no puede hacerse pasar diversamente del ambiente social y conforme a la medida de los puntos de vista corrientes entre los hombres que en ella viven. Por ejemplo, en un ordenamiento que reconozca la propiedad individual, las relaciones económicas y de trabajo vienen valoradas en su 'lógica' y en su 'naturaleza' en modo esencialmente diverso que en un ordenamiento comunista (98). La remisión a la situación histórica de cada sociedad permite determinar los principios imperantes en un momento dado, una 'naturaleza de las cosas' que opera siempre por el trámite de «una representación que se hace de ella la conciencia social históricamente determinada, y por ello a través de una visión y una valoración históricamente condicionada que viene guiada por ciertos criterios (dictados precisamente por los principios generales) y captada bajo ese prisma, a propósito de la función de las relaciones sociales» (99).

Su especial naturaleza, la dificultad de su precisión, el necesario equilibrio en su plasmación reclaman un especial procedimiento de concreción que, para DE LA VEGA BENAYAS, va referido a la jurisprudencia, tanto judicial como doctrinal, concurriendo con BETTI (100) en ello. Es también el criterio del artículo 1.6 del Código Civil, que remite a la jurisprudencia la labor de complementar el ordenamiento «al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales». Esta función va referida, naturalmente, a los principios generales concebidos como fuente subsidiaria en defecto de Ley y costumbre (como se deduce del orden jerárquico en que se enuncian).

Pero aquí es donde adquiere interés la formulación del artículo 1.4 del Código Civil. Si los principios generales del Derecho, «sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico...», son' subsidiarios, es obvio que son precedentes a dicho ordenamiento en cuanto le informan. Y si el ordenamiento español se inicia hoy con la Constitución, ¿cabe observar alguna referencia a esos principios que sirva de orientación al juzgador en el caso concreto? (101).

(98) *Ibidem*.

(99) *Ibidem*, pág. 290.

(100) DE LA VEGA: *Teoría*, cit., pág. 75; BETTI, *loc. cit.*, pág. 293.

(101) Como ha escrito CASTÁN TOBEÑAS: «Teoría de la aplicación...», citado, los principios «se han de extraer no sólo del Código mismo, sino del entero ordenamiento jurídico, del cual forman parte las leyes políticas y especiales que pueden recoger, mejor que un código aislado, el estado actual de la conciencia jurídica nacional. Por este medio los principios generales del Derecho privado resultarán conectados con los dogmas propios de la ideología política dominante», corrija: del pueblo.

Parece que el Preámbulo de la Constitución recoge algunas referencias cuando señala las líneas generales a que se aspira con y en la convivencia española que significa en su articulado. Líneas generales que exceden con mucho del significado de la simple norma y que alcanzan la categoría de principio. Líneas generales precisadas por RUIZ VADILLO en parte (102) al señalar los recogidos en la Constitución (así en su Preámbulo como en el articulado) principios que, precisamente por ser informadores, *reclaman su realización* (103).

Si los principios generales informan al ordenamiento, e informar es «dar forma sustancial a algo», en este caso al ordenamiento, parece claro que la función de los principios, en cuanto informadores, consiste en reclamar para la Ley y la costumbre (comenzando por la propia Constitución y su interpretación, que es parte del ordenamiento) su conformidad con los mismos. Por lo que el ordenamiento todo debe ser considerado en función de *medio* para alcanzar, en la relatividad histórica de cada momento, pero en ésta de modo *total y pleno*, las metas señaladas, dando al ordenamiento la coherencia necesaria a tal fin.

De ser exacta la conclusión, es de trascendental importancia. De la misma manera que, referidos los principios generales a normas de carácter subsidiario respecto de Ley o costumbre, pueden ser objeto de garantía judicial, siendo su infracción motivo de casación (incluso bajo el reclamo de estar reconocidos en la Ley o en la «doctrina legal»), al estar reconocidos en la Ley máxima, deben ser objeto de igual garantía (104).

El problema ahora es: si aquellos principios, en cuanto subsidiarios, se remiten a la jurisprudencia ordinaria para su eficaz defensa y aplicación, en su carácter de informadores y señalados como tales en la Constitución, ¿deben ser concretados y fijados por esa misma jurisdicción?

En otro lugar (105) me había inclinado por una respuesta negativa. Decía: «Expresamente, el artículo 123 de la Constitución (106) excluye a la jurisdicción ordinaria de materias contentivas de garantías constitucionales. Los principios generales del ordenamiento, en cuanto informadores de éste, informan directamente a la Constitución y a las normas que las desarrollan y, por ello, el régimen de garantías que la propia

(102) *Conceptos recogidos en la Constitución*, cit.

(103) El fundamental artículo 9.2 y relacionados (art. 14, etc.).

(104) Como se verá. Cfr. artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; artículos 1.692, 5.º; 1.707, 1.710 y 1.718 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(105) *La concreción de legitimidad*, cit., pág. 605.

(106) Artículo 123 de la Constitución: «El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales».

Constitución establece (e íntimas con el Derecho civil muchas de ellas), siendo, pues, de aplicación el artículo 161 de la Constitución (107).

»Ciertamente, ante cualquier norma que, no sometida al juicio de constitucionalidad, se pretenda aplicar en el caso concreto, cabe remitirse al Tribunal Constitucional, invocando la infracción del sentido doble al principio general de Derecho, viniendo dicho Tribunal obligado a entender por ser cuestión de su competencia.

»A la jurisdicción ordinaria le corresponde concretar los principios que 'empujan al ordenamiento', función a la que alude el artículo 1.6 del Código Civil. A la especial constitucional, aquéllos que 'tiran' del ordenamiento.

»Así como se explica que invocar los primeros reclame el medio de concreción del principio invocado (según reiterada jurisprudencia), pues son manifiestamente subsidiarios, habrá que invocarse, respecto del Preámbulo o articulado constitucionales, la exacta referencia que parece amparar el sentido del principio que se invoca y el Tribunal Constitucional, al dictar el fallo, así *precisará el principio con el significado históricamente relativo que se le haya de atribuir*. Que la función del Tribunal Constitucional sea la de un «legislador negativo», esto es, rechazar la Ley por inconstitucional, no le excluye —no, ciertamente, indicar cómo se debe hacer la Ley en sus detalles, defecto de la sentencia recaída sobre el Proyecto de Ley despenalizadora del aborto— señalar el alcance de un principio general constitucionalmente recogido, sus todas posibilidades actuales, pues es el «intérprete supremo de la Constitución» (108).

Y terminaba indicando que no era pequeña la modificación acontecida al momento de modificarse el Título Preliminar del Código Civil, oscura entonces, pero meridiana al publicarse la Constitución.

Como hemos de ver luego, sin que signifique un rechazo de ese criterio, la Ley Orgánica del Poder Judicial de mayo de 1985 parece haber seguido un derrotero diverso. En todo caso, sí es cierto que la función de los principios generales es la señalada y que corresponde a la jurisprudencia (Jueces y doctores, éstos «porque saben», pero aquéllos «porque pueden») su plasmación. Ya se dijo antes: «a la ciencia jurídica le cumple el cometido de elaborar la realidad jurídica entendida como orden jurídico, formando un todo sistemático», ya que aquélla no es simplemente descriptiva, sino explicativa y valorativa. «A veces, la explicación y la valoración sólo podrán engendrar una crítica que prepare el camino de la transformación jurídica; *pero a veces también, de una manera más directa, pueden contribuir por sí a determinar el contenido y alcance de la realidad jurídica*» (109).

(107) Que, como se sabe, determina la competencia del Tribunal Constitucional.

(108) Artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

(109) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, I, pág. 407.

III. EL SENTIDO DEL SISTEMA

Con certeza, la crítica más enérgica que se ha hecho al Título Preliminar del Código Civil ha salido de la pluma de FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO (110). No es que no se haya imputado por otros a esa nueva redacción la ausencia de una posición clara y firme en tema de fuentes del Derecho (111), pero para el primero citado, el Título Preliminar es «prácticamente innecesario (en cuanto reforma) y, en algunos aspectos, incomprensiblemente anticuado»; la nueva formulación no es más eficaz que la antigua del artículo 6; recae en un excesivo positivismo, se aparta de las más modernas corrientes, que consideran la inexistencia de jerarquía en las fuentes y que consideran que todas las existentes colaboran conjuntamente al hallazgo de la norma justa en cada caso, lo que ha de llevar a un divorcio entre realidad y Derecho, siendo por ello un sistema de colmar lagunas de la Ley escrita (112); niega a la jurisprudencia carácter de fuente y le impide formular normas generales e introduce una función de los principios generales que no se limitan a ser «meramente informadores», lo que es su función específica, sino que los considera, en grave error, como fuente, etc. (113).

La opinión, sin embargo, no es compartida. Muy por el contrario, el juicio general que parece haber recibido la reforma del Título Preliminar se mueve regularmente entre los parámetros de «reforma al menos ordenadora» al de «reforma positiva» (114).

Aquella opinión valiosa por serlo, parece no haber captado el sentido del sistema de fuentes, que, aprehensible ya con la propia reforma del Título Preliminar, se manifiesta con enorme relevancia al advenimiento de la Constitución. Por lo que es menos explicable que CASALS COLLDECARRE-RA insista en similares pretensiones luego de ésta (115).

(110) *El sistema de fuentes*, cit., págs. 233 y ss.

(111) Díez-PICAZO, CADARSO PALAU, en *Comentarios...*, cit., I, *passim*. El mismo GONZÁLEZ BOTELLA: *El nuevo Título Preliminar*, cit.

(112) FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO: *El sistema de fuentes*, cit.

(113) *Ibidem*.

(114) Ver RUIZ VADILLO: «El nuevo título preliminar», cit., *Doc. Jur.*, núm. 4, páginas 51-52; también *Conceptos recogidos en la Constitución*, loc. cit.; GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid, 1980; HERNÁNDEZ GIL, A.: *Génesis*, cit.; CADARSO PALAU en *Comentarios...*, cit., I, págs. 70-77, aunque no parece haber sacado todas las consecuencias; DE LA VEGA: *Teoría*, cit.; GONZÁLEZ BOTELLA: *El nuevo título preliminar*, cit.; FIGA FAURA: «El nuevo título preliminar del Código Civil y el Derecho catalán», *Doc. Jur.*, núm. 4, 1974, págs. 271 y ss.; RUIZ VADILLO: «La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código Civil», misma revista, págs. 81 y ss.; LÓPEZ ALARCÓN, M.: «La equidad en el nuevo título preliminar del Código Civil», misma revista, págs. 1, 21 y ss.

(115) Discurso de apertura, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1983.

Personalmente, he considerado la reforma como orquestación de un sistema de fuentes que, con todo el beneficio de los «sistemas cerrados» y reduciendo al mínimo sus inconvenientes, se abre a las ventajas de los «sistemas abiertos», eludiendo buena parte de sus defectos.

Sin negarse el beneficio de la noción de «orden», parece partirse del presupuesto que esa «noción de orden en todas sus facetas es cambiante y está entregada a la creatividad humana de modo indefinido... El cambio (...) es equivalente al progreso y éste la expresión dinámica de la realidad» (116). Frente a la crítica de ser la reforma positivista, pues orquesta un orden dogmático, cabe señalar que si bien la dogmática es hija del positivismo, es referible a un positivismo de las normas, positivismo que «es muy distinto e incluso en algunos aspectos contradictorio con el positivismo de los hechos. La dogmática es tal cuando acepta como inconcusos los datos del Derecho positivo y los postulados elaborados a expensas de los mismos mediante una generalización deductiva, punto de partida de ulteriores deducciones. El Derecho positivo es variable y contingente en el espacio... y en el tiempo —porque cada ordenamiento se transforma—. Luego el «dogma» no representa la inmutabilidad o inmovilidad de lo dado. No es dogma en cuanto algo no cambie o sea dado para siempre. El positivismo, y en su consecuencia la dogmática, vino a corregir el anterior «dogma» de un Derecho racional universalmente necesario y válido. Dogmatismo quiere decir, pues, sometimiento riguroso del jurista a lo establecido e imposibilidad de introducir variaciones o correcciones en la esfera de la aplicación judicial y de la investigación científica. Cualquiera que sea el contenido material de las proposiciones jurídicas susceptibles de cambio, lo normativamente establecido desempeña siempre la función de dogma con independencia del contenido material, porque dogmática es la formulación y no el contenido de lo formulado.

«Si el 'dogma' no es de suyo un postulado incommovible en su contenido material, en cuanto puede progresivamente mostrarse con normalidades variables...», debe diferenciarse del dogmatismo como significación hipostática de la dogmática, en los planos epistemológicos y metodológicos, generándose una noción de la dogmática como pretensión de formular verdades absolutas...

«La normatividad no puede ser borrada por completo del campo de la experiencia jurídica. La cuestión estriba en determinar si agota de manera excluyente el objeto de la ciencia en sentido estricto o alcanza también a los contenidos de lo regulado... A nuestro juicio, el tipo del conocimiento desplegado como dogmático jurídico... depende de la contextura del ordenamiento y de su grado de elaboración...», pudiendo llegarse

(116) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología...*, III, pág. 400.

a un sistema concebido no como mera integración ordenadora y armónica de las normas ya establecidas, sino como requiriendo la enunciación de éstas como obra de una actividad científica que se despliega al efecto; no hay, pues, limitación a la indagación sobre «dogmas revelados» (pretensión inicial de la codificación).

Así, puede concebirse el ordenamiento como un sistema o estructura. Este sistema estructural, «a diferencia del construido por el positivismo, no es el resultante de una generalización inductiva obtenida a partir de los datos de un ordenamiento jurídico. Tampoco equivale a un absoluto *a priori*, pensado conforme al patrón racionalista... Para una intelección estructuralista, el ordenamiento presupone y se remite a un sistema no derivado de él, en el que se han ido formulando las reglas de las reglas conforme a las cuales se hace posible la articulación normativa y sus desenvolvimientos individuales a través de la realización del Derecho. El ordenamiento jurídico es una elaboración efectuada sobre la base de unos elementos que, dado su valor, se hallan sujetos a un determinado régimen de combinación y de oposiciones. La búsqueda de la estructura subyacente o inmersa en un sistema no obtenido a partir del ordenamiento no quiere decir que haya de acudir a otro campo de estructuras» (117).

(117) *Ibidem*, *passim* de las págs. 415-424. «... me atrevo a servirme de la palabra estructura para exponer las constantes ordenadoras y organizadoras que creo descubrir en el modo de llevar a cabo la operatividad discursiva. Naturalmente, esta estructura no la he elaborado previamente como una creación o un método, para luego acomodar a ella el razonamiento, aunque ahora, una vez conocida, logre explicaciones que incluso van más allá de la constatación de la estructura. Estoy seguro de que la estructura se ha fraguado de una manera inconsciente. O dicho con más claridad: los desarrollos discursivos, las formas intelectivas de afrontar los problemas se me han ofrecido como algo consciente. La estructura, por el contrario, ha existido y ha condicionado el comportamiento discursivo antes de ser descubierta como tal estructura. Identifico como estructura a esto que descubro *a posteriori*, o que se revela, luego de haberme movido entre sus coordenadas durante mucho tiempo. La captación o revelación la consigo mediante la elaboración de un modelo que si puedo lograrle lo es en la medida en que existe esa estructura, que sigue subyaciendo, respecto de la cual la inmanencia inconsciente al campo de la construcción mental identificadora. Si esta identificación que efectúo de la estructura a través del modelo la refleja o no, es evidente que no depende de la estructura, sino exclusivamente de mí. Pero si yo no puedo dar cuenta de otro modo de ser de la estructura, habrá de reputarse como tal, al menos en el plazo del conocimiento, aquélla que descubro. Este descubrimiento no queda sujeto a proclamar un modo de proceder introspectivamente inquirido. Porque realizo, en efecto, una introspección, si bien acompañada de la prospección de lo ya salido de mí y elaborado; no miro simplemente al pensamiento, sino sobre todo al comportamiento; y no sólo al comportamiento en cuanto procedimiento, sino también al reflejado en lo ya producido con el valor de la obra o resultado. Estoy completamente seguro que sin un apoyo en el hecho, en cuanto ya hecho, terminado y reiterado, no identificaría ahora la estructura... Consiguientemente, la identificación que intento de la estructura no es una mirada interior hacia la subjetividad, sino una mirada desde y en el interior de lo producido..

La dinámica del sistema, su sentido y su alcance, quedan perfectamente claros si indagamos la función que asume el organismo encargado precisamente de usar del sistema, la jurisprudencia. Que tiene asignada una labor, e importante, así en el Título Preliminar como, destacadamente, cuando la ponemos en contacto con los fines que proclama la Constitución como de imperativa exigencia y correspondiente consecución. Función de la jurisprudencia que vuelve a destacar, como hemos de ver, al reformarse el recurso de casación (118) y, muy destacadamente, al publicarse la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

IV. SISTEMA Y JURISPRUDENCIA

La pretensión de que la jurisprudencia sea reconocida como fuente formal de Derecho ha sido defendida y propugnada, entre otras razones, como reacción contra la Escuela de la exégesis, al resaltarse que el sentido literal de la Ley no lleva a lugar útil alguno, debiendo, pues, buscar la adecuación del texto legal a las circunstancias de tiempo y de lugar, que es lo que permite dar eficacia y utilidad al Derecho. Y como tal función la desempeñan Jueces y Tribunales, es natural que se reclame para ellos la debida valoración. De ahí se ha pasado a considerar que si la Ley era Derecho por mor de los Tribunales, quienes hacían Derecho eran los Tribunales mismos. Concepto de *Law in action*, tan caro a los sistemas anglosajones.

La tesis ha tenido también entre nosotros autorizados defensores, destacando entre ellos PUIG BRUTAU (119). Esta tendencia, que tampoco es

Lo producido me revela el modo de proceder, y no a la inversa. En lo producido están los elementos del modelo que remite a la estructura» (HERNÁNDEZ GIL, A.: *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, Ed. Autor, 1975, págs. 177-178).

(118) Ley 34/1984, de 6 de agosto (B.O.E. núm. 188, de 7 de agosto; corrección de errores, B.O.E. de 9 de enero de 1985), de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(119) LALAGUNA ha planteado la razón de ser de la cuestión en nuestro Derecho histórico, señalando que la polémica se inicia con motivo de la publicación del Código Civil, que no señalaba la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, pareciendo que se debilitaba su valor al señalar como motivo de la casación la 'doctrina legal'; polémica que exageraba el valor previo reconocido a la jurisprudencia, que no es mencionada entre los tratadistas como fuente del Derecho», siendo difícil su existencia ante la prohibición de fundamentar las sentencias. «Lo que entonces se discutía era el valor de la 'doctrina legal' (que en el lenguaje jurídico de la época se confunde con la doctrina de la jurisprudencia)... Frente a quienes acentuaban la desigual autoridad ante los Tribunales de la Ley y de la 'doctrina legal' se subraya que una y otra tienen en el ámbito procesal... la misma eficacia. La publicación del Código Civil no cambia los datos del problema... Sin embargo, a la luz de la doctrina de las fuentes establecida en el Código, la *vexata quaestio* venía a ganar en precisión y claridad... parece que el problema del valor

realmente incompatible con la que se proclama desde la preferencia de la Ley, tiene un adecuado sentido, con doble alcance. De un lado, frente a un formalismo absurdo por vacío, que cierra los ojos a la realidad, se quiere prescindir de la labor judicial, ignorando lo que en efecto se realiza. De otro lado, la aseveración de que la jurisprudencia es fuente del Derecho no hay que entenderla en los propios términos en que se afirma (120). Cuando PUIG BRUTAU plantea la cuestión, lo hace claramente: en la alternativa gobierno de Leyes y gobierno de hombres, aquél es el más adecuado por objetivo; pero las Leyes las aplican los hombres. En esta labor, ¿hasta qué punto los hombres hacen las Leyes? No se ignora, porque no se puede ignorar, además, la ineficacia de la jurisprudencia como fuente formal. Lo que se propone es reconocer la realidad material, que en las sentencias encontramos criterios normativos que bajo la excusa de aplicar la Ley no se parecen en nada a ésta. «Cuando alguno de los *legal realists* afirma que es Derecho lo que hacen quienes están encargados de aplicarlo, no pretenden que desaparezca el carácter normativo de las reglas generales y el sentido orientador de los ideales de justicia, sino que se trata de lograr que éstos se encarnen en la realidad... Los más relevantes principios de justicia sólo se convertirán en Derecho según lo hagan quienes estén encargados de su aplicación... No se trata, pues, de una confusión entre *el ser* y *el deber ser*. Incluso más allá del realismo jurídico, ciertas tendencias... tratan de hallar una base firme para desarrollar una eficaz actividad normativa» (121).

Aquí es, precisamente, donde se encierra la pretensión verdadera; pero también, en mi opinión, el error de apreciación.

de la jurisprudencia como 'fuente' de doctrina legal no se modifica con la promulgación del Código... En todo caso, si existe cambio, éste no tiene signo negativo...», pues el reconocimiento de los principios generales del Derecho proporcionaba, por mor de la interpretación, ancho campo a los tribunales, que no serían 'fuente', pero sí fuente de manifestación de la 'doctrina legal' (LALAGUNA. E.: *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, págs. 118-119. DE CASTRO: *Derecho civil*, citado, I, págs. 429-432).

(120) «En ningún sistema moderno el legislador juzga ni el Juez legisla... Pero lo que no se puede desconocer es que en el ejercicio del poder judicial su propia dinámica produce normatividad jurídica, particular o general...». Admitir esto no supone «autorizar al juez a vagar a su capricho por los anchos campos de la arbitrariedad, o de los postulados de la escuela del Derecho libre, del conductismo judicial (Derecho es lo que *hacen* los Jueces) o del puro hacer desvinculado del orden jurídico objetivo. Tanto el automatismo como la desvinculación son posiciones erróneas... El proceso de aplicación de la norma por decisiones judiciales es un proceso de creación *a posteriori* y de una creación nueva constante, en el que el Derecho objetivo se hace *real* como espíritu objetivo, en virtud de la conciencia subjetiva del juez —conciencia subjetiva que, sin embargo, se vuelve a orientar, a su vez, hacia la norma...—» (DE LA VEGA: *Teoría*, cit., páginas 87 y 96-97, con referencia a LARENZ: *Metodología*, pág. 126).

(121) PUIG BRUTAU: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, págs. 8-9.

Porque no se puede confundir la jurisprudencia, concebida como línea de interpretación de un texto legal, que, aunque cambiante por los tiempos, manifiesta su propia coherencia y su continuidad, con el decisionismo judicial. Con éste, se olvida que el Derecho es modo social y se pretende identificar con el acontecimiento total, constante, cotidiano, variable y variado, olvidando que es característica de lo normal de la conducta la diversidad de sus situaciones concretas, particulares, individuales. Pretender una identificación entre la norma y el acontecer determinado y concreto o es ignorar el Derecho o es pretensión de desconocer la realidad singular de lo concreto. Fijar la atención en la *norma del caso*, aparte de ser una contradicción, expresa una pretensión imposible, que llevada a su extremo disuelve el fenómeno social, que se pretende ver entonces a través del prisma de todos y de cada uno de sus elementos componentes. Se logra el detalle de lo particular, pero se impide apreciar la correspondencia entre esos particulares, que es lo que permite captar el todo. Analizar las células del organismo una a una, nos ofrece la realidad de cada célula, pero nos impide ver la realidad del organismo como un todo, que es lo que, llevado al Derecho, interesa como fenómeno social.

Decir así que *el Juez*, que formula decisiones concertas, confecciona reglas generales, parece, así planteada la cuestión, un contrasentido, pues inducir del uno al todo lo que menos puede lograr es pleno error, que es el riesgo de la inducción. Y cuando de la observación de muchos afirmamos un todo estamos ya dentro de lo que es norma, salvo prueba en contrario. Si estimamos enmarcada la normalidad más general, ésta no es incompatible con concreciones diversas, y si viene en resultar que todas éstas niegan aquélla, es obvio o que elaboramos otra norma o concluimos en que la existente se incumple (122).

Pero afirmar que *algunos Jueces*, en su sentencia, al fijar un sentido al texto legal, señalan una norma de conducta, no es un contrasentido. Yo pienso que cuando se defiende la jurisprudencia como fuente del Derecho, aunque se alude a la función *del Juez*, se piensa en la de ciertos

(122) Pretender que quien mira lo concreto formula reglas generales parece, así planteada la cuestión, un contrasentido, pues inducir del uno al todo lo que menos puede lograr es el pleno error, que es el riesgo de la inducción. Y cuando de la observación de muchos afirmamos el todo, estamos ya dentro de lo que es norma, salvo prueba en contrario. Si estimamos encaminada la normalidad más general, ésta no es incompatible con concreciones diversas; y si viene en resultar que éstas niegan a aquélla, es obvio que hemos de elaborar otro criterio de norma. Ya lo había indicado HEGEL al señalar que 'los aspectos parciales de la acción son comprendidos en virtud de las respectivas causas, pero la relación recíproca entre ellas —relación que representa el núcleo esencial de lo que en concreto existe— no está contenida en las causas singulares. Esta relación, que es el todo como síntesis esencial (*wesentliche Einheit*), reside sólo en el concepto, en el fin' (BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, págs. 141-2, nota 9).

Jueces, en concreto de aquellos que por estar situados en el trámite en que se agota la instancia judicial, con su opinión sentenciadora fijan el alcance del texto normativo. Que tiene, por razones prácticas, mayor alcance que el propio texto de la Ley, pues es aquél el que se utiliza. Pero a esto no debemos llamarlo crear Derecho, pues esos Jueces, en todo caso, vienen obligados a fundamentar su opinión en conexión con el texto legal que se invoca. Y por mucha que sea la distancia entre sentencia y norma que se usa como fundamento, la conexión tiene que darse. A un Juez no le cabe «inventarse» la norma para después deducir la conclusión. Y esto es crear (123); lo demás es interpretación vitalizadora, plasmando la jurisprudencia formalmente lo que la sociedad elabora materialmente.

Creo que ésta es la orientación que siguió la reforma del Título Preliminar: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho» (124). Aunque se criticó la fórmula, la aclaración de la Exposición de Motivos (125) parece muy consecuente, pues rechazando el carácter de fuente del Derecho para la jurisprudencia indica su relevancia: desarrollar el significado posible de la norma; tomar lo existente y llevarlo a su plenitud; convertir la semilla en planta plena, y porque esas posibilidades se encierra ya en la norma es que no es posible excusar el fallo. De ahí su «cierta trascendencia normativa», porque va más allá del caso concreto cuando, en la reiteración de los fallos, se plasma un significado contenido en la Ley o en la costumbre, etc. Su trascendencia normativa no es «cierta fuerza vinculante», pues tal carácter vinculante no deriva de la propia actuación judicial, sino del desarrollo que ésta hace de la norma previa.

«Si los Jueces y Tribunales elaboran Derecho, es decir, aplican normas extrapositivas o extraformales, no se constituyen por ello en legisladores, no realizan función legisferante, no dictan normas generales... Las decisiones del Derecho judicial del caso —dice HENKEL— contienen un conjunto de proposiciones jurídicas y de pautas, que coexisten junto al Derecho legal y al consuetudinario para el enjuiciamiento jurídico de los comportamientos humanos socialmente relevantes, y si bien el proceso de conocimiento es distinto..., ello no le quita su carácter vinculante

(123) Que en la teoría judicial del *common law* las sentencias no tienen que ser fundadas ni congruentes, por lo que entre principio y fallo no tiene que darse relación alguna *expresa* (aunque siempre está subyacente), también fue conocido entre nosotros (Real Cédula de 13 de junio de 1778, Nov. 11, 16, 8).

(124) Lo vio muy claro DE LA VEGA al conectar la función jurisprudencial con los principios generales del Derecho. Distinto es, claro, que por razones políticas un poder judicial no asuma, en cambio, su labor.

(125) Ver *supra*, nota 46.

parejo... La jurisprudencia, como obra y resultado del ejercicio del Poder Judicial..., no puede actuar como poder legisferante y, en consecuencia, no crea, elabora o produce normas de alcance general. En este sentido no es fuente formal de Derecho. Así lo marca la competencia constitucional y así lo dice el Código Civil. Es, además, la doctrina y la tesis correcta: el Juez no puede estatuir *generaliter*» (126). Sin perjuicio de admitir que el proceso dialéctico «hecho-Juez-norma» cree o realice el Derecho, «lo que ocurre es que el ordenamiento jurídico no está constituido sólo por Leyes o las costumbres, sino por la concepción social de toda una comunidad, conjunto de hábitos y mentalidades, tradiciones y esperanzas y sentido de justicia de aquélla. Allí es donde el Juez, que pertenece a esa comunidad, ha de encontrar la norma —de no estar ya positivizada— y realizar el Derecho correcto y justo» (127).

Pero esta función de crear o aplicar el Derecho ni debe hacerse así ni, a partir de la Constitución, es tan aparentemente *raquítica* como se pretende.

Difícilmente puede el Juez ir a buscar normas fuera del ordenamiento jurídico, que es lo que se dice cuando se afirma que el ordenamiento se integra también por el conjunto de hábitos y mentalidades, tradiciones y esperanzas y sentido de justicia. La afirmación, en apariencia elemental, necesita de precisión, por cuanto en ella está ínsito todo el problema de las relaciones sociedad-Derecho, dando la impresión de que éste es receptor pasivo de precipitados sociales, siendo el Juez el encargado de recogerlos y, por ello, de *juridificarlos*, luego creando el Juez Derecho (128).

(126) DE LA VEGA: *Teoría*, cit., pág. 91.

(127) *Ibidem*, pág. 97.

(128) Es la tesis del realismo jurídico norteamericano, que lleva a convertir a los Jueces en receptores de los intereses que dominan la sociedad. Se trata de indagar el significado de la norma, de captar lo que todavía se viene denominando la *voluntas legis*, aunque es mejor hablar de *ratio legis*, que excluya la connotación psicológica del término voluntad, pues «si las formas representativas que constituyen el objeto de la interpretación son esencialmente objetivaciones del espíritu y, en particular, manifestaciones del pensamiento, es claro que éste debe ser entendido según aquel espíritu que en ellas se ha objetivado según el pensamiento que se ha manifestado, no según un espíritu o pensamiento diverso, y de ningún modo según el significado que pueda venir atribuido a la nuda forma, cuando se haga abstracción de la función representativa a la que ella sirve respecto de aquel espíritu y de aquel pensamiento (BETTI: *Interpretación*, cit., pág. 32). Es, en suma, la aplicación del método histórico, la búsqueda del sentido de la norma en el momento en que tuvo nacimiento, sin añadirle o introducirle nuestro propio y actual criterio, cuando menos una creencia o un deseo. Solamente si se conoce el exacto sentido que ha tenido la norma al surgir con carácter vinculante es posible proyectar su aplicación. Si no se cumple con esta fundamental exigencia, podremos aplicar un imperativo, pero no, ciertamente, el contenido en la norma de que se trate, desfigurándose así la propia labor hermenéutica. En esta tarea el método dialéctico ofrece enormes beneficios, por cuanto siendo la investigación histórica de antecedentes la búsqueda del mayor número posible de los datos presen-

Actuando de aquella manera desvirtuamos la naturaleza de lo jurídico en el plano formal, elemento que tiene gran relevancia, pues sin él confundimos lo que es Derecho con lo que no lo es. Ningún inconveniente existe,

tes en aquella instancia, de la cual no podemos sino hacernos las representaciones mentales más pertinentes, pero no siempre la total identificación, la correspondencia entre los diversos factores permite señalar las tendencias dominantes y preponderantes, a las cuales ha debido responder la norma de conducta.

Tal indagación del significado histórico normativo solamente puede, pues, captarse si se considera y valora el ordenamiento todo, del que el precepto concreto es simple articulado, pues ninguna norma se encuentra desconexada de las demás como expresión independiente de un único criterio; sino que, muy por el contrario, se reclaman unas a las otras para, sin perjuicio de su particular sentido, ofrecer la unidad del todo, de la misma manera que el significado del todo deviene en imprescindible para alcanzar el sentido particular de la norma. Captar la comprensión del *entramado normativo* supone el empleo del método lógico, porque las mismas normas están ligadas entre sí por nexo de igual naturaleza, que las subordina y coordina. Naturalmente, no se defiende el logicismo, sino el uso lógico para indagar significados que se expresan con medios respecto de los que la lógica puede, señalando disparidades y similitudes, relaciones propias y exclusiones adecuadas, indicarnos el derrotero que permita al hermeneuta adentrarse en el oculto sentido, que, así, se exterioriza evidente. Que es lo que no captan las orientaciones decisionistas, que se pierden en el nexo entre norma y su individualización, efectuado precisamente mediante el engarce lógico, pretendiendo que la aplicación directa de un valor sentido por el Juez es aplicación de la norma, sin apreciar debidamente que, aunque así pueda resultar en apariencia, dicho juicio de valor no es sino la conclusión o reconocimiento que surge por apreciación hallada en el dato fenoménico.

Tampoco se trata de una proliferación axiomática, en el sentido de Vico, sino del empleo del axioma, en cuanto expresión de una totalidad en que la concreción tópica encaja, y allí donde el axioma puede funcionar. Pero siempre con exclusión de la irracionalidad. Es verdad que cuando se alude a la selección de las «premisas» como factor aleatorio nada extraño se arguye, pues el parte del criterio fundamento-consecuencia el riesgo, y el consiguiente error, en la captación de los elementos fundamentales. Pero sí debe reclamarse luego una correspondencia adecuada entre dichas «premisas» y la conclusión a que llevan. Aquella selección no puede considerarse como arbitraria decisión —no es así, regularmente, incluso cuando ante casos muy similares nos encontramos con conclusiones diversas: la selección de las «premisas» iniciales ha sido también diversa—. El carácter decisionista del juicio lógico solamente es dable, y debe defenderse, cuando, por pretender un logicismo formal, viniese en resultar una conclusión absurda; esto es, la interpretación es finalista.

Por ello, una vez aprehendido el sentido original normativo debe tomar en consideración los cambios surgidos en la orientación normativa. Porque en tal actividad heurística no es dable la pasiva contemplación del significado objetivo alcanzado, sino que es menester darle traslado al momento en que el propio intérprete se encuentra, pues la finalidad de la norma es aplicarse, reviviendo aquella experiencia pasada que se convierte en el presente, lo que reclama la oportuna adecuación. Debe así integrarse el pensamiento normativo para que el criterio de conducta nacido en el pasado adquiera vigor en el presente. No se trata, pues, de «pensar lo ya pensado», sino de llevar el pensamiento al final consecuente del proceso del pensar. Solamente así es dable considerar la presencia de un ordenamiento como entidad completa, pero nunca completada, pues sólo mediante la actualización del entender es dable la autointegración del espíritu objetivo normativo por el recurso analógico (cfr. art. 4.1 del Código Civil); que es la función que compete al intérprete ante esas *lagunas*, porque el Juez, en su tarea cotidiana,

ciertamente, en admitir que aquellos hábitos y tradiciones, innovaciones incluso y, destacadamente, el sentido y el sentimiento de justicia, sean parte del ordenamiento jurídico, pero siempre y cuando ese ordenamiento así lo establezca (129).

no llena huecos legislando. Cuando el artículo 4, Z.G.B. asigna al Juez la función de, ante una laguna legal, actuar como lo haría si fuese legislador, no está erigiendo al Juez en poder legislativo, sino indicándole que indague el sentido del ordenamiento y luego integre en esa laguna la precisión normativa ausente en su expresión concreta, lo que es muy distinto de que el Juez haga lo que le parezca según su capricho; se trata de que haga lo que le *aparezca*, conforme con todo el esquema simétrico del ordenamiento. Es aquí donde adquiere todo su relieve una metodología sociológica, no en el sentido de la pretensión de los realistas, de que el Juez o el intérprete miren directamente a la sociedad e indaguen los intereses preponderantes, para luego erigirlos en norma —sentido del Juez legislador—, sino que deben hacer sociología para poder comprender el sentido del ordenamiento todo y entonces, captando qué de la sociedad se integró en la hipótesis normativa y cómo se integró, actuar en consecuencia. A esta consideración responde el artículo 1.6 del Código Civil cuando remite a la jurisprudencia la función de *complementar* el ordenamiento, que se entiende completo (cfr. HERNÁNDEZ GIL: *Génesis*, cit., pág. 15), no en el sentido mecánico y simplista que lo califica como suficiente y universal, sino considerado como resultado o punto de llegada del proceso de integración, expresando una autointegración orgánica y teleológica (CARNELUTTI).

(129) Y eso incluso, como bien dice DE LA VEGA, aunque junto a una tradición conservadora, hay siempre otra progresista. Es en este sentido que debe reconocerse en la interpretación un carácter creador. Como resalta BETTI: «... debe uno preguntarse si la interpretación integradora de normas con lagunas (máximas que la analogía opera con la ayuda de principios generales) tenga carácter de creación originaria o independiente, o derivada secundaria y complementaria; si es una creación (nomogénesis) libre, espontánea y en este sentido arbitraria, o por el contrario subordinada y vinculada a la totalidad del sistema jurídico, como organismo concatenado de normas, tanto como a las exigencias del ambiente social y de las relaciones en cuestión. Así planteado el tema debe ser resuelto en el segundo sentido de la alternativa, porque aunque debe servir para colmar deficiencias de normas y para a través de la analogía devenir en máxima decisión, la interpretación permanece sujeta siempre a las valoraciones immanentes y latentes en el ordenamiento jurídico, encuadrado él mismo en el ambiente histórico y sociológico en que vive.

»Pero aunque se mantenga este carácter subordinado y vinculado de la interpretación integradora, es evidente que viene a colocarse en el mismo plano que la restante interpretación jurídica, de la que no la separa ninguna diferencia esencial. Esta, en efecto, no es nunca, si quiere cumplir su tarea, una repetición mecánica y una traducción literal de las normas abstractas, en orden a una pura y simple 'subsunción' en ellas de los supuestos a decidir... Al contrario, tal interpretación tiene siempre el oficio de vivificar mediante un incessante repensamiento, de actualizar y de volver a plantear de nuevo —siguiendo paso a paso el desarrollo de la vida social— las expresiones y las formulaciones superadas, confiriéndolas su verdadero valor, sin separarse y sin prescindir del significado originario, adaptándole lo mejor posible conforme a las exigencias de la actualidad, pero dentro del marco del sistema. Y en todo caso semejante vivificar, actualizar y volver a plantear de nuevo, hallándose siempre ligado por un nexo de dependencia y de subordinación con el sistema vigente en su intrínseca coherencia, no es más que un actualizar en su virtualidad, un volver a formular en su sustancia aquellas máximas que ahora vienen por primera vez formuladas, tanto que tal formulación

El artículo 1.1 del Código Civil pretende precisamente delimitar formalmente el ordenamiento, al concebirlo alumbrado por tres órdenes diversos: Ley, costumbre y principios generales, órdenes que quedan sujetos a identificaciones formales (la Ley, por su proceso de creación y promulgación; la costumbre, cuando resulte probada y responda a sus requisitos de fondo, pues le dan forma, y los principios generales del Derecho, en cuanto fuente de tercer grado, mediante su recepción en la doctrina legal susceptible de invocarse en casación). La omisión de toda referencia a la

tiene alcance retroactivo respecto de la concreta relación litigiosa a la que la decisión se refiere.

»Se entiende, sin embargo, que a esta visión dinámica de la interpretación no puede nunca llegar el que, identificando la declaración legislativa con el documento de aquella —esas *normas en el papel* a que se refería LLEWELLYN: *The Constitution as an Institution*, C.L.R., 1934, págs. 7 y ss., y *Law and Social Sciences*, H.L.R., 1949, págs. 1291 y ss.—, «niega que pueda ser objeto de otra cosa que una operación mental dirigida a conocerla, no ya a 'aplicarla' ni a modificarla, afirmando que sólo la norma puede ser aplicada, esto es, 'desplegada' e integrada en un comportamiento conforme; y negando, no obstante, que la llamada integración puede tener como resultado el modificar la norma, sino sólo el de crearla *ex novo*, afirmando que esa creación 'puede definirse solamente en modo negativo' como precisión (!) de la declaración legislativa» —la *legislación intersticial* de, por ejemplo, ROSCOE POUND— «y concluyendo que sólo cuando el entender lleve a la 'formulación de una norma' se podría decir que el intérprete participa en la creación de la norma, como si la formulación de una máxima pudiera operarse sin la ayuda racional de criterios directivos» (BETTI: *Interpretación*, cit, páginas 138-139).

Precisamente porque el intérprete, destacadamente el Juez, decide, su actividad queda limitada, y es su grandeza, a ser actividad creadora por serlo espiritual; pero no alcanza la energía de creación autónoma, originaria o libre y caprichosa. Es inventiva en el sentido que hace el hallazgo del precepto a interpretar en su significado adecuado; elabora y crea 'máximas de decisión', «máximas que no podrán ascender a normas jurídicas sino en virtud de una fuente de Derecho, que opera su recepción, o, si se quiere, absorción, en el *ius conditum*, tanto que ése se manifieste en formas consuetudinarias, o que se hallen codificadas» (BETTI, *op. cit.*, pág. 139). Es éste el sentido que se encierra en el artículo 3.1 del Código Civil al señalar que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». Y se explica también que la jurisprudencia complementa el ordenamiento «al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho» (art. 1.6 del Código Civil), porque se le niega energía para crear ella misma Derecho, no siendo, pues, fuente.

De lo dicho deriva que el arbitrio del hermeneuta no es pura discrecionalidad para la elección de la 'premisa' que funde su ulterior decisión. Porque bien esa discrecionalidad se considera en el sentido de remitirse a reglas ajenas al Derecho —v.gr., los criterios técnicos de una profesión o ciencia—, respecto de los que el intérprete asume una actitud enteramente pasiva, o porque, en otro caso, se trata de una discrecionalidad técnico-jurídica, que es parte del proceso de interpretación. «Aquí la ulterior apreciación a que es llamado el intérprete sirve para adaptar y especificar la norma en la variabilidad de los supuestos de hecho y a especificarla en función de la determinación (y apreciación) del tipo concreto» (BETTI, *op. cit.*, pág. 148). No hay solución de continuidad entre «la apreciación, en cuanto vinculada, y el diseño de racional coherencia que informe el complejo de las nor-

forma significaría que cualquier hábito, tradición, etc., podría identificarse como Derecho, y así no funcionan hoy las sociedades. Si la Ley, la costumbre, los principios generales, imponen, reenvían o se remiten a esos hábitos y tradiciones, es claro que los mismos forman parte del ordenamiento. Y el Juez deberá informarse en ellos para aplicarlos. Si tal referencia no se da, parece que debe negarse al Juez tal posibilidad. Cuando DÍEZ-PICAZO (130) hace referencia al Juez MAGNAUD, diciendo de él que «nadando contra corriente y decidiendo según sus peculiares ideas de vida, no es un buen Juez», hecha abstracción de que MAGNAUD nunca actuó así (fue, sin más, un reactivo contra la exégesis, pero sus actos y decisiones siempre estuvieron bien fundados legalmente, aunque obtuvo de la letra el máximo rendimiento), tiene razón en su opinión: el Juez es oráculo de la comunidad, siendo el *iustum* idea social; pero no un oráculo de cualquier cosa, ni es *iustum* cualquier idea social.

Mayor poder otorga, no obstante, la Constitución para ir por aquel camino, no en labor de creación del Derecho, sino en trámites de una aplicación que tiene trascendencia general, aunque no tenga que implicar legislación judicial (131). Mediante la exigencia de constitucionalidad de la Ley, de la costumbre, de los mismos principios generales del Derecho,

mas en su abstracción. La solución exacta, esto es, conforme a la valoración legislativa es —al menos en teoría— una sola. Consideraciones de oportunidad no son admisibles, ni tampoco el uso de medidas diferentes. El criterio de decisión es necesariamente idéntico en un determinado momento histórico o con referencia a una misma situación de hecho... Ello hace que el resultado de la apreciación sea unívoco, previsible...». «No se desconoce por los escritos más recientes que en el fundamento de la norma se halla una valoración comparativa de intereses en juego, y que la norma muestra 'al preferir un interés al otro, o el resultado directo de la valoración de aquellos intereses, o un medio necesario para actuar el fin de la norma' misma. Pero se considera, por una prevención del todo injustificada, que en materia de hermenéutica el criterio de valoración comparativa de los intereses, teniendo su sede en el momento teleológico de la norma, no tenga razón de explicar el filtro crítico y el control a que es llamado respecto del resultado del 'criterio lógico', sino en vía supletoria, 'como útil correctivo para corregir en sus justos límites el contenido de la norma' y esto cuando ésta, 'en la elección de los medios a adoptar para conseguir su fin, se haya ido más allá de cuanto era requerido por el mismo'. Pues bien, con esta admisión a medias todo resulta más incoherente e inconsecuente. Se enfrenta con un dilema insuperable, con la presencia e importancia del momento teleológico, se admita o se niegue, porque si se admite que no se puede sin incoherencia reconocer legítimo *secundum eventum* el criterio de valoración comparativa de los intereses, legítimo por cuanto su control lleva a corregir el resultado del llamado 'criterio lógico'; no ya legítimo, o generalmente inoportuno, cuando a la inversa lleve a confirmarlo, porque sólo en la primera hipótesis se tendría una 'obra apuntaladora', en cuanto iluminar eventuales excesos, que no podrían ser fácilmente vistos con el solo criterio lógico. Para poder ver cuando el resultado debe ser correcto, o cuando no, es preciso que el filtro crítico y el control por obra del criterio teleológico funcione en todo caso» (BETTI, *op. cit.*, págs. 257-258).

(130) *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, cit., pág. 189.

(131) Que, como veremos, puede tener ese alcance.

se ofrece al Juez un enorme poder de adecuación normativa, moviéndonos siempre dentro del ordenamiento. Porque si, como quedó dicho, del ordenamiento forma parte la Constitución, y la misma es generosa en remitirse a un conjunto de conceptos que reclaman constante precisión y determinación de su *total alcance*, no hay inconveniente alguno para que ese Juez efectúe los reclamos imperativos, a que viene obligado (132), para que la norma inferior recoja y plasme en su articulado dichos principios.

Que tales principios pueden entenderse de alcance y significado diverso según momentos, es claro; pero siempre la conciencia social manifestará ese abanico probable de significados, respecto de los cuales, bajo el enfoque que aquí se defiende, la justiciabilidad de la norma supondría reclamar el mayor alcance que permiten las fuerzas productivas del país, aun cuando las relaciones de producción vayan, naturalmente, retrasadas; admitiendo ciertamente disparidades en la apreciación del estadio alcanzado por esas fuerzas productivas, que es parte de la dialéctica del conocimiento y de la dialéctica de la vida. Porque debe recordar el Juez que de todos los organismos constitucionales de control de esa constitucionalidad, el único políticamente desvinculado lo es el poder judicial. Aquí, naturalmente, la calidad y el temple humanos adquieren toda su trascendencia.

El beneficio de este criterio es que siempre nos movemos en el campo del Derecho sin salirnos nunca de él. Estructurado el ordenamiento como un sistema armónico y coherente, no se presenta hermético, sino abierto a todas las posibilidades que pueda ofrecer el desarrollo de la vida. De ahí que se pueda predicar del mismo su *plenitud*. Con la ventaja adicional que ya no cabe la excusa de ser los principios simplemente programáticos —argumento constante de nuestra judicatura para eludir problemas políticos, aunque haciendo política por no hacer Derecho, con olvido de ser el judicial otro poder—, pues no solamente el Preámbulo de la Constitución, sino todo su articulado recoge la existencia y presencia de dichos principios: «... los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico —como afirma el artículo 1.4 del Título Preliminar del Código Civil—, que debe ser así interpretado de acuerdo con los mismos» (133). Hacerlos posibles por ser probables es, en los marcos jurídicos, función judicial. Este efecto, que se ofrece eficaz *en y sobre las normas generales*, se manifiesta prácticamente (pero veremos que también formalmente como actividad legisferante).

(132) Artículo 9.1 de la Constitución.

(133) Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981.

No parece, pues, que la reforma del Título Preliminar fuese innecesaria, ni viene en resultar anticuada o de igual eficacia que la redacción anterior, ni se incide en positivismo. Muy por el contrario, combinados Constitución y Título Preliminar, parece meridiano lo que, antes de la Constitución, se forzaba como interpretación deseada y deseable por algunos sectores: se adopta un moderno sistema, que sin dificultar un orden conveniente en las fuentes del Derecho, puede ajustarse constantemente a la realidad y, por consiguiente, al máximo de justicia posible. Y, desde luego, los principios generales del Derecho no son «meramente informadores», sino que apuntados intensamente en la Constitución, así en su Preámbulo como en su articulado, deben ser *necesariamente* informadores, *imperativamente* informadores, si queremos cumplir con la Constitución, con el ordenamiento todo, olvidando la función que, de hecho, han cumplido con frecuencia en nuestra Historia: excusar un pseudoiusnaturalismo que encarnaba el más cínico de los positivismos.

V. CONSTITUCION Y JERARQUIA DE LAS NORMAS

Suele decirse entre nuestros autores, que la jerarquía de las normas se encabeza con la propia Constitución, no sólo por ser la Norma Máxima, sino porque su propio texto la sitúa como parte del ordenamiento jurídico (art. 9.1 de la Constitución). Se la califica de Ley de Leyes y se reclama para ella el tratamiento de la Ley.

Sin embargo, calificar a la Constitución como Ley no sólo es degradarla, sino ignorar su propio contenido, porque los artículos 81 y siguientes de aquélla se refieren a las Leyes como normas emanadas del Estado, mientras que la Constitución no emana del Estado, sino del Pueblo soberano, quien, precisamente por serlo —en la teoría constitucionalista, es claro—, hace que de él emanen todos los poderes, uno de los cuales es el de legislar.

Pueblo y Constitución parece que quedan por encima de las Leyes, de donde, esto es obvio, la Constitución no es una Ley. Lo cual no es obstáculo alguno para reconocer que la Constitución es parte del ordenamiento jurídico, porque no se integra sólo de Leyes o normas de inferior rango, sino que también incluye en su concepto los *presupuestos* o *postulados previos fundamentales*. Y éste es el sentido que debe darse, creo, al artículo 9.1 de la Constitución, cuando somete a los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (134), que es decir

(134) LUCAS VERDÚ, P.: «Interpretación de los derechos y libertades fundamentales», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, núm. 2, monográfico, 1979, págs. 9 y ss. GARCÍA HERRERA, A.: «Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución», mismo lugar, págs. 95 y ss.

que dichos poderes quedan vinculados a los presupuestos fundamentales del ordenamiento y al *resto* del mismo, resto formado por la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho de naturaleza subsidiaria —pues los informadores de la Constitución se integran en los propios presupuestos— o informadores de ese resto del ordenamiento.

Que la Constitución es presupuesto del ordenamiento y no se confunde con el resto explica la presencia de un organismo separado, el Tribunal Constitucional, como ente dedicado exclusivamente a velar por el mantenimiento de la pureza constitucional en el resto del ordenamiento jurídico. Función para la cual es intérprete supremo y exclusivo de la misma, así como de los principios que la informan.

En cuanto presupuestos fundamentales, el resto del ordenamiento debe responder íntegramente a ellos (Constitución, principios informadores de la misma), a cuyo fin se explica que la Ley debe ser conforme con la Constitución (recurso previo de inconstitucionalidad, hoy derogado; el propio recurso de inconstitucionalidad); que lo sea, igualmente, la costumbre (conforme con el orden público constitucionalmente establecido), y que lo sean los principios generales del Derecho que informan y subsidian al resto del ordenamiento (cuya garantía se manifiesta, así por el trámite de la casación, si son subsidiarios, o por el propio recurso de inconstitucionalidad cuando son informadores de Ley o costumbre, que por «mal informadas» devienen en inconstitucionales por sus principios).

Tiene entonces sentido que al —valga la expresión— poder escindir el ordenamiento todo en dos vertientes, sean dos las jurisdicciones existentes:

a) La vertiente de la Constitución y sus principios, cuya protección es inherente a la jurisdicción constitucional. b) La vertiente del resto del ordenamiento jurídico, cuya garantía es propia de la jurisdicción ordinaria.

a) JURISPRUDENCIA Y JURISDICCIÓN

Nuestra Constitución, a diferencia de lo que era dable pensar al momento de la entrada en vigor del nuevo Título Preliminar del Código Civil, presenta a la jurisprudencia desdoblada y especializada con relación al ordenamiento. Para la manifestación constitucional de éste se organiza el Tribunal Constitucional, mientras que corresponde al Tribunal Supremo, Juzgados y Tribunales atender la manifestación del resto del ordenamiento jurídico.

1. *Jurisdicción constitucional*

El artículo 123 de la Constitución remite en exclusiva al Tribunal Constitucional la competencia «en materia de garantías constitucionales». Y los artículos 159 y siguientes del mismo texto indican cuáles son esas garantías:

a) La garantía que asegura la constitucionalidad de las Leyes (135), por el recurso de inconstitucionalidad, al que se refiere el artículo 161.1, a), de la Constitución, así como, con igual fin, por el trámite de la cuestión de constitucionalidad, previsto en el artículo 163 de la Constitución (136).

b) La garantía que asegura el comportamiento conforme con la Constitución, en cada caso concreto, de actos y normas que puedan infringir derechos y libertades fundamentales, reconocidos en la Sección 1.^a del Capítulo II, Título I, de la Constitución (137), así como en el artículo 14 (138), en los casos y formas que la Ley establezca —lo que debe entenderse respecto al ejercicio de tales derechos, sin posibilidad de restringirlos, aunque quizá no se esté realizando así en la legislación desarrolladora (139)—.

(135) Derogado el recurso previo de constitucionalidad, precisamente buen exponente de ser la constituyente juego político y que la Constitución está por hacerse en las leyes orgánicas (entre otras).

(136) Artículo 161.1, a), de la Constitución: «El Tribunal Constitucional es competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad contra las leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de Ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada». Artículo 163 de la Constitución: «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso serán suspensivos».

(137) La Disposición Transitoria segunda, 2, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, por la que se crea el Tribunal Constitucional (B.O.E. de 5 de octubre, núm. 239), extiende el ámbito de aplicación de dicha Ley a todos los derechos y libertades a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución.

(138) Y sus concordantes, aparte que la Constitución, por su propia *vis*, no agota los derechos y libertades en los enunciados en su texto; se pone en contacto con los Tratados internacionales, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y cualesquiera otros que, por impulso de sus principios generales, puedan ir plasmando según evoluciona la sociedad (cfr. LUCAS VERDÚ, P.: «Interpretación de los derechos y libertades fundamentales», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, núm. 2, monográfico, 1979, págs. 9 y ss., en concreto págs. 28-33). Por consiguiente, puede decirse que cuando ello sea cierto y una simple probabilidad constitucional, quedaremos bien servidos. No parece ser, por ahora, la situación, visto el Informe de la Asociación Española Pro Derechos Humanos correspondiente a 1985.

(139) «La crisis económica ha desmentido las predicciones de los teóricos adeptos al capitalismo acerca de la posibilidad de que asumiera sus contradiccio-

c) La garantía que asegura la solución constitucional de conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que nos es por ahora irrelevante (140), y entre los poderes del Estado.

Son así, en principio, dos los frentes que se ofrecen para el cumplimiento de la Constitución y de sus principios generales: a) el de la defensa general contra disposiciones de igual alcance, y b) el particular y concreto de defensa del individuo frente a actuaciones específicas que se aparten de modo de actuar constitucionalmente mandado.

A. El riesgo de una norma inconstitucional se regula en la propia Constitución de manera incongruente, porque aunque la dicha Constitu-

nes. Los acontecimientos de la última década han estado marcados por el crecimiento de las reivindicaciones de masas y por el aumento y denuncia de las incapacidades del sistema para dar una respuesta satisfactoria a las exigencias planteadas. Como reacción se ha intensificado el control social y restringido las autonomías toleradas a fin de recomponer la funcionalidad del sistema. Las clases dominantes han puesto en marcha toda una serie de mecanismos que intentan perpetuar el proceso de valorización del capital, rebajando el nivel de libertad alcanzado y desintegrando la sociedad para reducir al individuo a la indefensión generando su aislamiento por medio de la coacción ejercida por el poder.

»Como ha puesto de relieve PREUSS, en la estructura del Estado constitucional se contiene de forma simultánea y ambivalente, la democracia en cuanto posibilidad de creación consciente de los ciudadanos de la sociedad y la dictadura en cuanto imposición de un orden jurídico basado en criterios individuales-posesivos que se sobrepone al conjunto social, constituyendo la sociedad *a posteriori*. Si aun en períodos de optimismo económico se ha pretendido potenciar el aspecto de individuos-nómadas, es obvio que en un período de crisis se acentuará hasta el paroxismo la faceta dictatorial que desintegra a la sociedad y concentra las energías en el vértice.

»No pasan los derechos y libertades por una fase de buena salud. Por el contrario, asistimos a una agresión constante contra sus contenidos, comprobable en la aplicación generalizada de una terapéutica anticrisis consistente en la promulgación de una legislación dirigida a atenuar los progresivos de las declaraciones de derechos y a contener la contestación política (la Ley Reale en Italia, la Ley *anticasseurs* en Francia, el *Berufsverbot* alemán, la Ley de prevención del terrorismo en Inglaterra). El fenómeno de germanización trasciende las fronteras alemanas e inspira la emanación de unas normas que subvierten los valores clásicos del mundo liberal, en cuanto que se sustituye la preocupación por garantizar la igualdad y libertad formales por el deseo de conseguir seguridad, 'valor totalizante que remite al estado de necesidad, que se expresa con el lenguaje de la técnica, que diluye y subordina todas las garantías y todos los derechos'. Es toda una adhesión, incluso literal, la que ha realizado el poder en España al dictar el Real Decreto-ley de 26 de enero de 1979 sobre 'protección de la seguridad ciudadana' (GARCÍA HERRERA, M. A.: «Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, núm. 2, monográfico, págs. 95 y ss., cita precisa páginas 96-97, con referencia a PREUSS: «Tesi sui mutamenti di struttura del dominio politico nello Stato costituzionale borghese», en *Stato e crisi delle istituzioni*, Milano, 1978, y SENESE: «La función del jurista en los países del mundo occidental», en *Política y justicia en el Estado capitalista*, ed. al cuidado de P. Andrés Ibáñez, Barcelona, 1978).

(140) Sin desconocer sus implicaciones en el ámbito del Derecho civil y su relevancia para los particulares.

ción vincula a poderes públicos y ciudadanos (art. 9.1 de la Constitución), asombrosamente sólo los primeros disponen de instrumentos para prevenirle, por cuanto, según el artículo 162.1, a), de la Constitución, solamente están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad «el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas». Al particular solamente le es dable la protección contra normas inconstitucionales planteando en otro pleito cuestión de inconstitucionalidad, conforme al artículo 163 de la Constitución; recurso de eficacia relativa si no existe, en principio. *duda* en el Juez, pudiendo darse el caso *a posteriori* que el Tribunal Constitucional estimase dicha norma como inconstitucional, lo que puede ocurrir si no está en riesgo uno de los derechos o libertades fundamentales que abren el acceso al recurso de amparo. En cuyo caso, dado que las sentencias del Tribunal Constitucional afirmando la inconstitucionalidad de una norma no alteran el carácter de cosa juzgada, cabría que ciertos ciudadanos hubieren sido enjuiciados con una norma devenida luego en inconstitucional y otros no, en infracción, pienso, del artículo 14 de la Constitución, dándose así una eficacia muy particular al error de Derecho.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (141) dice en su artículo 1: «1. El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica. 2. Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional». Y el Alto Organismo, en su primera Sentencia, de 2 de febrero de 1981, ratificó su competencia exclusiva y excluyente acerca de la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes postconstitucionales: «el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución», mientras que respecto de las Leyes preconstitucionales, los Tribunales ordinarios, excepcionalmente, pueden, aplicando la cláusula derogatoria de la Constitución (d.d. 3), estimar dichas normas, por inconstitucionales, derogadas, ya que entonces los Jueces y Tribunales no enjuician al poder legislativo, con lo que se evita la subsistencia de disposiciones antagónicas que respondían a postulados políticos distintos a los instaurados por la Constitución. Lo que no excluye, ciertamente, que ante una disposición concerta, cuyo antagonismo no es claro, surja la duda que permita el recurso a la cuestión de constitucionalidad.

La constitucionalidad, pues, es tema exclusivo para tratarse por el Tribunal Constitucional. Luego lo es, asimismo, la interpretación que deba darse tanto a la Constitución como a sus principios generales que la in-

(141) 2/1979, de 3 de octubre.

forman o están en ella recogidos; luego exclusiva es, asimismo, la facultad para la determinación de su alcance, sentido y significado. Mas como la posibilidad de iniciar el procedimiento de contraste queda limitada a entes políticos, si estos entes políticos prefiriesen actuar inconstitucionalmente (142), el control de la constitucionalidad podría quedar en el aire. Y el único recurso eficaz ante tal situación sería la posibilidad de plantearse una cuestión de inconstitucionalidad (143), o si se tratase de actuaciones concretas con pretendido fundamento en una norma de carácter como el indicado, que, por el trámite previsto en el artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (144), pudiera llegarse a un pronunciamiento de inconstitucionalidad (145).

En su actuación, e inicialmente, la actividad de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional es negativa o pasiva, limitándose a contrastar si el texto legal de que se trate es conforme o no con la Constitución y sus principios. Si lo es, la norma se aplica; si no lo es, desaparece del *resto* del ordenamiento —pero no «como si nunca hubiera existido» (146)—.

Es claro que al elaborar su juicio, el Tribunal pone de manifiesto y desarrolla el sentido del o de los preceptos constitucionales, *ratio decidendi* que sirve al legislador de orientación en lo futuro y a los Tribunales ordinarios en el alcance y entendido de la Norma Básica (que podrán aplicar a partir de entonces con ese significado), y que, por el carácter de *stare decisis*, se ha querido considerar como expresiva de la índole fontana que tendría la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (147).

(142) Aunque difícil, no es absurdo. Cfr. GARCÍA HERRERA, *op. cit.*, *loc. cit.*; AGNOLI: *La transformación*, cit. El mismo Informe de la Asociación Pro Derechos Humanos, cit. Las llamadas Ley antiterrorista y Ley de extranjería son dos buenos ejemplos.

(143) Pocos se han presentado, y el Tribunal Constitucional no parece sino algo lento en atenderlos.

(144) Artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos...».

(145) Aunque con frecuencia su alcance sería remedio subsidiario, quedando el Derecho fundamental lesionado con tal alcance, que puede quedar desamparado como tal Derecho en el caso concreto.

(146) Artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «1. Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de responsabilidad».

(147) Tesis que hay que rechazar porque tal eficacia sólo se adquiere en revisión de sentencia. Los Tribunales, al momento de aparecer la Constitución, son

Aquella labor, en interpretación de la Constitución y de sus principios generales del Derecho que la informan, alcanza importancia fundamental, pues permite dar auténtico contenido constitucional —en su orientación— a las Leyes que en lo futuro pretendan continuar la impronta constitucional. Esto es, el poder legislativo «aprende» y aprehende el alcance de la Norma Fundamental. Así, y por ejemplo, la igualdad ante la Ley del artículo 14 de la Constitución, en cuanto norma, nada dice, pues su formulación reclama el contraste con la hipótesis fáctica que permita determinar su posible alcance y no sólo su probable significación: v.gr., ¿entenderemos esa igualdad como meramente formal o como igualitarismo?; ¿qué alcance dar a una Ley que no parezca responder a la obligación de los poderes públicos, y de los ciudadanos, de provocar una igualdad *real* y *efectiva* y que no remueva obstáculos para alcanzar la plenitud de igualdad (art. 9.2 de la Constitución), por ejemplo, una legislación fiscal regresiva con la excusa de coyuntura? (148).

No se trata, ciertamente, de que el Tribunal indique al poder legislativo qué requisitos debe reunir una concreta Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, puesto que ésa no es su labor ciertamente (149). Pero sí es asequible a su competencia una actuación, *mutatis mutandis*, semejante a la fórmula del pretor, a cuya elaboración y captación se llega tanto mediante la *ratio decidendi*, como con los *obiter dicta*, actividad que se ha venido en denominar sentencia interpretativa, que ofrece la ventaja de «evitar lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando al tiempo que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución. Es, en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque muy delicado y de difícil uso...» (Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981). Se trata en realidad de dar contenido a una expresión constitucional que de suyo no lo tiene

independientes para interpretar las normas, como hizo el Tribunal Supremo, Salas de lo Contencioso-administrativo, al considerar la Constitución como de aplicabilidad inmediata; funcionando, pues, la «jurisprudencia» del Tribunal Constitucional como la casación.

(148) Como escribe ESSER, «... un principio jurídico no es un precepto jurídico, ni una norma jurídica en sentido técnico, en tanto no contenga ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones... Sin el nexo deductivo o problemático de un principio, o sea, sin ordenación jurídica en un enlace sistemático o problemático positivo y sin fijación del procedimiento de la creación de Derecho (...), el desarrollo de las normas por obra de la acción judicial carece de garantía en cuanto a su constancia y congruencia...». «... Si no hay reglas sobre la utilización de la experiencia jurídica, la Ley permanece sin vida, y los resultados obtenidos de la experiencia carecen de efecto obligatorio...» (*Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, *passim* págs. 65, 140).

(149) Como actuó indebidamente ante la Ley despenalizadora del aborto.

por abstracta; actividad que adquiere carácter mediante la elaboración de *jurisprudencia* en sentido amplio, esto es, al confeccionar el Tribunal Constitucional todo el discurso expresivo del alcance de un precepto constitucional; pero debiendo entender por jurisprudencia una simple y sola sentencia, dado que la dinámica constitucional es cambiante, imperativamente mutable por disposición de la propia Constitución (150), que siempre está abierta y nunca acabada.

Se ha dicho que no es función del Tribunal Constitucional indicar al poder legislativo cómo tiene que hacer las leyes, lo que es cierto. Así como que, correspondiendo la soberanía popular a las Cortes Generales, éstas hacen las leyes a su mejor entender; que el juicio de razonabilidad debe presumir que la Ley es, en principio, constitucional. Estos dos argumentos no son ciertos; es más, son falsos, y más todavía con lo que respecta a nuestra Constitución y a nuestro proceso configurador de la actualidad.

Según la Constitución, «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado» (art. 1.2 de la Constitución); y las Cortes Generales «representan al pueblo» (art. 66.1 de la Constitución), siendo uno de los poderes del Estado, pero no todos ellos, esto es el Estado, ni menos aún la fuente de que emanan los poderes de éste. La soberanía popular solamente se expresa en la Constitución («La Nación española... en uso de su soberanía proclama su voluntad...», dice el Preámbulo con el que se inicia la Constitución). Y esa soberanía fija en la Constitución unas metas que *deben conseguirse*, aunque no lo quiera algún poder público por tener otros intereses (con lo que, por cierto, no descubro nada nuevo). Luego es parte de la Constitución que los poderes públicos avancen a la velocidad constitucionalmente ordenada y circunstancialmente posible. Y esta función y obligación constitucional, si no es asumida *motu proprio* por un poder, es también exigible por y ante el Tribunal Constitucional, que está sujeto a la Constitución (art. 9.1 de la Constitución; art. 1.º, 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), como competencia indirecta, que completa y complementa los conceptos válvula constitucionales (abundantes, por cierto), pues no existe otro poder para ello que, además, tenga asignada tal función.

La noción popular, que califica al Tribunal Constitucional como *supercámara*, aunque no satisfaga al propio Tribunal, y es explicable, no es —si resulta consistente mi criterio— absurda ni carente de fundamento. Es consecuencia de no haber podido la constituyente consti-

(150) Cfr. Preámbulo y artículo 9.2, que dice: «*lo que España puede y debe ser y todavía no es*» (LUCAS VERDÚ, P., *loc. cit. supra*, pág. 11).

tuir (151). Es consecuencia de que, quiérase o no, todo Alto Tribunal es poder político y tiene que actuar así, y a nadie debe escandalizar, como a nadie escandaliza la actividad regular y cotidiana del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica, que se desempeña en estos menesteres con gran soltura. Con la agravante de que en nuestra Constitución es parte del sistema (en lo que se aparta de otras, ciertamente).

Pero es que, además, puede ser esa actuación un medio excelente. Precisamente por la instrumentación técnica que el Tribunal Constitucional ofrece y da en sus sentencias —cuya crítica es conveniente; incluso aquélla que se refiere al Tribunal como politizado, pues debe estarlo, aunque en el sentido noble del término, y el Tribunal debe también habituarse a que se le trate así (152)— «ayuda» a los políticos a *acabar* la Constitución, primer paso para poderla aplicar. Recuérdese que una manera de que la Constitución sea programática en sus partes es no realizarla allí donde se puede (además de que se *debe*).

Finalmente, las cifras son un dato. Los votos que aprobaron la Constitución son siempre más que los que alcanzan los partidos políticos, y siguen siendo más que los votos que suman los diputados y senadores, por lo que la «representación» de las Cortes Generales nunca es tan plena como la que expresa la propia Constitución. Y nada digamos si compulsamos la disciplina de partido, que podría llevar aquella «representación» del pueblo a un cínico sistema de Gabinete (eso sí, entre Gobierno y oposición u oposiciones).

Además, presumir la constitucionalidad de las leyes es, por lo menos, una actitud infantil. Si no, ¿a qué viene tanta previsión constitucional?: *garantizar, con las debidas garantías, garantías precisas, proteger, protección, asegurar, tutela, salvaguardia, defensa*, son términos constantemente empleados en la Constitución, como bien señala LUCAS VERDÚ (153); aparte, que poder corrompe siempre; aparte, la peculiar manera de realizar el cambio constitucional (154); aparte, el comportamiento ordinario del Estado moderno (155). Todo esto también es relevante.

B. El riesgo de que un acto o norma lesione inmediatamente derechos y libertades singularmente considerados, se previene por medio del recur-

(151) LUCAS VERDÚ, P.: «Derecho político y transformación política española», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, núm. 55, págs. 5 y siguientes.

(152) El mal hábito de llevar al Código Penal la protección de los institutos públicos (?) deriva del olvido de que la mejor protección de los mismos es su *eficacia*.

(153) LUCAS VERDÚ, P.: «Interpretación de los derechos y libertades fundamentales», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, núm. 2, monográfico, págs. 27-28.

(154) LUCAS VERDÚ, *loc. cit. supra*.

(155) Cfr. AGNOLI: *La transformación*, cit.

so de amparo, para el que existe una legitimación general, por cuanto pueden interponerle «toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal». Ciertamente, el Defensor del Pueblo es organismo político de control del Ejecutivo por el Legislativo (156), aunque totalmente independiente y con capacidad para actuar de oficio o a instancia de parte, sea persona nacional o extranjera. El Ministerio Fiscal representa a la sociedad y actúa en interés de la Ley.

En situaciones concretas y particulares cabe, no obstante, un control de constitucionalidad, porque en el pleito, como se ha dicho ya, puede plantearse la duda de si la norma que ampara el acto es o no conforme con la Constitución, pudiendo el Juez, de oficio o a instancia de parte, plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional para que se pronuncie al efecto. Y también en estas situaciones concretas es factible, como quedó apuntado, cierto control de constitucionalidad en trámites de amparo, conforme previene el aludido artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Un inconveniente tiene, no obstante, el régimen del amparo, que, además, restringe la exclusividad del Tribunal Constitucional en tema de interpretación de la Constitución y de sus principios generales —al menos, ínterin dura el «rodaje» de la misma—. El inconveniente deriva de requerir agotar todas las instancias judiciales (art. 53.2 de la Constitución; artículo 44.1, a), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), pudiendo resultar que la *efectividad* de los derechos más relevantes en la Constitución sea asequible después de dilatado período. Que, indudablemente, la exclusividad desaparece aquí y sólo subsiste en último extremo, es obvio, en todo caso en que un Juez entienda el alcance de un derecho o libertad constitucionales con un alcance o contenido diversos al que, posteriormente, fije el Tribunal Constitucional, lo que en algunos casos puede llevar a una auténtica infracción del artículo 14 de la Constitución. Quizá sea ello debido a la noción, ya arcaica, de concebir estos derechos como subjetivos, cuando realmente no lo son, no pueden serlo. Hay, no obstante, que reconocer que estas competencias compartidas son consecuencia ineludible de judicializar mínimamente la vida social. Quizá otra fórmula, normal en el medio norteamericano, de la

(156) Artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo. También con competencia sobre la Administración de Justicia, en cuyo caso se está a lo dispuesto en el artículo 15 de dicha Ley Orgánica: «Cuando el Defensor del Pueblo reciba quejas referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia, deberá dirigir las al Ministerio Fiscal para que éste investigue su realidad y adopte las medidas oportunas con arreglo a la Ley, o bien dé traslado de las mismas al Consejo General del Poder Judicial, según el tipo de reclamación de que se trate; todo ello sin perjuicio de la referencia que en su informe general a las Cortes Generales pueda hacer al tema».

constitución automática de un Tribunal colegiado para entender en todo proceso, de cualquier naturaleza, en que se alegue infracción de la Constitución, hubiera sido más beneficioso.

Por ser entonces las situaciones que con mayor abundancia pueden llegar al Tribunal Constitucional, la jurisprudencia vertida en estos casos alcanza la importancia de lo fundamental. Es aquí precisamente donde el Tribunal no queda limitado a contrastar la Ley con la Constitución, sino que puede recrearse en la descripción de los contenidos constitucionales que la ambigüedad constante del texto (157) reclama e impone; que le puede permitir, además, al Tribunal, precisamente porque no se dirige al legislativo, ir fijando parámetros que den completo sentido a la Norma Fundamental, provocando las hipótesis fácticas que hagan viable, útil, el texto constitucional, porque orienta al resto de la jurisdicción acerca del alcance que debe darse al contenido de la misma. Lo que, aunque como efecto residual derivado del agotamiento de las instancias para acceder al Tribunal Constitucional, produce sus efectos.

2. *Jurisdicción ordinaria*

«El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo cumplir lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las Leyes.» Por consiguiente, a estos Juzgados y Tribunales les corresponde la función de aplicar el resto del ordenamiento, es decir, las Leyes, costumbres y principios generales que siendo conformes con la Constitución, podrán entonces aplicarse conforme con el sentido constitucional dado por el Tribunal Constitucional mismo.

La circunstancia de que el Tribunal Constitucional fuese creado, naturalmente, con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, obligó, no obstante, a la jurisdicción ordinaria a aplicar la Constitución directamente, iniciando una jurisprudencia que, sobre todo en casos de lo civil, no habría de ser avalada por el Tribunal Constitucional; valga incluso, como ejemplo, la propia vigencia y aplicabilidad inmediata de la Constitución, tema respecto del cual todavía la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de diciembre de 1985 (158), certeramente insiste en que la Constitución reclama desarrollo.

(157) GIL CREMADES, J. J.: «Las ideologías en la Constitución española de 1978», en *Estudios sobre la Constitución española*, a cargo de MANUEL RAMÍREZ, Zaragoza, 1979.

(158) Con el argumento de requerir desarrollo legislativo el artículo 20, b), de la Constitución, que protege el derecho «a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica»; se trata del caso de Pablo Serrano

Surge así un «cortocircuito» entre ambas jurisdicciones que, aunque deba resolverse en beneficio de la constitucional, deja poso y crea problemas.

Tampoco tiene sentido que, por ejemplo, bajo el principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución, la jurisdicción ordinaria pretenda una aplicación *per se* y directa, sin conocer qué sentido puede tener la Constitución y sus principios generales, al no haber sido objeto de hermenéutica por el único Tribunal competente, el Constitucional. Porque al elaborar así un significado que se desgaja, en cierta medida del que, por distinto, pueda atribuirle la jurisdicción constitucional, lo que se logra, por lo menos, es confusionismo, y con más frecuencia, que las sentencias recaídas en pleitos diversos tengan por consecuencia la infracción del artículo 14 (respecto del 9.2) de la Constitución, por virtud de lo previsto en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Naturalmente, tal posibilidad no existe si la propia jurisdicción (v.gr., el Tribunal Supremo mismo) es la que plantea la cuestión de inconstitucionalidad al casar sentencia; pero recuérdese que presupuesto para ello es la *duda* de la inconstitucionalidad, que no existe si el Tribunal ordinario tiene la certeza, rechazada luego por interpretación del Tribunal Constitucional.

Es cierto que la Ley 62/1978, de 26 de diciembre de 1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (*Boletín Oficial del Estado* de 3 de enero de 1979), aprobada antes de entrar en vigor la Constitución, es un esfuerzo en el camino de garantizar la efectividad jurídica, y por consiguiente posterior, de los derechos constitucionales. Pero ni asegura la realidad de su plenitud (art. 9.2 de la Constitución), ni, sobre todo, se extiende al entero contenido constitucional para hacer factible el artículo 9.1 de la Constitución.

3. *Jurisdicción y reforma de la casación*

La Ley 34/1984, de 6 de agosto (159), de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificó, entre otras disposiciones, las pertinentes al recurso de casación. Al regular el actual artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la motivación del recurso, señala en su inciso 5.º: «Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia...». La fórmula empleada es, claramente, muchísimo más amplia que la «infracción de Ley o de doctrina legal» del antiguo artículo 1.691 y, desde luego, enteramente distinta.

(159) B.O.E. núm. 188, de 7 de agosto de 1984; corrección de errores, B.O.E. número 8, de 9 de enero de 1985.

Es una fórmula mucho más amplia, pues la Ley es una norma, entre las diversas que integran el ordenamiento jurídico, a la cual deben añadirse las normas consuetudinarias y las de los propios principios generales del Derecho. Con lo cual la casación no se opera por infracción del Derecho estatal.

Es una fórmula distinta, por cuanto no es lo mismo *jurisprudencia* que *doctrina legal*. Ciertamente que el Tribunal Supremo había equiparado una y otra o, al menos, no admitía doctrina legal no recogida en las sentencias del Alto Organismo (en número de dos o más). Es cierto que cabría hablar de una mera modificación semántica o un rechazo incluso de la tesis defendida por buen número de autores negando a la jurisprudencia carácter de fuente del Derecho, precisamente porque su «infracción» no accedía como motivo de casación.

Pero es que, además, la redacción dada al artículo 1.692, 5.º, no permite apreciar si las *normas* infringidas son las del ordenamiento jurídico o las de la jurisprudencia (?). Que parecen ser las del ordenamiento tiene sentido contrastando el artículo 1.692, 5.º, con el artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al indicar éste que «en el escrito de interposición del recurso de casación se expresarán el motivo o los motivos en que se amparen, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas». Gramaticalmente, para un claro significado comprensivo de la existencia de normas jurisprudenciales, la redacción precisa debería ser: «... citándose las normas del ordenamiento jurídico o *las de* la jurisprudencia infringidas», aunque también es cierto que en la redacción del artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil encajan ambas significaciones. Por otro lado, el artículo 1.710, regla 2.ª, al regular la inadmisión del recurso, la acepta «si no se citan las normas reputadas infringidas», sin referencia alguna a una omisión de la jurisprudencia. De aquí cabría concluir que, vía artículo 1.710, regla 2.ª, el artículo 1.707 y el 1.692, 5.º, incluyen entre las «normas reputadas infringidas» tanto las del ordenamiento como las de la jurisprudencia, función concretadora del artículo 1.710, regla 2.ª, absorbiendo el posible sentido más amplio dable a los otros dos preceptos, y habría que presuponer que la calificación de normativa de la jurisprudencia («reputadas infringidas») vendría determinada tanto porque la infracción de esa jurisprudencia permite la casación como, por ejemplo, por considerar que las sentencias, por su reiteración y constancia, devienen en generales o fijan el sentido general de la norma general (Ley).

Naturalmente, no tendría sentido, como no lo tenía antes de la reforma, convertir a la jurisprudencia en *norma* o fuente de Derecho, permitiendo, sin embargo, su infracción y la subsistencia de ésta, que es lo que

ocurría, y ocurre, con el recurso interpuesto en *interés de la Ley* (cfr. artículo 1.718, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Al menos, el interés de la casación no estriba solamente en unificar la hermenéutica, sino que también deriva del valor fundamental de que la Ley se cumpla y sea igual para todos (art. 14 de la Constitución).

La sustitución del término *Ley* por el mucho más amplio de *ordenamiento jurídico* no parece que se produjese con una clara reflexión acerca de su alcance. No tengo, ciertamente, los antecedentes de la Ley 34/1984, pero es lo que deduzco de la discusión en el Pleno del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial: ante la intervención del señor ALZAGA VILLAMIL en defensa de una enmienda a la totalidad, en que tuvo oportunidad de expresarse sobre la hipótesis del artículo 5.4 de la hoy Ley Orgánica del Poder Judicial (160), el señor Ministro de Justicia vino en refutar al señor Diputado, indicando: «Se ha acusado al Proyecto de una falta de rigor doctrinal (...). Porque (...) se pone un ejemplo, el del artículo que abre el recurso de casación a todo supuesto de infracción de precepto constitucional. Señor ALZAGA, le recuerdo que esto lo acaba de aprobar la Cámara. Esto que usted considera un error doctrinal ha sido aprobado por esta Cámara me parece que casi por unanimidad. Concretamente, esa misma solución está incorporada ya a la Ley de Enjuiciamiento Civil, y me parece que ustedes votaron a favor» (161).

(160) Artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «En todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualquiera que sean la materia, el Derecho aplicable y el orden jurisdiccional». Decía el diputado señor ALZAGA: «Tengo que decir también (...) que el proyecto carece de rigor doctrinal. El caso del mayúsculo error en que incide el proyecto al asignar al Tribunal Supremo todos los recursos de casación que se funden en la infracción de precepto constitucional.

»Nuestros constituyentes se inspiraron en el sistema europeo de justicia constitucional, que concentra en un órgano constitucional específico (por supuesto, el Tribunal Constitucional) la litigiosidad sobre los preceptos constitucionales, en razón de unos supuestos de legitimación tasada. La competencia del Tribunal Constitucional es privativa.

»La jurisdicción ordinaria cumple otra misión, la importantísima de aplicar las leyes y demás fuentes del ordenamiento jurídico que sean conformes con la Constitución. Introducir un recurso de esta naturaleza, como se hace en este Proyecto de Ley, equivaldría soterradamente a introducir una acción de inconstitucionalidad de las partes en un determinado proceso, tergiversando el acceso restringido que tienen los ciudadanos a la aplicación directa de la Constitución sólo a través del recurso de amparo, porque así lo quiere la Constitución, y desvirtuar el concepto de la cuestión de inconstitucionalidad que el artículo 163 de la Constitución encomienda a Jueces y Tribunales mediante un mecanismo de reenvío *ex officio*, como todos sabemos, al Tribunal Constitucional...». Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 164, 1984, *Diario de Sesiones*, II Legislatura, 13 noviembre 1984, página 7385.

(161) Señor Ministro de Justicia, *ibidem*, pág. 7388.

Por las expresiones del Diputado socialista señor GRANADOS CALERO —al discutirse en Comisión el mismo precepto, rechazando la enmienda propuesta por el Grupo Popular y defendida por el señor RUIZ GALLARDÓN (162)— defendiendo la permanencia del texto por armonía entre el párrafo 4 del artículo 5.º y el párrafo 1 del mismo precepto del Proyecto (hoy Ley Orgánica) (163), una cosa es clara: por ser la Constitución norma suprema del ordenamiento, y siendo motivo de casación la infracción de un precepto legal inferior, pues, a la Constitución, con más sentido habría de serlo la infracción de ésta (164).

(162) «Mi enmienda fundamentalmente se refiere al primer inciso de este párrafo 4, en el que se establece que 'en todos los casos en que según la Ley proceda recurso de casación será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional'. Señor Presidente, señorías, quienes tienen alguna experiencia en materias de recurso de casación saben hasta qué punto es fácil la argumentación o el establecimiento de motivos de casación con la simple alegación de preceptos supuestamente vulnerados, lo cual, desgraciadamente, produce, y mucho más después de la última reforma que hicimos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta legislatura, un inconmensurable atasco de recursos en las Salas del Tribunal Supremo. Por eso en Ponencia este diputado sometió a la consideración de sus proponentes la conveniencia de puntualizar de alguna manera esta posibilidad, que no quiere en modo alguno —y me anticipo a cualquier posible réplica que se me pueda hacer en este sentido— negar la fuerza vinculante de la Constitución y la posibilidad de la aplicación directa de la misma, pero sí que esa aplicación directa cuando la misma —la aplicación directa— se haga en virtud de una vulneración de preceptos constitucionales que, a su vez, están desarrollados en otras leyes, se tenga que fundamentar no sólo en la Constitución, sino en aquellas leyes, para estar de acuerdo con ellas o para declararlas en su caso inconstitucionales, como ya se viene haciendo en la práctica hoy en día, que desarrollan preceptos en tal sentido.

»De esta suerte se obligaría a los recurrentes, a los litigantes y, permítaseme decirlo, a los letrados que les asesoran a realizar un profundo estudio sobre la posible vulneración de la Constitución que, sin ningún género de dudas, produciría ciertamente el efecto de desatascar los numerosos recursos que van a producirse al amparo de este precepto...».

(163) Artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

(164) Indicaba el señor GRANADOS CALERO: «... El último párrafo, señor GALLARDÓN, es cierto que ofrece la posibilidad del enfoque según el jurista que pueda opinar sobre el tema. Su señoría ha hablado de la necesidad, según su punto de vista, de completar mediante este párrafo que podría adicionarse, precisamente, que la infracción de precepto constitucional *per se* no motivaría un recurso de casación, sino que tendría que ir ligado o relacionado con otra infracción de normas que lo desarrollen. Pero entendemos que si esto fuese así, el principio, que está en los anteriores párrafos, quedaría un poco o un mucho desdibujado. Huyendo de este peligro, nosotros decimos rotundamente en el párrafo 4 que todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional, porque guarda coherencia, porque si la Constitución es la norma suprema del ordenamiento y vincula a todos

Pero lo que sí queda claro es que, para nuestros legisladores, una cosa es la Constitución parte del ordenamiento jurídico y otra cosa es la Ley. Si la Constitución fuese Ley, no era menester modificar el motivo de casación por infracción de *Ley*, porque el concepto englobaría a la Constitución misma. La Constitución es Norma del ordenamiento y su infracción explica entonces la casación por infringirse una norma del ordenamiento.

Queda igualmente claro que la infracción de los principios generales permita la casación por su penetración en la Ley o por su propia energía al informar al ordenamiento todo. Lo que no me queda claro, sin embargo, es que la costumbre —y el uso jurídico equiparado—, que es parte del ordenamiento jurídico (art. 1.1, respecto del 1.3, párrafo segundo, del Código Civil) por infringida, abra la casación. Lo que puede significar que los usos jurídicos, modernos, de última hora, y, digámoslo francamente, las pretensiones del capitalismo foráneo, más avanzado que el nuestro, se aseguren su carácter vinculante pudiendo ser invocados hasta en casación. Lo que, además, podría responder a un orden público no formulado, pero que es proyecto convertible en imperativa realidad por mandato constitucional (165).

Ahora bien, ¿por qué la referencia a la expresión *jurisprudencia* en la motivación del recurso de casación? Además, ¿es entendible como expresión de *norma*?

Creo que la respuesta la encontramos en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial.

b) EL SISTEMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

La Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, de 1 de julio (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 157, de 2 de julio), no trata, como es natural, del tema de las fuentes del Derecho. Pero sí incluye algunos preceptos sobre

los Jueces y Tribunales, ¿por qué no va a ser motivo de recurso de casación la infracción de precepto constitucional? ¿por qué se van a admitir todos los demás motivos que vienen establecidos en las leyes y, precisamente, éste no? Y como esto, si se admitiera con cualquier puntualización que la suavizara, que se pudiera entender que existe un rigor en su enunciación, estaría en contradicción con ese mismo rigor que nosotros estamos imponiendo al párrafo 1.º, es por lo que vamos a mantener exactamente el texto de la Ponencia». Congreso de los Diputados, 1985, II Legislatura, *Diario de Sesiones* núm. 272, Comisión de Justicia e Interior, sesión de 4 de marzo de 1985, pág. 8436.

(165) LUCAS VERDÚ, P.: «Interpretación de los derechos y libertades fundamentales». *loc. cit.*, estima que la *esencia de los derechos y libertades radica en el libre desarrollo de la personalidad, en el pleno despliegue y perfeccionamiento de la persona humana como racionalidad y como sociabilidad* (pág. 25, énfasis del autor).

aplicación de las normas —que son los que aquí interesan—, que inciden directamente sobre aquel tema. De esos preceptos destaca como fundamental el artículo 5, y los concordantes 6, 7, 12 y 53 de la Ley Orgánica (166).

La aplicación del Derecho es cuestión que, en la dinámica política que implica la Ley Orgánica del Poder Judicial, parece resaltarse en su importancia. De hecho, en la defensa del Proyecto de Ley que llevó a cabo en su día el señor Ministro de Justicia, se llamaba la atención acerca del relieve atribuido a la actividad judicial, entre cuyas funciones destacaba el Proyecto la defensa del sistema democrático, entendiendo por tal «... garantizar el cumplimiento de la voluntad popular, haciendo prevalecer los Jueces, siempre y sin ninguna excepción, la primacía de la Constitución. La primacía de la Constitución quiere decir la primacía de su letra, la primacía de sus principios y la primacía de sus valores constitucionales» (167). «Pero junto a la primacía de la Constitución, al Juez también corresponde defender la primacía de las Leyes que desarrollan la Constitución...» (168). Cuando el artículo 9 de la Constitución dice «que todos

(166) Artículo 6: «Los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa».

Artículo 7: «1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos.

»2. En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido.

»3. Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción».

Artículo 12: «En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial.

»2. No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial, sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan.

»3. Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional».

Artículo 53: «El Tribunal Supremo, con sede en la villa de Madrid, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. Tendrá jurisdicción en toda España y ningún otro podrá tener el título de Supremo».

(167) Señor Ministro de Justicia. Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 164, II Legislatura, 1984; *Diario de Sesiones*, pág. 7364.

(168) *Ibidem*.

los poderes públicos deben remover los obstáculos que se oponen a la libertad y a la justicia de los ciudadanos (...), qué duda cabe que está siendo interpelado ahí por el Poder Judicial, al cual (...) también le corresponde esta función» (169).

Y esa función parece estar recogida en el artículo 5 de la Ley Orgánica.

1. *El artículo 5 de la Ley Orgánica*

Determina el artículo 5 de la Ley Orgánica que:

«1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

»2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica.

»3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

»4. En todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación será suficiente para fundamentarlo la infracción de un precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el Derecho aplicable y el orden jurisdiccional.»

Inicialmente, el precepto transcrito no parece que aporte grandes innovaciones y, por consiguiente, no parece tener sentido que se haya calificado como «una de las piezas angulares» y «nervio de esta reforma» (170).

El párrafo primero remite a los artículos 9.1 y 9.3; 117.3; 123, *in fine*, y 161, de la Constitución. El párrafo segundo remite al artículo 163 de la misma norma, de conformidad con los artículos 1 y 35 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El párrafo cuarto, aunque expreso en señalar la infracción de precepto constitucional como motivo de casación, podría contemplarse ínsito en el artículo 1.692, 5.º, de la

(169) *Ibidem*.

(170) Señor GRANADOS CALERO, portavoz del Grupo socialista, Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 164, II Legislatura, 1984; *Diario de Sesiones*, página 7399.

Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo menos en sus rasgos generales. De tal manera que la innovación, si es tal, quedaría limitada al apartado 3, que parece reducir el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad al solo caso de imposibilidad hermenéutica de *acomodar* la norma a la Constitución, siendo en lo demás reiteración del artículo 163 de la Constitución y del artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. ¿Qué alcance tendría esta nueva fórmula? ¿No es lo mismo que previa interpretación, concluir que no es posible la *acomodación*, de modo tal que por ello se produce la remisión al Tribunal Constitucional para que éste emita el juicio de inconstitucionalidad si fuere pertinente, dentro de su natural competencia?

Si todo esto es cierto, el artículo 5 resultaría innecesario (171) o, a lo

(171) Aparte de las cuestiones de competencia de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y del propio Tribunal Supremo, dada la redacción del artículo 5 y de los artículos 53 y 73 y ss. de la Ley Orgánica, que, aunque preocuparon a los portavoces de las minorías parlamentarias, no nos afecta para el tema que nos ocupa. Por aquí, ciertamente, no va la reforma que hago objeto de atención ahora. Así, frente a las expresiones del diputado señor VIZCAYA RETANA («... el modo en que este Proyecto de Ley configura el Tribunal Superior de Justicia, le dota de una serie de competencias, altera la sustancia de las mismas a través del artículo 5.3 del Proyecto, que permite a cualquier persona, alegando violación de precepto constitucional, sustraer el recurso de casación del Tribunal Superior de Justicia y llevarlo al Tribunal Supremo y, teniendo en cuenta que las tres cuartas partes de las competencias del Tribunal Superior de Justicia son recursos de casación, si la mera alegación, por parte de un abogado, de infracción de precepto constitucional sustrae del Tribunal Superior de Justicia todo recurso de casación, convendrá su señoría conmigo que el Tribunal Superior de Justicia queda prácticamente vacío de contenido»; «... el Estatuto de Autonomía del País Vasco dice que le corresponden a la Comunidad Autónoma las mismas competencias en materia de Administración de Justicia que al Gobierno le atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial», Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 164, II Legislatura, 1984; *Diario de Sesiones*, págs. 7372-3), o del señor TRÍAS DE BES («... en virtud de este párrafo 4 pueden sustraerse competencias a las Comunidades Autónomas en materia de Administración de Justicia. Tal como está redactado podría ocurrir así. ¿Por qué? Porque si se dice que en todos los casos en que según la Ley proceda recurso de casación lo va a decidir el Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional, evidentemente (...) podría desvirtuarse la naturaleza de las competencias de los Tribunales Superiores de Justicia... Si cualquier alegación de infracción de preceptos constitucionales y recurso de casación sustrae la competencia del conocimiento de ese recurso a cualquier Tribunal y ese recurso va inmediatamente al conocimiento de la Sala del Tribunal Supremo, se está abriendo, de hecho, una puerta, una vía, para que se queden sin competencia los Tribunales Superiores de Justicia...», Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 191, 1985, II Legislatura; *Diario de Sesiones*, pág. 8770), o del señor ZUBIA ATXAERANDIO («... nos preocupa tanto o más que lo anteriormente manifestado, con la atribución de tal competencia al Tribunal Supremo puede desnaturalizarse el papel de los Tribunales Superiores de Justicia con tal que se alegue infracción de precepto constitucional, lo que nos llevaría, indefectiblemente, a vulnerar lo previsto en determinados Estatutos de Autonomía...», *ibidem*, págs. 8772-3), se respondió que: «Parece, pues, que el artículo 5.3 (*) está haciendo referencia a un problema que

sumo, receptor de tantos otros criterios constitucionales, como es propio de un Título Preliminar y que así lo actúa en varios de sus preceptos. Pero, en todo caso, no sería, pues, «pieza angular» ni «nervio de esta reforma», expresiones éstas que hay que entender en el sentido de que sin el artículo 5 casi no se habría producido reforma alguna (172).

Por consiguiente, hay que aproximarse al precepto con otra perspectiva, que es lo que intentaré aquí y ahora.

Que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico es verdad... a medias. La Constitución es parte del ordenamiento jurídico (art. 9.1 de la Constitución). Pero respecto de su posición jerárquica habría que reconocer que su carácter de máxima norma lo tiene compartido con los principios generales informadores del ordenamiento en su vertiente constitucional, abiertos siempre a mucho más de lo que la propia Constitución indica, como ya quedó resaltado antes. Ahora bien, resulta obvio que fuera de esa precisión (importante) se le reconoce a la Constitución ser norma a la que deben ajustarse las demás. Por ello vincula —aunque no tanto por ser máxima, sino por ser norma— a Jueces y Tribunales, entre otros, como previsión y precisión del artículo 9.1 de la Constitución en el ámbito judicial (173). No es entonces nada nuevo in-

sería el basado en si podría plantearse algún ulterior recurso cuando la fundamentación ante cualquier órgano jurisdiccional del país estuviera basada en infracción de precepto constitucional, entendiendo que el Tribunal Supremo es el órgano más adecuado jurisdiccionalmente para resolver en un ulterior —repito—, ulterior trámite este problema. No creemos, por tanto, que el artículo 5.3 (*) esté llamado a ser una limitación de lo contenido en el artículo 73 del Proyecto de Ley, puesto que entre sí tienen escasa relación» (Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria número 164, 1984, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, pág. 7377), y también: «Permitánnos que mantengamos aquí la cautela de que en tema de tanta trascendencia como es interpretar la Constitución, cuando se produce un recurso de casación que se innova, que sea de manera directa por simple infracción de un precepto constitucional, permitánnos —digo— que dejemos a un solo órgano, el Tribunal Supremo, la decisión de interpretar la Constitución y no a diecisiete órganos. Este es el único razonamiento que subyace en la postura de mantener el texto del proyecto» (señor GRANADOS CALERO, Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria número 191, 1985, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, pág. 8792).

(*) El anteproyecto de Ley Orgánica distribuía el artículo 5 en tres apartados; fue luego de su presentación al Congreso de los Diputados que una enmienda del Grupo socialista convirtió la numeración de los tres apartados en cuatro. Originalmente los apartados 2 y 3 eran el 2. Compárese B.O.C.G., Serie A, núm. 118-I, de 19 de septiembre de 1984, pág. 1373, y núm. 118-I-1, de 23 de febrero de 1985, página 1448/4, Informe de la Ponencia, en que se indica: «En la discusión del artículo 5 el Grupo socialista sustituyó el texto del párrafo primero por el contenido en la enmienda 662». *Vide infra*, nota 199.

(172) Así, se dijo del proyecto que era «... como una versión perfeccionada de la normativa anterior» (diputado señor VIZCAYA RETANA, Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 164, 1984, II Legislatura, 13 de noviembre, *Diario de Sesiones*, pág. 7370).

(173) «Estamos en el artículo 5.º y nuestro Grupo lo considera como uno de los fundamentales de este texto de Ley Orgánica del Poder Judicial; fundamen-

dicar que Jueces y Tribunales, en su actividad más propia de interpretar y aplicar las Leyes y los Reglamentos, lo hagan conforme los preceptos y principios constitucionales (174).

Una síntesis del artículo 5 nos permitiría concluir los siguientes puntos:

a) *La Constitución es norma máxima que vincula a Jueces y Tribunales.*

La Exposición de Motivos (175) dedica un párrafo proporcionalmente muy amplio respecto de este artículo 5, señalando en lo que es ahora pertinente: «Una de las características de la Constitución española es la superación del carácter meramente programático que antaño se asignó a las normas constitucionales, la asunción de una eficacia jurídica e inmediata y, como resumen, la posición de indiscutible supremacía de que goza en el ordenamiento jurídico. Todo ello hace de nuestra Constitución una norma directamente aplicable con preferencia a cualquier otra».

b) *Dicha vinculación no es arbitraria, sino conforme con la interpretación proporcionada por el Tribunal Constitucional.*

tales porque se inicia con un principio que es verdadera piedra angular del Proyecto de Ley; aquel que dice que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales. Es bueno que se diga. ¿Por qué? Porque hasta ahora no se ha dicho. Estamos en el artículo 5.º Ciertamente, la Constitución, en su artículo 9.º, apartado 1, ya dice que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; pero de la misma manera que estamos trasladando otros preceptos constitucionales de similar importancia a este Proyecto de Ley, por qué y qué motivo hay para no trasladar éste, que es piedra angular de cómo ha de interpretarse no solamente la Ley, sino todo el ordenamiento legislativo de nuestro país, y es lo que está diciendo» (señor GRANADOS CALERO, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión de la Comisión de Justicia e Interior, 4 de marzo de 1984, *Diario de Sesiones* núm. 272, pág. 8436).

(174) No creo que la enunciación «preceptos y principios» se pueda entender con pretensiones jerárquicas. Primero, porque sería una pretensión inadmisibile; segundo, porque la Constitución afirma el principio de jerarquía de las normas con remisión al Código Civil, y una Ley Orgánica que desarrolla la Constitución mal cumpliría su función atentando contra el principio constitucional de jerarquía. Además, la Constitución propugna unos valores a que deben ajustarse los propios preceptos constitucionales (art. 1.1 de la Constitución, que es Título preliminar). Cabe, sí, admitir un criterio de preferencia por beneficio de la concreción del precepto respecto de la vaguedad del principio, inicialmente.

(175) Aunque el proyecto no contenía Exposición de Motivos, por no haberse publicado la misma en el *Boletín de las Cortes*, se incluyó en el trámite de enmiendas por el Senado (cfr. Congreso de los Diputados, 1985, II Legislatura, Comisión de Justicia e Interior, sesión de 12 de marzo, *Diario de Sesiones* núm. 277, página 8758, y *Boletín*, Serie A, de 22 de junio de 1985, núm. 118-IV, pág. 1448/261).

«El Título Preliminar de la presente Ley Orgánica singulariza en el Poder Judicial la vinculación genérica del artículo 9.1 de la Constitución... Se ratifica así la importancia de los valores propugnados por la Constitución como superiores, y de todos los demás principios generales del Derecho que de ellos derivan, como fuente del Derecho, lo que dota plenamente al ordenamiento de las características de plenitud y coherencia que le son exigibles y garantiza la eficacia de los preceptos constitucionales y la *uniformidad en la interpretación de los mismos*» (176).

c) *De donde resulta que si ante una aplicación de la norma inferior surge duda sobre su constitucionalidad —sin pronunciamiento al efecto del Tribunal Constitucional—, el Juez o Tribunal planteará a éste la cuestión.*

d) *Cuestión de inconstitucionalidad sólo planteable cuando, previo esfuerzo hermenéutico, no se pueda «acomodar» la norma a la Constitución.*

«Además se dispone que sólo procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando no sea posible acomodar, por la vía interpretativa, la norma controvertida al mandato constitucional. Se refuerza, con ello, la vinculación del juzgador para con la norma fundamental, y se introduce en esa sujeción un elemento dinámico de protección activa, que trasciende del mero respeto pasivo por la Ley suprema» (177).

e) *Por consecuencia de todo lo cual, la infracción de precepto constitucional, por ser la Constitución parte del ordenamiento, abre paso a la casación.*

«El valor de la Constitución como norma suprema del ordenamiento se manifiesta también en otros preceptos complementarios. Así, se configura la infracción de precepto constitucional como motivo suficiente del recurso de casación..., haciéndose explícita protección del contenido esencial que salvaguarda la Constitución» (178).

Así, es manifiesta la pretensión de resaltar la importancia de la Constitución, como broche del sistema del ordenamiento (179) y como norma

(176) Exposición de Motivos, énfasis añadido.

(177) Exposición de Motivos, énfasis añadido.

(178) Exposición de Motivos.

(179) «Todos estos caracteres» (aplicabilidad directa e inmediata de la Constitución) «derivan del propio tenor del texto constitucional. En primer lugar, del artículo 9.1 (...). Otras disposiciones constitucionales, como la que deroga cuantas normas se opongan al texto constitucional o la que regula los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, completan el efecto del citado párrafo 1

que debe permear a todo él, en la manera típicamente judicial de aplicación del Derecho:

«... A mí me parece que es imprescindible que el Poder judicial desempeñe tres funciones claves:

»Primero, la de asumir, igual que los otros Poderes, la defensa del sistema democrático, la defensa del Estado, del cual es uno de los tres Poderes.

»Segundo, le corresponde tutelar eficazmente los derechos fundamentales, las libertades públicas y los intereses legítimos.

»Y le corresponde, en tercer lugar, someter a todos los Poderes al cumplimiento de la Ley (...).

»¿Qué es, en primer lugar, lo que la Constitución quiere que sea la afirmación de que el Poder judicial también está para asumir la defensa del sistema democrático? A mi juicio, asumir la defensa del sistema democrático significa, señorías, garantizar el cumplimiento de la voluntad popular, haciendo prevalecer los Jueces, siempre y sin ninguna excepción, la primacía de la Constitución...

»Decía que lo segundo que se requería era defender eficazmente los derechos fundamentales, las libertades públicas y los intereses legítimos, lo cual supone, entre otras cosas, abrir los procesos a todos los que busquen tutela judicial, remover todos los obstáculos que se opongan al encuentro de esa tutela judicial efectiva. Supone el que los Jueces en la práctica jurisprudencial, en la aplicación cotidiana de las leyes, cuando tengan que defender un derecho fundamental no resten ni un ápice al contenido esencial de ese derecho fundamental...

»...Someter a todos los Poderes públicos a la Ley y al Derecho significa eso que también quedó escrito por uno de nuestros mejores administrativistas, significa lisa y llanamente poner fin a cualquier inmunidad respecto del control judicial, sometiendo la actuación de toda la actividad administrativa, reglamentaria y no reglamentaria, al control de los Jueces...» (180).

Pero, ciertamente, se añaden más cosas. Así, lo primero que llama la atención en la Ley Orgánica y en este artículo 5 es la relativa remisión que se hace de la cuestión de constitucionalidad. Lo segundo, el tema de las relaciones, en términos meramente jurisprudenciales, entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Lo tercero, que junto a la tradicional independencia del juzgador para interpretar la norma, se hace vinculante a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Aparte, resaltar la

del artículo 9.º y cierran el sistema que hace de la Carta Magna la norma suprema de nuestro ordenamiento con todos los efectos jurídicos a ello inherentes» (Exposición de Motivos).

(180) Señor Ministro de Justicia, Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 164, 1984, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, pág. 7364.

trascendencia de defender los derechos y libertades fundamentales (181) en todas las jurisdicciones (182).

A) *Remisión de las cuestiones de inconstitucionalidad.*—La expresión del artículo 5.3, en tema de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, no parece ser exactamente la misma que la utilizada en el artículo 163 de la Constitución, ni en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (183); preceptos éstos que indican al Juez o Tribunal que por ser exclusiva la competencia del Tribunal Constitucional, le planteen a él la cuestión, lo que ha de ocurrir siempre que exista la duda de la conformidad o no de la norma con la Constitución.

Naturalmente, para que el Juez o Tribunal lleguen a la duda es menester que hayan procedido a la interpretación de la norma, ya que sólo captando el sentido de ésta es dable dudar de su adecuación constitucional. El artículo 5.3 no es que diga otra cosa, sino que autoriza a atri-

(181) Pues es consecuencia del artículo 9.1 de la Constitución que el Poder judicial, «como al Poder legislativo o al Poder ejecutivo, también le corresponde esa función. En esta función de ir profundizando en el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es necesario que a los Tribunales nadie les abra camino...» (*ibidem*).

(182) Acerca del significado de jurisdicción, de su unidad o pluralidad, ver la discusión del proyecto, Cortes Generales, Sesión Plenaria núm. 191, de 21 de marzo de 1985, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, págs. 8768, 8775-6, 8777, y Sesión de la Comisión de Justicia e Interior, de 4 de marzo de 1985, núm. 272, *Diario de Sesiones*, págs. 8432 y 8433.

(183) Obsérvese: artículo 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional».

Artículo 163 de la Constitución: «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley...».

Artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «1. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

»2. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, resolviendo el Juez seguidamente y sin más trámite en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme».

buirle un sentido diverso: a) si tomamos en cuenta las expresiones de la Exposición de Motivos, según las cuales «sólo procederá el planteamiento» si no cabe acomodación; b) decir lo que es obvio, huelga, y obvio es afirmar que hay que interpretar antes que llegar a la duda (lo que sobra en una Ley, más si es orgánica, y, sobre todo, en un Título Preliminar).

Es cierto que las expresiones del señor Ministro de Justicia, según las cuales los Jueces y Tribunales no tienen que esperar a que se les abra camino para defender derechos y libertades, son, en principio, significativas. Así, son pocas las dudas que pueden surgir ante una norma disconforme y conculcadora de derechos y libertades y, al menos, el significado primario de éstos (184).

Por ejemplo, el artículo 1.584 del Código Civil (185) es claramente opuesto a varias normas y principios constitucionales; y una Audiencia no puede excusarse en el precepto, menos aún lamentarse de su existencia, pero como quiera que el legislador no lo ha derogado, la Sala lo aplica por mucho que le duela, frustrando así la Constitución.

Pero no es menos cierto que la proyección de derechos y libertades *no tiene límite* constitucional, pudiendo darse el caso de que la jurisdic-

(184) De otro lado, se ha dicho por el legislador que «... Ciertamente, la Constitución, en su artículo 9.º, apartado 1, ya dice que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento; pero de la misma manera que estamos trasladando otros preceptos de Ley, por qué y qué motivo hay para no trasladar éste, que es piedra angular de cómo ha de interpretarse no solamente esta Ley, sino todo el ordenamiento legislativo del país» (Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, II Legislatura, sesión de 4 de marzo de 1985, núm. 272, *Diario de Sesiones*, pág. 8436).

«... el Juez constitucional es, a mi juicio, el que, consciente de que sus facultades emanan del pueblo soberano, se siente sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, obligado a remover los obstáculos que impiden o dificultan la plenitud de la libertad y de la igualdad y vinculado siempre por los derechos y libertades constitucionalmente consagrados, que, además, se encuentran bajo su tutela. Creo que tal modelo de Juez constitucional es el que recoge el dictamen, porque éste, señorías, consagra, en efecto, la vinculación de Jueces y Tribunales respecto de la Constitución, instituye a Jueces y Magistrados en la obligación de aplicar las normas jurídicas de acuerdo con los preceptos y principios constitucionales, y según la interpretación que de ellos haga el Tribunal Constitucional, les señala que la infracción de precepto constitucional será siempre suficiente para fundamentar el recurso de casación, cuando éste proceda, naturalmente; les insta a un esfuerzo interpretativo para acomodar siempre las normas al ordenamiento constitucional; les prohíbe aplicar los reglamentos o disposiciones no legislativos contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa; les obliga a aplicar los derechos fundamentales y las libertades públicas de acuerdo con su contenido constitucionalmente declarado, sin que nunca pueda el Juez restringir o menoscabar éste...» (Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria de 21 de marzo de 1985, núm. 191, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, página 8762, en palabras del señor Ministro de Justicia).

(185) Que lleva a DE LA VEGA, por aquel entonces, a la no aplicación por mor de equidad (DE LA VEGA, *op. cit.*, pág. 144).

ción ordinaria elaborase —por lo que luego se dirá— toda una jurisprudencia acerca de probables contenidos. Y que al tener oportunidad de intervenir posterior y separadamente el Tribunal Constitucional, se declarasen aquellos contenidos como más amplios o profundos. Esto sin olvidar que la Constitución no se limita a derechos y libertades fundamentales, sino que existen otros derechos no fundamentales, aunque igualmente declarados constitucionalmente, con respecto de los cuales puede ser más difícil la intervención del Tribunal Constitucional. Surge así el riesgo de una dualidad jurisprudencial —o, lo que es peor, de una jurisprudencia ordinaria más estrecha que la constitucional— asincrónica, con los inherentes perjuicios que de esta probabilidad se derivan. El artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional —opino que calculado respecto de la legislación preconstitucional y las situaciones fallidas respecto de ella (186)— se convierte entonces en un valladar discriminatorio, infringiendo, como he dicho ya tantas veces, el artículo 14, respecto del 9, ambos de la Constitución.

Tampoco hay que olvidar la energía de la Constitución respecto de las manifestaciones externas de los poderes públicos —destacadamente cuando se producen por Ley—, que autoriza a los Jueces y Tribunales a reclamar entonces unas expresiones legislativas y unos alcances normativos, por ejemplo, más avanzados, en cuyo caso los Jueces y Tribunales enjuiciarían al legislador. Personalmente, no tengo reparos en que así fuese, pero no es el criterio del Tribunal Constitucional interpretando la Constitución (187).

(186) Pues para las situaciones posteriores la propia consideración de la jurisprudencia, que, aunque cambiante y no vinculante, no altera el principio de cosa juzgada, hace innecesario el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

(187) Dado que la Constitución no sólo contiene derechos subjetivos. La precisión del diputado señor RUIZ GALLARDÓN (aunque él piense en derechos subjetivos, lo que la invalida) recoge el punto: «... Cuando nosotros pedíamos la supresión del apartado 4 del artículo 5.º, que posibilita el recurso de casación, argumentábamos diciendo: ¡Cuidado!, eso es muy peligroso tal y como viene redactado en el Proyecto de Ley, porque según este Proyecto de Ley 'En todos los casos...'. Decíamos que era muy peligroso porque evidentemente, en buena técnica procesal, el recurso de casación es procedente contra determinadas resoluciones de los Tribunales que tengan carácter de firme y que se dicten en determinado tipo de procedimiento, singularmente los procedimientos ordinarios. Contra ellos procede el recurso de casación, lo cual no quiere decir que estime, eso después lo dirá el Tribunal Supremo en su Sala correspondiente.

»Pues bien, si ustedes mantienen esta terminología, basta con que haya una infracción de precepto constitucional, sin discriminación ninguna de preceptos, para que se pueda formular ante el Tribunal Supremo recurso de casación. Y es ahí donde viene la distinción que ustedes hacen en el artículo 7.º y que yo preciso mucho más. En el artículo 7.º ustedes dicen que 'los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales, y están garantizados y bajo la tutela

Y no tiene sentido facilitar, de un lado, el riesgo a la variedad jurisprudencial, que, por otro lado, quiere evitarse conscientemente (188).

efectiva de los mismos'. Y añaden en el número 2: 'En especial los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se aplicarán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan, en ningún caso, restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido'.

»Fíjense, señorías, que ustedes piden la aplicación de los derechos que reconoce el artículo 53.2 por los Tribunales ordinarios de Justicia, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado; requisito éste que, sin embargo, paradójicamente, no exigen para la formalización del recurso de casación al que antes me he referido. Entonces cabe la formalización de un recurso de casación por infracción de un precepto constitucional que, en todo caso, será siempre presentable, con el consiguiente (...) atasco de recursos de casación ante el Tribunal Supremo, de tal suerte que no añaden nada. Si hemos afirmado en un precepto que la Constitución es aplicable directamente precisamente y, según nuestra tesis, debe decirse que es aplicable directamente a través de las normas que desarrollan los derechos reconocidos en la Constitución o, como ustedes dicen, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado...; porque antes se había dicho: ...estos principios sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan. Tiene que ser así, señor GRANADOS, y si no se hace así se hace mal desde el punto de vista técnico, porque nuestra Constitución, cuando en el Título I habla de los derechos y libertades fundamentales, separa claramente dos tipos de derechos y libertades: unos que son exigibles siempre y por todos los ciudadanos y otros que son principios rectores que informan la política social y económica. A nadie se le puede ocurrir que un ciudadano pueda jurisdiccionalmente reclamar una vivienda digna, porque eso no está reconocido como derecho inmediato, privativo y personal del ciudadano, pero sí se le puede exigir al Juez que la interpretación de cualquier norma relativa a la vivienda se haga en función de ese principio constitucional que dice que todos los ciudadanos tienen que tener una vivienda digna. Entonces, es en este Título Preliminar del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial donde claramente tienen ustedes que distinguir los dos supuestos diferentes...» (Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 191, de 21 de marzo de 1985, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, págs. 8779 y 8780). A lo que se respondió: «... que se habían recogido en dicho artículo 7.º tres supuestos que entendíamos que había que incluir: primero, los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, que vinculan en su integridad y están garantizados bajo la tutela efectiva de los Tribunales; segundo, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución, que sienta los criterios de su aplicación, y tercero, todos los demás derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sobre el tratamiento que los Tribunales de Justicia han de dar en relación con esos derechos e intereses legítimos. Por consiguiente, se sienta el principio de que serán protegidos y en ningún caso puede producirse indefensión. Se establece en un párrafo adicional al número 3 que para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de entidades de carácter público, que no tenían personalidad jurídica en nuestro Derecho actual, y aquí se les está dotando de legitimación expresa para que puedan asumir la defensa de estos intereses colectivos. Se está refiriendo a corporaciones, a asociaciones y grupos que resulten afectados o que legalmente estuvieran habilitados para su defensa y promoción» (*ibidem*, págs. 8784-5).

(188) Diputado señor GRANADOS CALERO: «Permítannos que mantengamos aquí la cautela de que en tema de tanta trascendencia como es interpretar la Constitución, cuando se produce un recurso de casación que se innova, que sea de manera directa por simple infracción de un precepto constitucional; permítannos —digo—

No se olvide, además, la parquedad de la jurisdicción ordinaria, y en concreto y por lo que aquí interesa la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su Sala 1.^a al interpretar la Constitución, fenómeno no ignorado por el legislador (189). En una trayectoria así, en que al Tribunal no le cabe *duda*, su certeza ya no lo es sobre la norma, sino sobre el alcance fijado a la misma por la propia interpretación.

Este enfoque enlaza directamente con el segundo punto:

B) *Relaciones de los Tribunales Constitucional y Supremo.*—¿Qué sentido y alcance tiene fundamentar la casación en infracción de precepto constitucional? Es claro que la Constitución se cumpla.

Tiene sentido, sobre todo, cuando una Ley cuya constitucionalidad no haya sido planteada por quienes están legitimados para ello, impone al particular defenderse contra la misma en la instancia. ¿No es, sin embargo, adecuado interpelar al Juez con la cuestión de inconstitucionalidad? (190). Lo que no capto es que se sustraiga al Tribunal Constitucional su exclusiva (art. 123.1, respecto del art. 161, ambos de la Constitución, y art. 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), que es lo que dice el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al remitir la competencia al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el Derecho aplicable... (191).

También tiene sentido la norma en aquellos casos en que el contenido constitucional de un derecho, libertad o el mismo articulado de la Constitución tienen una significación establecida por el Tribunal Constitucional, pues entonces la casación se limitaría a llevar las cosas a su debido cauce, en cumplimiento de una *jurisprudencia vinculante* (como veremos). E incluso cuando ante una Ley presumiblemente inconstitucional no impugnada por quienes deben, se use la casación como medio indirecto de

que dejemos a un solo órgano, el Tribunal Supremo, la decisión de interpretar la Constitución y no a diecisiete órganos» (Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 191, de 21 de marzo de 1985, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, página 8792; ya antes, pág. 8784).

(189) Señor GRANADOS CALERO: «Estoy hablando, por poner un ejemplo muy reciente, de cómo una sala del Tribunal Supremo ha interpretado de manera harto pintoresca, naturalmente según el punto de vista de determinados lectores de esa tendencia, el principio de igualdad ante la Ley. Y eso, en cuanto al Tribunal Supremo...» (*ibidem*, pág. 8784).

(190) Artículo 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

(191) Como señaló el diputado señor ZUBIA ATXAERANDIO: «... Y solicitamos su supresión porque no entendemos las razones que puedan existir para que siempre y en todo caso se concrete la competencia para decidir el recurso en el Tribunal Supremo, de suerte que éste, de alguna manera, queda configurado como disputando su papel al Tribunal Constitucional, alterándose además con ello, y lo decimos con toda rotundidad, y a nuestro entender injustamente, el derecho que en principio le asiste al Juez ordinario» (*ibidem*, pág. 8772).

obtener un pronunciamiento de inconstitucionalidad (temor del Diputado señor ALZAGA), sencillamente porque el Tribunal está convencido de que la Ley no es conforme con la Norma Máxima. Pero no tiene sentido en todo caso en que el precepto no haya recibido su significado más adecuado. Y recordemos que buena parte de la Constitución no lo tiene en los hasta hoy existentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Ciertamente, entran aquí en consideración un conjunto de cuestiones, no ignoradas por el legislador al discutir el proyecto. Por ejemplo, la unidad o diversidad de jurisdicciones (192); por otro ejemplo, los problemas de acumulación (193), aunque no tanto respecto de los recursos de casación, sino respecto al Tribunal Constitucional, porque —ante una disparidad entre ambas jurisprudencias, la del Supremo sobre extremos en que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado, pero orienta un mayor o mejor contenido, y la de aquél más tímido, por ejemplo—. entonces, se irá a la casación «con el recurso de amparo bajo el brazo» (194).

En todo caso, comoquiera que la propia Ley Orgánica del Poder Judicial respeta, como no es para menos, el mandato constitucional de la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional (arts. 123 y 159 y siguientes de la Constitución, según se previene en el art. 53 de dicha Ley Orgánica), es claro que la intervención del Tribunal Supremo lo es al solo efecto de unificar la jurisprudencia. Lo que nos pone en contacto con el tercer punto.

C) *Carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional.*—Es, sin duda, la precisión más exacta de la Ley Orgánica. Ciertamente, al tiempo de promulgarse la Constitución había que entender, por obvio, que los criterios hermenéuticos del Tribunal tendrían su eficacia, si bien la misma no sería otra que la de cualquier sentencia de un último Tribunal, esto es, la de imponerse por razones prácticas, pero no en el sentido de verse obligado un Tribunal inferior a acatar dicha regla hermenéutica como

(192) Ver nota 182.

(193) Diputado señor TRÍAS DE BES: «... En primer lugar puede suponer un grave problema de acumulación de recursos ante el Tribunal Supremo» (*ibidem*, página 8770). Diputado señor RUIZ GALLARDÓN: «... lo cual desgraciadamente produce, y mucho más después de la última reforma que hicimos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta legislatura, un incommensurable atasco de recursos en las salas del Tribunal Supremo...» (Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, sesión de 4 de marzo de 1985, II Legislatura, núm. 272, *Diario de Sesiones*, pág. 8435).

(194) Que, al parecer, es lo que se está haciendo.

normativa. La Ley Orgánica del Poder Judicial pone fin a esta situación (195).

Se explica con claridad el señor Ministro de Justicia cuando, luego de indicar que los Jueces y Tribunales ordinarios no tienen que esperar a que se les abra camino en la defensa de los derechos y libertades fundamentales, concreta: «...no es necesario esperar a la jurisprudencia constitucional, pero una vez que ésta, efectivamente, se haya pronunciado *pasa a convertirse en ordenamiento jurídico*, y esa jurisprudencia vincula a todos los poderes públicos y entre ellos, desde luego, al Poder judicial» (Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 164, de 15 de noviembre de 1984, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, pág. 7654).

En efecto, no es, como pudo opinar el Diputado señor TRÍAS DE BES, que «... este párrafo 4 interpone entre los Jueces y la Constitución una vinculación a la doctrina del Tribunal Constitucional que es obvia, pero que no debería decirse en una Ley Orgánica. ¿Por qué? Porque sí debe hacerse respecto de la doctrina legal del Tribunal Supremo; pero si los Jueces y Tribunales están obligados a aplicar la Constitución, obviamente están obligados a aplicar la (*sic*) interpretación que de esa Constitución ha hecho el único órgano competente para interpretarla en virtud de su sentencia, de su jurisprudencia» (Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria de 21 de marzo de 1985, núm. 191, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, pág. 8770). Tal obligatoriedad no podría darse sin expreso mandato de la Ley, por ser la interpretación una actividad intelectual y por ello enteramente libre, con la sola sujeción a los criterios de la lógica y de las normas sobre hermenéutica, razón por la cual la jurisprudencia del Tribunal Supremo nunca ha vinculado a los Jueces y Tribunales inferiores.

Por ello, es menester ver las relaciones del artículo 5.1 de la Ley Orgánica con el artículo 12 de la misma, que proclama la independencia judicial, advirtiendo que los órganos superiores no pueden corregir las decisiones de los inferiores sino cuando administren justicia en virtud del oportuno recurso, prohibiéndose las directrices sobre aplicación o interpretación del ordenamiento.

(195) DE ESTEBAN, *loc. cit.*, pág. 44, señala sensatamente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como fuente de Derecho en tanto que intérprete de la Constitución al dar exacto sentido a los contenidos de la misma, refiriéndose a GARCÍA DE ENTERRÍA («La primacía normativa del Título VIII de la Constitución. Introducción al artículo 149 de la Constitución», *R.E.D.A.*, abril 1982, pág. 287) al señalar que «en el caso español parece evidente que la articulación final de sistema autonómico tendrá que ser también la responsabilidad última del Tribunal Constitucional...».

2. Significado del artículo 5 de la Ley Orgánica

La novedad del artículo 5 estriba en erigir a la jurisprudencia en fuente formal de Derecho, junto con la Ley, la costumbre y los principios generales. Pero no a toda jurisprudencia, sino exclusivamente a la jurisprudencia constitucional: porque la Constitución vincula a los Jueces y Tribunales, éstos la interpretarán y aplicarán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Queda así cerrada a la jurisprudencia ordinaria la pretensión de «crear» en tema constitucional, debiendo ajustarse a las pautas del Tribunal Constitucional.

Por el contrario, en la interpretación del resto del ordenamiento son libres (siempre que no reorienten su criterio interpretativo desligándolo de la Constitución). Esto, al menos, respecto de los preceptos ya interpretados por el Tribunal Constitucional. Porque respecto de los demás, claramente el Juez sigue en libertad de indagar su significado, si bien el artículo 7 de la Ley Orgánica les fija una directriz hermenéutica: sentirse vinculados por los derechos y libertades en toda su integridad, y respecto de los derechos enunciados en el artículo 53.2, deberán entenderlos conforme al contenido constitucionalmente declarado (196), sin restringirlos, menoscabarlos, ni, menos aún, inaplicarlos. Y si en función de interpretación, les surge duda sobre la constitucionalidad o no de la norma, procede plantear la cuestión al Tribunal Constitucional.

La intervención del Tribunal Supremo, competente en casación, no es, pues, para interpretar él la Constitución, como se dijo en la discusión parlamentaria (197), sino para aplicar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional *infringida*, que al ser *parte del ordenamiento*, justifica interponer recurso de casación en sentencia (art. 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Se aclarará entonces el significado del artículo 5.4 de la Ley Orgánica, al remitir al Tribunal Supremo la competencia exclusiva del recurso de casación, cualquiera que sea la materia y el Derecho aplicable. La razón de ser del precepto no es impedir interpretaciones distintas en materia constitucional, que sigue siendo función adscrita en exclusiva al Tribunal de este orden (art. 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ni prevenir cautelas ante un innovador recurso de casación por el que el Tribunal Supremo interpreta la Constitución (que le sigue estando vedada), ni restringir competencias de los Tribunales Superiores de Justicia (que man-

(196) La expresión *se reconocerán* del artículo 7.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial fue introducida por el Senado, en vez del original *se aplicarán*, del proyecto original (B.O.C.G., Serie A, de 22 de junio de 1985, núm. 118-IV, página 1148/286).

(197) *Vide supra*, nota 188.

tienen la que se les concede) (198), sino unificar, obvio, la jurisprudencia de los Tribunales de todo orden, en el entendido que puedan hacer de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el Tribunal Supremo no ve cambiada su función, que sigue siendo la tradicional.

Las dudas sobre otro significado, surgidas incluso en la discusión parlamentaria entre los propios defensores del proyecto, vienen reforzadas por la modificación del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al dividir el que era único párrafo 2 en los dos actuales, 2 y 3 (199). Bajo aquella división sistemática quedaban claras las líneas generales del precepto:

1. La Constitución vincula, y vincula tal como la interpreta el Tri-

(198) *Vide supra*, notas 188 y 191.

(199) Artículo 5, Proyecto original: «1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales y de conformidad con la interpretación de la Constitución que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

»2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica.

»Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

»3. En todos los casos en que según la Ley proceda recurso de casación será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional» (*B.O.C.G.*, Serie A, núm. 118-I, de 19 de septiembre de 1984, páginas 1372-3).

Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, *conforme a la interpretación de los mismos* que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

»2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica.

»3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

»4. En todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional» (*B.O.E.* núm. 157, de 2 de junio de 1985, págs. 20634-5; énfasis en las modificaciones, añadido).

bunal Constitucional, si se ha pronunciado, que pasa a ser parte del ordenamiento.

2. Si no hay pronunciamiento del Tribunal Constitucional, ante la aplicación de una norma generadora de dudas acerca de su constitucionalidad, se planteará la cuestión al organismo competente, el Tribunal Constitucional.

3. Siempre que se pretenda una infracción al orden constitucional es invocable en casación, atendido el recurso por el Tribunal Supremo, quien apreciará o no la infracción del ordenamiento cuando se ha infringido la jurisprudencia que interpreta la Constitución.

Eran meridianas, pues, las palabras del señor Ministro de Justicia, al decir que el Proyecto «... constituye a los Jueces en garantes de la primacía de la Constitución y de las Leyes, y lo hace estableciendo ya desde el artículo 1.º, que no tienen más sometimiento que la Constitución y la Ley. Y añadiendo en el artículo 5.º que la Constitución vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes *interpretarán y aplicarán* las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, y *de conformidad con la interpretación* que resulte de las resoluciones *del Tribunal Constitucional*» (200). Por eso puede afirmar el señor Ministro que «el Proyecto constituye a los Jueces en garantes del sistema democrático, que radica en el mantenimiento de la primacía de la constitución en la Ley cuando condiciona el cumplimiento de las cuestiones de constitucionalidad al hecho de que el Juez no pueda, por vía interpretativa, acomodar la Ley postconstitucional... Cuando abre paso, en todo caso, al recurso de casación...» (201), y puede afirmar que el Proyecto se construye en «una democracia judicializada» (202), adquiriendo sentido total el concepto ofrecido del Juez constitucional (203).

3. *Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil*

Que la jurisprudencia constitucional sea erigida como fuente formal del Derecho explica, en parte, la motivación del recurso de casación por infracción de la jurisprudencia. Ahora bien, el carácter fontano de la jurisprudencia constitucional no es manifiesto ni declarado sino con la Ley Orgánica del Poder Judicial. ¿Cómo entender entonces la referencia a la

(200) Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 164, de 13 de noviembre de 1984, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, pág. 7365, énfasis añadido.

(201) *Ibidem*.

(202) *Ibidem*.

(203) *Supra*, nota 184, párrafo último.

jurisprudencia, sin matiz alguno, de los artículos 1.692 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil? ¿Se erige a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en fuente del Derecho igualmente?

Creo que no. El artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial desvincula absolutamente al Juez inferior de los pronunciamientos que pueda hacer el Tribunal Supremo, quien solamente queda facultado para corregir la interpretación del ordenamiento hecha por los órganos inferiores «en virtud de los recursos» establecidos. Lo cual presupone la total libertad del Juez respecto de las opiniones del Tribunal Supremo.

Hay, no obstante, una manifestación de la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Supremo, que no se aparta de la noción de jurisprudencia constitucional, y que sí tiene cabida en el artículo 1.692, 5.º: aquella jurisprudencia en la que el Tribunal Supremo, en cumplimiento «de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos», señala el sentido que tiene la Constitución, coherente en lo absoluto con la elaboración jurisprudencial dada por el Tribunal Constitucional (204).

Ahora sí adquieren sentido pleno el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes (205), y por función de ello es dable

(204) Lo que queda pendiente de análisis, si mi tesis es cierta, es: ¿La doctrina legal desaparece de la casación, no siendo su infracción motivo de recurso, o habrá que entender que, permeando la Constitución al ordenamiento todo, la infracción de cualquier parte de éste implica la que aquélla (art. 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), de manera tal que toda sentencia del Tribunal Supremo, en cuanto imperativamente reconocedora del ordenamiento constitucional, es base de interposición del recurso?, criterio que no ampara, ciertamente, el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (o no tendría éste sentido alguno). Tal idea de una especie de *panconstitucionalismo* no es un absurdo. Como ha escrito DE ESTEBAN, «... el principio de constitucionalidad se consolida igualmente merced al criterio de interpretación de todas las normas, con independencia de su rango y del momento de su promulgación, en conformidad con la Constitución. Lo cual es lógico si, como ya hemos demostrado, la Constitución posee una clara supremacía en el ordenamiento jurídico del Estado. Tal interpretación de las normas, en lo que se refiere a los diversos agentes jurídicos encargados de aplicarlas, obliga no sólo a mantener su aplicación en consonancia con los diversos artículos de la Constitución de que derivan su alcance, sino también de acuerdo con los valores superiores que la Constitución proclama en su Preámbulo y en el artículo 1.º y en otros que se puedan deducir del resto del articulado. No cabe duda, pues, como ha puesto de manifiesto GARCÍA DE ENTERRÍA, que 'en este sentido habrá que entender en adelante que la indicación del artículo 3.1 de nuestro Código Civil, que ordena interpretar las normas "según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto" llama, en primer lugar, para depurar ese contexto, a la norma constitucional» (*loc. cit.*, pág. 43, con referencia a GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, págs. 97 y ss. y 102).

(205) 1.707, párrafo primero; 1.710, regla 2.ª; 1.718, párrafo primero, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y artículos 5.4, 7, 12 y 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

afirmar que también la jurisprudencia del Tribunal Supremo se convierte en fuente formal de Derecho para los organismos inferiores, en tanto en cuanto «transmite» el sentido constitucional elaborado por el Tribunal Constitucional. Y es ahora que adquieren sentido las precauciones del legislador ante un recurso que innova y que debe sopesarse con prudencia, porque se trata de que también las sentencias del Tribunal Supremo que «expanden» o «generalizan» —permítaseme la expresión— la jurisprudencia constitucional, en cuanto conformes con ésta, son ordenamiento jurídico, y por ello, no seguir las implica infracción, que justifica interponer recurso de casación.

Puede argumentarse que la reforma de la legislación rituaría es anterior a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esto es verdad por las fechas de entrada en vigor, pero no tanto como plan organizado de reforma del procedimiento, pudiendo decirse que la Ley Orgánica y la de reforma urgente (y tan *urgente*) de la Ley de Enjuiciamiento Civil no son sino dos brazos de un mismo cuerpo.

Sólo así tiene significado el artículo 5.3, que impone al Juez la «obligación» de interpretar una norma como paso previo a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, reclamo que no se le exige, naturalmente, en sus demás actuaciones como intérprete (art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Y se explica igualmente la trascendencia del artículo 5 de la Ley Orgánica como *eje* de la reforma: «... el nervio de esta reforma que se contiene en el artículo 5 —que es la obligación que se establece de que los Jueces apliquen directamente la Constitución y no solamente el resto de las Leyes del ordenamiento legislativo— (...) y (el) artículo 5.º, que, repito, es una de las piezas angulares de esta reforma —particularmente, no tengo empacho en decirlo, es lo que más me gusta de la reforma—...» (206).

En el fondo hay una razón eminentemente práctica, que explica la orientación de la reforma: dejar al Tribunal Constitucional libre de atender recursos reiterativos de lo mismo sobre lo que el Alto Organismo se haya pronunciado previamente; disponibilidad que le permite atender en los recursos que tengan por objeto la interpretación de preceptos constitucionales cuyo sentido y alcance esté aún sin precisión jurisprudencial

(206) Señor GRANADOS CALERO, Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria número 164, de 13 de noviembre de 1984, IIª Legislatura, *Diario de Sesiones*, página 7399.

o con el tiempo deban ser reorientados en su significación (207). Aparte del acto político, es claro.

Y es en esta función vivificadora y constantemente actualizadora de la Constitución —previamente, es obvio, «agotado» su sentido y alcance iniciales— que se explica elevar su jurisprudencia a fuente de Derecho.

VI. SISTEMA DE FUENTES Y LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

Cuando España carecía de sistema constitucional, escribía DE LA VEGA BENAYAS que «si el órgano judicial supremo de un país tiene la función de vigilar la uniformidad interpretativa de las normas aplicadas por los Jueces y Tribunales, para evitar los excesos o defectos en el entendimiento de la Ley (defensa del *ius constitutionis*), se habla de la función *política* —en sentido lato— del Tribunal de Casación o Supremo. Pero si al lado de ellos las Leyes procesales —como ocurre en España con la Ley de Enjuiciamiento Civil— le encomiendan la tarea más delicada de elaborar una doctrina (aunque se llame *legal*) que en la práctica ha de tener la misma fuerza que la Ley, es decir, la casación de la sentencia que la infrinja, es claro que se puede hablar ya no sólo... sino de una elaboración normativa por el Tribunal Supremo con eficacia general y vinculante, no sólo para los litigantes, sino como precedente. Que el Tribunal... pueda variar su doctrina por realismo y necesidad, por la naturaleza de

(207) Dice LUCAS VERDÚ: «... La Constitución no se explicita totalmente por el texto escrito y articulado, por el instrumento constitucional, aunque las decisiones básicas, como es natural, se encuentran en éste...» (*Interpretación*, cit., loc. cit., página 20). Y con relación a la enumeración de derechos y libertades escribe: «A primera vista parecería que en esta larga y prolija tabla de derechos se encuentran todos los actuales y posibles derechos y libertades. Con otras palabras, ¿han conseguido los constituyentes agotar su número. Su intento es ilusorio, porque el progreso cultural, económico, social y tecnológico puede suscitar pretensiones jurídicas fundamentales que merecen acogerse a la Constitución. Hace unos años no se pensó en el derecho a disfrutar y el deber de preservar el medio ambiente (artículo 45). Tampoco se imaginó que la garantía del honor y de la intimidad personal y familiar requeriría la limitación de la informática (art. 18.4). No se contempló entonces, en el nivel constitucional, la objeción de conciencia al servicio militar (art. 30.2) ni el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional. La experiencia constitucional manifiesta un sucesivo aunque lento enriquecimiento de los derechos y libertades básicos, así que los intentos de fijar una tabla de los mismos completa y cerrada es una ilusión y además una inconveniencia. Es posible que se imponga más adelante el derecho de los padres a elegir el sexo de sus hijos, el derecho a disponer del propio semen, el derecho a la fecundación artificial. Dada la dificultad de la reforma de la Constitución (arts. 166-169), sería arduo introducir estos u otros posibles derechos y libertades en el nivel constitucional» (*ibidem*, págs. 28-29). No tan arduo, vía artículos 9, 10, 15, 27, etc.

su propia función de decisor de casos, es circunstancia que no altera en nada la característica de la nueva normatividad explícita, como no altera la naturaleza legal el hecho de su derogación» (208), lo que, por el recurso a los principios generales del Derecho, le lleva a reconocer el carácter fontano de la jurisprudencia, si bien admitiendo que no se trata de considerarla como fuente formal, sino real e institucional, y rechaza el criterio de LALAGUNA, y con él tantos otros, que niegan tal posibilidad porque nunca se ha invocado en casación un principio no acompañado del texto legal que se dice infringido, para concluir tal probabilidad aunque todavía no se haya presentado como un hecho en los Tribunales (209).

El argumento de LALAGUNA (210), que todo principio debe mantener un contacto con la norma escrita para ser operativo, puede servir para dejar satisfecha a la doctrina tradicional española. Ahora bien, ¿no pueden darse principios escritos que no tengan significado alguno? Entonces, ¿qué diferencia atribuir a un principio no escrito que también tiene en absoluto ningún significado? Porque en ambos casos su vaguedad y generalidad *reclaman* la precisión. El texto escrito puede dar precisión a un principio no formulado así; pero también el texto escrito puede dejar sin esa precisión al principio en el texto recogido. En ambos casos, y es lo que importa, con el solo principio no hacemos absolutamente nada. Y si el Derecho está dado para la vida, esto es, requiere ser útil, aquel principio, en esa fase o estadio, por ser inútil, no sería jurídico. La igualdad del género humano es un principio conocido desde hace muchísimo tiempo; cabe considerarlo como un principio no formulado. Y recogido en una Constitución o texto fundamental puede cumplir la misma función que no estando recogido: ser vivificado al delimitarse su alcance o ser un artículo de lujo, porque ni como principio ni como norma recogida en su texto se hace del mismo aplicabilidad alguna. El principio de igualdad de los hombres ante la Ley, por ejemplo, es norma básica del ordenamiento constitucional norteamericano..., aunque no aparece en parte alguna de su Constitución. Se recoge en la fórmula literaria de la Declaración de Independencia, que no es parte de la Constitución norteamericana. Sin embargo, a pesar de su desconexión con un texto normativo y vinculante, ha informado las mejores líneas directrices de aquella jurisprudencia anglosajona. Numerosas Constituciones de otros países incluyen la igualdad como puerta de su articulado, pero esa igualdad no es producto de recibo y no aparece recogida, invocada, cuanto menos aplicada por los respecti-

(208) DE LA VEGA, *op. cit.*, págs. 97-98.

(209) *Ibidem*, *passim* págs. 98-100. Lo que le lleva a afirmar el carácter abierto de nuestro sistema jurídico (pág. 100).

(210) *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969.

vos Tribunales. No estriba, pues, en el modo de presentarse el principio, sino en la voluntad política de instrumentarlo, que sea o no operativo.

Es precisamente la labor de convertir el principio en norma de conducta (esto es, significar de sus probables sentidos el estimado normal) lo que convierte al órgano que asuma la función en órgano material que crea la fuente formal de Derecho, la norma. Que tal actividad la suele desempeñar en nuestro medio un 'poder (cuando no cámara) legislativo es cierto. Pero no hay razón alguna, salvo la inercia histórica, que no autorice a designar en otro órgano dicha función (211).

En nuestra tradición histórica, como en la del continente europeo en general, la función de normar se ha atribuido a un legislativo, cuando no al propio ejecutivo (autócrata, monarca absoluto, etc.), en parte por herencia del Derecho romano justiniano, es decir, como expresión del poder político concentrado en el *poder*, frente al poder del pueblo (real o nominal, es ahora lo de menos). Pero hecha excepción del peso de esta tradición, no hay otro argumento para favorecer tal fenómeno. Y sí aquella tradición explica entonces que nuestros sistemas de Derecho hayan sido de aquéllos, que se centran en el Derecho privado, pues el Derecho público, el político por excelencia, ha solido quedar fuera del Derecho y remitido a la voluntad dirigente. No fue, ni podía serlo, distinto con el advenimiento de la codificación, expresión del criterio burgués que identificó, además, sus intereses históricos con la razón natural. Lo dice, en otro contexto, LUCAS VERDÚ (212), al escribir, explicando la relevancia de nuestro Código Civil, que «el motivo es la tradición formada en la época de la codificación moderna inspirada en la ideología predominante, que consideraba al Derecho privado el núcleo esencial de la experiencia jurídica y veía al Código Civil como la Ley fundamental de una sociedad ordenada según los principios liberales».

Pues bien, la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin rechazar esa tradición, aportan la novedad de atribuir a los Tribunales, a algunos Tribunales, una función normativa, convirtiendo su jurisprudencia en fuente formal de Derecho. Porque es imperativo con el sistema elegido por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Porque como la consti-

(211) La Ley desenvuelve siempre un principio porque el principio reclama siempre la precisión normativa. «Frente a las normas que son consecuencia, aplicación o determinación respecto de una regulación concreta, los principios son su origen, su antecedente o la cantera de donde aquéllas toman sus materiales para construir el ordenamiento formulado» (DE LOS MOZOS: *Norma, principio y sistema. cit., loc. cit.,* pág. 329).

(212) LUCAS VERDÚ, P., *loc. cit.*, pág. 18, con referencia a TARELLO, Giovanni: *Le ideologie della codificazione dal particolarismo giuridico alla codificazione napoleonica*, Génova, 1969-71, y a CORRADINI, D.: *Garantismo e statalismo. Le codificazione del ottocento*, Milán, 1971.

tuyente no terminó la Constitución, introdujo ambigüedad constante en la misma, fue a asegurar para cada grupo participante su particular interés o perspectiva, es menester «terminarla», al tiempo que constantemente actualizarla. No creo un absurdo afirmar que numerosos preceptos de nuestra Norma Máxima nada dicen por sí mismos (pretendiendo decirlo todo), bien por su probable amplitud, bien por su oposición a otros preceptos de la misma Norma. Esto es, algún contenido amplio de la Constitución está solamente enunciado y es requerido traducirlo en normas. Unas veces, la traducción se hace mediante Leyes Orgánicas o Leyes (en sus diversas modalidades previstas). Otras veces, por designio de la Ley Orgánica del Poder Judicial en conexión con la Constitución misma, es concebida como función estricta y esencialmente judicial.

Atribuida, en efecto, tal función al Tribunal Constitucional, se explica que sus sentencias sean entonces vinculantes, pero no ya por el efecto práctico de agotarse en el Organismo la instancia, sino porque tales sentencias están investidas de la condición de norma de Derecho (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Ahora bien, el Tribunal Constitucional interpreta la Constitución, pero no adjudica derechos (aunque como consecuencia de sus pronunciamientos, sobre todo en trámites de amparo, la adjudicación sea consecuencia imperativa de la función hermenéutica). Cuando fija el sentido de un principio constitucional lo hace normativo, es decir, determina en su orientación qué sentido dar al principio, a diferencia de cuando interpreta una norma constitucional (v.gr., art. 162.1, *b*), de la Constitución acerca de qué es *interés legítimo* a efectos de la legitimación para interponer recurso de amparo), en que cumple la ordinaria función jurisprudencial.

Y al fijar el sentido de un principio constitucional también señala a los demás Tribunales cómo debe aplicarse en los casos que ante éstos surja el correspondiente principio. Con su interpretación, el Tribunal Constitucional aporta el *genérico supuesto de hecho* de que el principio adolece por definición; genérico supuesto de hecho que funciona como hipótesis general y abstracta respecto de las situaciones particulares en que han de entender los otros Jueces y Tribunales. Se aproxima bastante, aunque no se identifique, esa interpretación a la *Rule* anglosajona. Pero, sobre todo, se integra como norma en el resto del ordenamiento, siendo competencia del Tribunal Supremo casar la sentencia del Juez o Tribunal que infrinja esa norma jurisprudencialmente determinada, porque para ese Juez o Tribunal, así como para el Tribunal Supremo, dicha norma jurisprudencial le vincula total y absolutamente (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial nuevamente).

Cuando DE LA VEGA defiende el carácter de norma material para la jurisprudencia se encarga de señalar: «repetimos, para terminar, que esta norma no es una norma ortopédica. Si la Jurisprudencia es fuente lo ha de ser en su condición propia: dinámica, progresiva y cambiante. Lo que parece una contradicción entre norma (seguridad jurídica) y cambio no es más que la realización institucional del Derecho judicial y en concreto de la Jurisprudencia: 'adapta las leyes a la realidad social de cada momento histórico', interpreta y aplica las normas jurídicas y, en su caso, obtiene del orden jurídico, con la utilización de criterios objetivos, la solución de nuevos problemas y casos. Este es el fundamento del mandato no imperativo de la Jurisprudencia. Institucionalmente, sería ilegal —de ser imperativo— porque atentaría contra la independencia del Juez. Pero éste, mientras el caso no postule otra nueva directriz (. .), seguirá, por su autoridad propia, la regla que la Jurisprudencia ha fijado» (213).

Bien, algo ha cambiado con la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que por ello se rechace el argumento del prestigioso Magistrado.

La función de la Jurisprudencia constitucional, así, con mayúscula, adquiere carácter imperativo, sin que sea por ello ilegítima ni atentadora, no empece su obligatoriedad, para la independencia y libertad del Juez o Tribunal inferior en su actividad de intérprete. Porque todavía le corresponde a éste —y es su función natural— contrastar (esa «subsunción») la situación fáctica concreta con la hipótesis genérica de hechos que la sentencia del Tribunal aporta para hacer útil el principio; está sujeto, sí, pues su actividad no es arbitrio caprichoso, por la dialéctica de los hechos-norma, porque esa genérica hipótesis fáctica que la sentencia constitucional ofrece respecto del principio o valor constitucionalmente declarado (artículo 7.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), no le permite al Juez apartarse del *hecho básico genérico*; pero, naturalmente, le posibilita apreciar la relación entre éste y los hechos concretos del caso. Lo que no debe nunca es sustituir la relación hecho del caso y hecho básico genérico ínsito en la sentencia constitucional. Por eso es vinculante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no como sentencia que congela un significado, sino como vehículo traductor de los valores y principios: éstos *deben entenderse* conforme al sentido «que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional» (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), que no inhabilita al Juez o Tribunal en su función. Y es que el Juez del caso concreto debe usar de esa interpretación constitucional del modo con que usa de la Ley. La Ley Orgánica no le aparta de la

(213) DE LA VEGA, *op. cit.*, pág. 103, con referencia a SILVA MELERO: *Discurso de apertura de los Tribunales 1974*, pág. 27.

aplicación de la Constitución, muy por el contrario, le incita, le invita y, finalmente, le obliga a ello. Cabe, obviamente, que el Juez capte en la jurisprudencia constitucional un sentido que no sea el propio, porque usa su libertad hermenéutica (art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), sentido que, sin embargo, se impondrá como propio del ordenamiento por efecto de la casación (art. 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Pero no dándose tal circunstancia, también ese Juez o Tribunal contribuye a la constitucionalización del sistema, incluso proponiendo con su particular sentencia un sentido dinámico, progresista y cambiante, en apoyo de la línea y del esfuerzo del Tribunal Constitucional. Lo que no puede hacer es ir más allá o venir más acá del sentido posible dado al principio en la sentencia constitucional. Diríamos, parafraseando a CARDOZO, que los Jueces y Tribunales «de movimientos en grande están limitados a movimientos moleculares» (214). No se les impide incluso ir más allá: dado que la Constitución vincula a todos los Jueces y Tribunales, mientras que el Tribunal Constitucional no se haya pronunciado, puede hacerlo el órgano inferior; porque si su sentencia es correspondiente con los principios y preceptos constitucionales (y nunca incongruente con la línea que objetivamente considere que sería la propia del Tribunal Constitucional), nada le impide intervenir en la constitucionalización del ordenamiento jurídico: es su derecho y es su deber (arts. 5.3, 7 y 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Valga decir que al Tribunal Constitucional le corresponde fijar la *estructura* del ordenamiento constitucionalizado y al resto de los órganos jurisdiccionales a proceder a erigir el edificio. Y allí donde falte una crujía pueden intentar ponerla siempre que, naturalmente, se manifieste su coherencia con el resto del edificio, que dotará a éste de plenitud (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Por eso, sentencia del Tribunal Constitucional y *Rule* anglosajona, aunque parecidas en alguna de sus funciones, corren por caminos distintos. La sentencia del Tribunal Constitucional no es, como la sentencia anglosajona, *res iudicata* al tiempo que *precedente*, por demás —se dice— abierta a las nuevas exigencias. Como ya he indicado en otro lugar (215), «es grave la contradicción aquí encerrada. La sentencia anglosajona parte de considerar el *common law* como previa costumbre de la tierra, que solamente se conoce mediante el fallo (lo que es un éxito de la concreción y un rechazo de aquella afirmación axiológica), lo cual supondría que ese

(214) CARDOZO BENJAMIN, N.: «Nature of judicial process», en *Selected Writings*. Ed. Mathew and Bander, 1947, reimpresión 1977.

(215) VÁZQUEZ BOTE: *Sentido inicial*, cit., loc. cit., pág. 475.

common law debiera ser seguido por el Juez, impidiéndole, por tanto, la labor de elaboración o construcción jurídica, quedando su tarea limitada a la aplicación (216). Pero al invocarse el precedente se reclama la inalterabilidad del fallo respecto de esa norma preexistente, lo que lleva a que el precedente sea una simple excusa y no fuente de Derecho de otra sentencia posterior, o a admitir un mecanicismo rígido, nunca conocido en el Derecho europeo continental. La conclusión imperativa sería que la *res iudicata* impide el precedente concebido como instrumento de conceptualización o construcción jurídica, conceptualización que sólo es posible en la fase de aplicación de la norma, que, no obstante, se rechaza por el jurista anglosajón. Es verdad que en POUND hay una intención conceptualista, pero no profundiza, limitándose a señalar grandes líneas generales. En LLEWELLYN y en FRANK desaparece todo intento de mínimo conceptualismo, al pretender identificar hecho y Derecho. Así, los *leading cases*, que son conceptualización que impele a renovar el sistema, quedan fuera del Derecho, aunque sean los que permiten averiguar el futuro fallo probable. Por lo demás, la identidad hermenéutica es total» (217).

(216) Naturalmente, no es así. «El precepto moderno del sistema continental ha de ser 'aplicable', es decir, precisado en su alcance y modo de operación por medio de criterios que un cuerpo de funcionarios ha de establecer, en forma probable, como dados o no dados. Ya aquí aparece la distancia que separa el concepto continental de 'norma' del angloamericano de *rule*: en ésta el Juez no es un funcionario a los efectos de una acción burocráticamente organizada. En la terminología de Max WEBER tendría las notas de una forma de soberanía tradicional, no las de una forma burocrática. Esto basta para explicar la razón de que para el pensamiento jurídico continental la diferencia entre principio y norma posea un alcance mucho mayor que, para la concepción del *common law*, la distancia entre *principle* y *rule* (ESSER: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho*, cit., pág. 66).

(217) Con la precisión que le caracteriza destaca BETTI: «...reconoce a este propósito ROSCOE POUND una esencial diferencia entre la técnica interpretativa de los códigos basados en el Derecho romano y la propia del Derecho anglosajón. Donde las máximas o criterios base (*grounds or guides*) de la decisión deben basarse en leyes escritas (*statutes*) o en decisiones judiciales anteriores (*reported*). Aquí el interpretar un precepto jurídico a aplicar se concibe, por una especie de mito antropomórfico, como un volver a encontrar el entendimiento en la *mens* (*finding out of the meaning*) de un 'legislador' que se supone y postula análogo a un JUSTINIANO (típica concepción decisionista, SCHMITT: *Ueber die drei Arten d. rechtswiss. Denkens*, 24-29). En este sistema una Ley escrita suministra únicamente reglas o máximas (*rules*), esto es, determinados tipos de situaciones de hecho, lo que no es parangonable a un artículo de un Código que pueda ser utilizado como punto de partida para argumentar la máxima de decisión. De esto deriva que en el sistema anglosajón, en defecto de Ley escrita, se debe hacer referencia al cuerpo de las decisiones, ya para encontrar una exactamente adaptada al caso, ya para hallar un principio a adoptar como punto de partida de la argumentación. Pero —y ello es característico de la concepción anglosajona— este proceso heurístico orientado a encontrar el Derecho en las decisiones precedentes no se califica como 'interpretación'. Ciertamente, ambos procesos son idénticos en el fondo: a) el proceso de recabar, mediante desarrollo analógico del texto de un código, el precepto

Hay, no obstante, cierto paralelismo entre el modo de actuación de un Alto Tribunal anglosajón y el de nuestro Tribunal Constitucional, luego de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y quizá no sea impertinente, salvadas las distancias técnico-jurídicas, pensar en la introducción dentro de nuestro sistema jurídico de una operatividad característica de un sistema de *common law*, representado en nuestro caso, *mutatis mutandis*, por la Constitución (218).

Pero hay también otro cambio más importante, derivado de la reorientación relativa del sistema jurídico ante la aparición de la Constitución, desplazando al Derecho privado como nervio esencial del sistema para ocupar su lugar el Derecho público. Pasa siempre que la preocupación por las personas y sus libertades toma importancia, porque esas personas y esas libertades peligran, así en el ámbito atribuible a los delitos (primacía del Derecho penal) como en el de la cotidiana lucha por el propio respeto (primacía del Derecho político). Jueces y Tribunales deben tomar parte en esa preocupación porque son personas, pero también garantes de un sistema que ofrece la probabilidad de que así se haga. Tienen sentido las palabras del señor Ministro de Justicia, cuando defendía el Proyecto de Ley como expresivo de sustentar una *democracia judicializada*, al indicar: «Pues bien, añadido ahora que si la *praxis* demostrara que los Jueces no afrontan esa función de asumir la defensa del sistema democrático, desde luego yo sé que no ocurrirá, pero si ocurriera en algún caso

a aplicar, y b) el proceso de desarrollo analógico de un precepto del cuerpo de las decisiones precedentes. Pero los anglosajones rechazan la aplicación analógica de los textos legislativos (*statutory*), ya que los textos codificados (*codifying statutes*) no hacen a lo sumo más que declarar (esto es, interpretar los mismos textos, como podría hacer un texto refundido) criterios de decisión y vienen integrados (*eked out*) mediante referencias complementarias a las causas decididas o a los supuestos concretos. Y así parecen del todo distintos y separados: a) el proceso heurístico de recabar un principio de las decisiones jurisprudenciales dotadas de autoridad. Sólo allí donde una decisión o una jurisprudencia uniforme no hace otra cosa que fijar una regla o una máxima para un tipo definido de situaciones de hecho, el proceso lógico parece comparable a la técnica de encontrar una máxima de decisión en un texto escrito (*statute*). Esta diferencia de mentalidad entre nosotros y los anglosajones no hay que perderla de vista» (BETTI: *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, trad. De los Mozos, Madrid, 1959, págs. 125-126, nota 91 a la pág. 95).

(218) O quizá simplemente la propuesta de ZEILLER que indica PUIG BRUTAU ante el fenómeno de las cámaras legislativas del actual Estado capitalista (sin excluir al llamado Estado socialista) de su escaso interés por el Derecho: «La propuesta de ZEILLER tiene (el) carácter y consiste en dar una facultad de interpretación vinculante a un nuevo organismo administrativo judicial. La nueva institución debería impartir doctrina jurídica en abstracto y sus opiniones serían vinculantes una vez publicadas... Si una pretendida interpretación en realidad va a modificar un texto legal, esta modificación se haría sin posibilidad de la revisión parlamentaria, aunque es verdaderamente lo que ya sucede en cuestiones de Derecho civil» (PUIG BRUTAU: *Introducción*, cit., pág. 191).

no sería porque la Ley Orgánica del Poder Judicial, si se aprueba en los términos que contiene el Proyecto, no se lo permitiera» (219), al menos en el punto que aquí me ocupa.

Por consecuencia de todo lo dicho, creo que pueden sentarse las siguientes conclusiones:

a) El sistema de fuentes determinado en el artículo 1.1 del Código Civil, que es parte del ordenamiento constitucional por remitirse al mismo la Norma Máxima (art. 9.3 de la Constitución), enuncia una jerarquía de fuentes, Ley, costumbre, principios generales del Derecho, que ha sido modificada por imperativo de la Constitución misma.

b) Esa jerarquía de las fuentes queda establecida del siguiente modo:

1. Principios constitucionales informadores del entero ordenamiento jurídico, algunos de los cuales se contienen y manifiestan en la Constitución como enteramente abiertos.

2. Constitución Española.

3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto formuladora del sentido de los principios constitucionales y de la propia Constitución.

4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo que, conforme a las directrices que resulten de la interpretación constitucional de los preceptos y principios constitucionales, señale el sentido y significado de la Constitución y sus principios.

5. Ley constitucional.

6. Costumbre constitucional.

7. Principios generales del Derecho en función subsidiaria.

Las otras manifestaciones de la jurisprudencia siguen complementando el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo al interpretar el ordenamiento jurídico.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

(219) Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 164, de 13 de noviembre de 1984, II Legislatura, *Diario de Sesiones*, pág. 7366.

La dación en pago

Si por acto solutorio entendemos «la realización efectiva y verdadera de la prestación comprometida en el momento constitutivo de la relación obligacional», tesis, por otra parte, compartida por las doctrinas científica (nuestra y extranjera) y jurisprudencial (1), refrendadas dichas creencias por los artículos 1.157 y 1.166 del Código Civil, *devendrá* como lógica toda afirmación que niegue a la *datio in solutum* el mérito de estricto pago o cumplimiento, alcanzando tal consideración incluso a aquellas doctrinas que han querido atribuir al citado instituto la virtualidad de «especial forma de pago». Nuestro razonamiento, en el campo probatorio, goza de las licencias conferidas a quienes, en busca de conclusiones, creen que es indispensable que entre el hecho demostrado (que el pago es la prestación de aquello mismo que se debe) y aquel que se trate de deducir (que la dación en pago no es una verdadera manera de cumplir) haya un enlace preciso y directo según las reglas de criterio humano (2).

La institución que nos proponemos estudiar no puede ser calificada, *de initio*, como de instrumento válido para que por su mediación se opere sin más una sustitución del pago; es necesario que experimente un proceso preparatorio previo (3), a virtud del cual adquirirá definitiva esencia para la función sustitutoria del pago que la civilística viene asignándole. En la *in solutum datio* hace méritos el acto preparatorio cuando deudor y acreedor deciden modificar lo que es objeto del contenido de la obligación, derogando el principio de identidad de la prestación, que se contiene en el artículo 1.166 del Ordenamiento civil. *aliud pro alio invito creditores solvi non potest*, y gozando del amparo del artículo 1.255 del Código Civil para realizar aquella operación jurídica de naturaleza novatoria, cuya nota le viene atribuida en base al artículo 1.203, número 1.º,

(1) Cfr. la Sentencia de 12 de marzo de 1924 que al respecto sienta: «el pago es la prestación de aquello mismo que se debe...».

(2) Cfr., al filo de nuestro pensamiento, el artículo 1.253 del Código Civil.

(3) Cfr. Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Madrid, 1979, págs. 651-652 y 654-655.

del Código Civil. También en la *cesión para pago* las partes de la relación deciden variar lo que es objeto de la prestación, y la cambian por bienes o derechos del deudor, siendo así que es denominador común de ambas figuras la cesión de un *aliud pro alio* y, como dice BELTRÁN DE HEREDIA, en este dar algo distinto de lo pactado reside su semejanza. Acabados, pues, los respectivos negocios jurídicos, supuestos los requisitos esenciales (artículo 1.261 del Código Civil) y las capacidades para las obligaciones de dar, a que hace referencia el número 1.º del artículo 1.160 del propio texto legal, se estará en la ocasión, tanto en la *datio pro soluto* como en la *pro solvendo*, de poder realizar una *prestazione o una cessione di un credito in luogo dell'adempimento* (arts. 1.197 y 1.198 del vigente Código Civil italiano); idea, la que se postula en el Ordenamiento italiano, que la traemos aquí como ejemplo de otra realidad funcional de la institución de referencia y que por su propia naturaleza desempeña un papel de «instrumento supletorio del cumplimiento» (4). Las analogías que los institutos guardan entre sí merecen la consideración del Derecho mientras las conversaciones preparatorias o período *in contrahendo*, pues en aquella fase los intereses giran en torno de una posible entrega y consiguiente recepción (entre deudor y acreedor o acreedores) de un *aliud pro alio* para, en definitiva, modificar lo que es la prestación debida en base a una obligación preestablecida. Perfeccionado el acuerdo, cuál sea la forma en que se haya celebrado (art. 1.278 del Código Civil), siempre que en él concurren las condiciones esenciales para su validez (art. 1.261, aunque por analogía, y en relación al núm. 1.º del 1.160, todos del Código Civil), aflorará la esencia que denunciará su naturaleza y por ésta reconoceremos las profundas diferencias que separan a la dación en pago de la cesión para pago, por lo que la producción de los efectos respectivos, de una u otra construcción jurídica, determinarán la eficacia solutoria que en sustitución del pago se proponen las figuras en cuestión, pues el resultado extintivo de la relación, cuando se produzca, no dependerá de la eficacia del instituto en presencia, sino del puro mandato legal (art. 1.156, núm. 1.º, del Código Civil).

Por medio de la *datio in solutum*, empero, la obligación se extingue; naturalmente que previo el acuerdo, o en unidad de acto, de la variación del objeto de la prestación, en el sentido de que ésta se entregará o entrega en sustitución del pago o en «lugar del pago», dice el número 1.º del parágrafo 364 del Código Civil alemán. Los efectos que al cumplimiento le asigna la Ley no se producirán, en la *in solutum datio*, entretanto no

(4) Cfr. VON TUHR: *Tratado de las obligaciones*, tomo II, trad. esp. de W. Roces, Ed. Reus, 1934, pág. 11.

sea efectiva y real la dación del *aliud pro alio* (5). Al contemplar las consecuencias que se operan con la *cessio pro solvendo*, y con miras a la satisfacción de los intereses de los sujetos de la relación, al amparo de lo establecido en el artículo 1.175 de nuestro Código, resulta que la *datio* para pago sólo supone un encargo para que el acreedor o acreedores liquiden el activo que con este objeto se cede, se repartan lo percibido y si quedase un sobrante hagan entrega de éste al deudor. En el probable supuesto de que no se haya obtenido de la liquidación lo suficiente, el obligado sólo quedará libre de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos, y desde el momento temporal en que recibió su prestación, de lo que es de advertir que en el ínterin (desde la cesión a la percepción de su producto) no se produjo para el acreedor satisfacción alguna con respecto a su crédito (6), pues es también una propiedad de la *cessio pro solvendo*, entre otras, que la distinguen de la dación en pago, la de que sea necesaria la verificación de la prestación, que se da como sustitutivo del cumplimiento para que se produzca la satisfacción del acreedor y consiguiente liberación del deudor, en el mejor de los casos por el todo, en la generalidad de las ocasiones, dada su génesis traumática, por una parte y con sólo el beneficio que a tales circunstancias les confiere la regla 2.ª del artículo 1.175. al consignar que «esta cesión sólo liberará a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos», en definitiva, por el importe que el acreedor o acreedores hayan obtenido de una diligente gestión liquidatoria. Se infiere como cierta la tesis distintiva de las figuras que hace PUGLIATTI, y que fue recogida por Carlos R. FERNÁNDEZ, al advertir que en la *in solutum* el sucedáneo del pago se realiza por el obligado directamente y, sin embargo, en la *datio pro solvendo* sólo es del deudor la iniciativa, la realización lo es del titular del derecho de crédito. Otras son las características, ya lo hemos dicho, que separan a los institutos, tales como la transmisión de la propiedad de los bienes o créditos, por méritos de la primera de las instituciones,

(5) Cfr. R. BERCOVITZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, pág. 112; M. ALBALADEJO: *Derecho Civil*, II, 1.º, Barcelona, 1983, 7.ª ed. publicada por Ed. Bosch; SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, tomo IV, Madrid, 1899; Luis Díez-PICAZO, *ob. cit.*, pág. 653 (núm. 789); Carlos R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Naturaleza de la dación en pago», *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre 1957, página 754, «en la *datio* la obligación se extingue merced a la realización del *aliud*»; Juan LATOUR BROTONS: «Notas sobre la dación en pago», *Revista de Derecho Privado*, 1953, págs. 625 a 638; Denise LÉOTY: «La nature juridique de la Dation en paiement», *Revue Trimestriale de Droit Civil*, 1975, págs. 12 a 46, entre otros autores.

(6) Cfr., en igual sentido, artículos 1.977, 1.982 y 1.984 del novísimo Código Civil italiano y a GAMBON ALIX: «Notas sobre la naturaleza jurídica del contrato de cesión de bienes», *Revista de Derecho Privado*, 1962, págs. 1058 a 1073.

a diferencia de la cesión para pago, que por su mediación sólo se opera un negocio autorizativo por el que se legitima a los cesionarios para realizar operaciones de disposición, en su propio interés y del cedente, con referencia a los bienes de éste, en cuyo sentido lo manifiesta Díez-PICAZO (7), y, a nuestro juicio, es coincidente su pensamiento con la Ley 1.ª de la Partida V y Título XV (8).

La doctrina jurisprudencial ha realizado un meritorio esfuerzo en el campo de la distinción de las figuras (aun a pesar de sus aparentes analogías), y cuyos trabajos le han venido impuestos por la fuerza de dar soluciones prácticas a las cuestiones que han venido siendo sometidas a su consideración; al filo de la ocasión nuestro Alto Tribunal ha trazado adecuados perfiles entre la *cessio* en pago y la que se destina para cumplir. Los efectos que se producirán, por razón de la incidencia en la relación, cuál sea de las dos instituciones la que haya de sustituir al pago, han servido de punto de referencia al Tribunal Supremo para sentar que la *datio in solutum* produce automáticamente la extinción de la obligación y, sin embargo, la *datio pro solvendo* sólo liberará al deudor de su responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Las Sentencias de 11 de mayo de 1912, 9 de enero de 1915, 23 de mayo de 1935, 9 de diciembre de 1943, 13 de marzo de 1953, 14 de octubre de 1960, 1 de marzo de 1969, 14 de diciembre de 1965 y 16 del propio mes de diciembre de 1966 de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo son las que reflejan, en su mayor medida, la inquietud jurisprudencial por la diferenciación de las figuras, clarificando de esta manera las reglas 1.ª y 2.ª del artículo 1.175 del Código Civil, que, sin duda, adolecen de una neta distinción de los institutos que se contienen en las citadas reglas, lo que coadyuvará a las frecuentes confusiones acerca del alcance de una y otra institución (9). Las consecuencias de una indiscriminada consideración institucional de aquellas importantes figuras hubieran provocado cancelaciones y sobrevivencias de relaciones obligacionales, genéricamente consideradas, con bases a criterios subjetivistas y, por ende, lejos siempre de la consecución del equilibrio de los intereses de las partes, a cuya empresa dedica sus miramientos el Derecho. Oportuno, pues, será citar aquellos dos Acuerdos del Tribunal Económico-Administrativo Central (10) de 2 de abril de 1965 y 30 de octubre de 1969, que advierten de la importancia

(7) Cfr. *ob. cit.*, pág. 655.

(8) Cfr. Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, tomo 4.º, 3.ª ed., Madrid, 1877, que en esta ocasión y por tal motivo cita la Ley referenciada de nuestro Derecho histórico, pág. 114.

(9) Cfr. Rodrigo BERCOVITZ, *ob. cit.*, pág. 223.

(10) Cfr. José PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo I, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, págs. 349 a 350.

de la distinción de la *in solutum* con referencia a la *pro solvendo* en el campo de las obligaciones fiscales, lo que confirma la amplitud socio-económica de la discriminación de institutos.

Relacionar las dos instituciones mencionadas para así mejor diferenciarlas ha sido acierto de las doctrinas científica y jurisprudencial, sin que al respecto pueda hacerse la propia afirmación en lo que hace referencia a la construcción jurídica de ambas figuras, que amén de no existir connivencia entre doctrina científica y jurisprudencia, no se produce ni siquiera asentimiento entre ideas del mismo campo doctrinal al que pertenecen (científico o jurisprudencial). Las razones que en el terreno práctico podrían aducirse para excusar la falta de rigor científico de la doctrina jurisprudencial, que versa sobre la problemática, podría encontrarse «en la exigencia de dar soluciones prácticas antes que fijaciones doctrinales o teóricas» (Sentencia de 13 de mayo de 1983). Aunque realista el pretexto, no empero elemento edificante de una verdadera naturaleza jurídica de cada uno de dichos institutos sustitutivos de lo que hubiera sido un pago estricto. Corresponderá, pues, a la doctrina científica, ajena a la responsabilidad de las cuestiones de orden práctico y diarias, construir cuál haya de ser la verdadera naturaleza de la *datio in solutum* y *pro solvendo*, tarea científica que reclama esfuerzo para con ella fijar con precisión los efectos de una y otra figura, desterrando las necesidades pragmáticas como todo argumento de fijación de esencia y efectos de una figura jurídica, creando así la inseguridad del caso y en beneficio de una permisibilidad ambulatoria en lo concerniente a la naturaleza de las instituciones, que en modo alguno redundará en la necesaria confianza que reclama el Ordenamiento jurídico y a la que los ciudadanos de los modernos Estados aspiran. En relación, pues, a la tarea de consolidar una tesis de pensamiento singular es a lo que en adelante dedicaremos nuestro trabajo, con la pretensión de enmarcar a la *in solutum datio* en el campo de las convenciones novatorias por variación de su objeto (11).

I

a) *Concepto*.—Cuestión previa a la fijación de la noción del instituto ha de ser el definitivo asentamiento conceptual de lo que es el pago. Ello comporta la afirmación de que se trata sencillamente del cumplimiento de la obligación que el deudor y acreedor dejaron establecida. Tiene su efectiva materialización cuando el deudor entrega la prestación que

(11) Cfr. los artículos 1.166 y 1.175 de nuestro texto legal civil, respectivamente.

adeuda, significando aquel comportamiento la actuación, como dice BARASSI (12), del contenido de la relación, y en su virtud se produce la satisfacción del interés activo y la consecuencia cancelatoria del vínculo obligatorio, efecto preordenado por la norma (núm. 1.º del art. 1.156 del Código Civil) y elevado al rango de *fin* necesario para la consecución del interés pasivo. Concebida así, pues, la *solutio* resulta esencial la observancia de lo dispuesto en el precepto 1.157 de nuestro Ordenamiento civil, y atentatorio, *a contrario sensu*, al principio de la identidad de la prestación, consagrado por el artículo invocado, en relación con el 1.166 del propio cuerpo legal; cuál otra diferente manera de afrontar el compromiso de pagar, tesis, la nuestra, de corriente científica y jurisprudencial mayoritariamente compartida, que por su propia consistencia niega virtualidad a las que, al amparo y ocasión de no ser decisiva la enumeración propuesta por la «disposición general» que abre el Capítulo IV (del Título I del libro IV), y en tal dirección tenerlo reconocido el Tribunal Supremo (Sentencia de 5 de diciembre de 1940), pretenden introducir por aquella vía nuevos modos extintivos de la obligación, por la sola razón del parentesco que puedan guardar con el pago (13), olvidando al efecto el papel de instrumento supletorio de éste, función que a la dación en pago le atribuye, entre otros, VON TUHR. Será, en todo caso, por el cauce del negocio novatorio por el que se podrá reemplazar al cumplimiento, entregando, haciendo o no haciendo cosa o prestación diferente de la que se debía, sobreviniendo desde entonces los efectos y consecuencias que le son propias al pago.

Explanada convenientemente la noción de un cumplimiento estricto de la obligación, y advertido el lector de los riesgos que podrían surgir en demérito de la nitidez de la figura del pago, será oportuno configurar el *concepto* de la *in solutum datio*: «es el acto por virtud del cual el deudor, *de sus libres voluntades*, realiza, a título de pago, una prestación diferente de la que *adeudaba* al acreedor, el cual consiente recibirla en sustitución de la que le *era debida*». La doctrina científica (14), nacional y extranje-

(12) Cfr. La *Teoria generale delle obbligazioni*, tomo I, págs. 813 y ss.

(13) Cfr. J. LATOUR BROTONS, *ob. cit.*, pág. 628, que sostiene pensamiento en contrario al que dejamos consignado y que se refiere al cometido de subrogado del cumplimiento que atribuimos a la *datio in solutum*.

(14) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español, común y foral*, tomo III, 9.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1958, pág. 297; BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, página 258; DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, págs. 651-652; RODRIGO BERCOVITZ, *ob. cit.*, páginas 105-106; PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, págs. 346 a 348; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, págs. 753 a 756; BARASSI, *ob. cit.*, tomo III; POLACCO: *Della dazione in pagamento*, Padova, 1888; GIORGI: *Teoria de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. VII, trad. esp., Madrid, 1912; ENNECCERUS-LEHMANN: *Tratado del Derecho Civil*, tomo II, 1.º, págs. 319 y ss., y KARL LARENZ: *Derecho de Obligaciones*,

ra, y la jurisprudencia (15) apoyan la concepción de la cesión en pago que proponemos; pero es del mayor interés resaltar que la *datio solutoria*, cuya concepción hemos descrito, no tendría el apoyo de los ordenamientos civiles, propio y ajenos, si antes del acto de cesión del *aliud pro alio* no se hubiese operado un negocio que, a virtud del acuerdo de las voluntades del deudor y del acreedor, hubiese posibilitado la operación sustitutoria de la prestación, *in luogo dell'adempimento* (art. 1.197 del Código Civil italiano de 1942), lo que pone de manifiesto la naturaleza novatoria de la convención, que ha tenido como propósito variar el contenido de la originaria relación obligatoria, y que por medio de su actuación se operará el *aliud*, que devendrá como el sucedáneo de lo que hubiera sido el pago en la anterior situación, pues resulta evidente que aquella prestación realizada no es exactamente lo que se debía.

En lo concerniente a la extensión de la institución no es pacífica la doctrina, pero una creencia mayoritaria opina que la *datio in solutum* ha de ser entendida en sentido amplio y desdibujado. Al efecto, la nueva prestación puede ser objeto de la transmisión de una determinada cosa, de la cesión de un *derecho*, de lo que pueda ser *un hacer o un no hacer*, en definitiva, pues, la nota característica habrá de ser la distinta naturaleza de la prestación constitutiva del *aliud* en relación a la que *ab initio* se adeudaba; la visión de amplitud de la figura la hemos dejado expresada al concretar el concepto que nos merece, abundando en esta dirección el número 1.º del párrafo 364 del BGB, artículos 1.197 y 1.198 del vigente Código Civil italiano, y escritores que han estudiado la problemática, tales como, por citar algunos, Carlos R. FERNÁNDEZ, PUIG PEÑA, BELTRÁN DE HEREDIA, DE DIEGO, SÁNCHEZ ROMÁN, CASTÁN, LATOUR, GIORGI, VON TUHR, ENNECCERUS, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, etc. Los profesores PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER, anotadores que fueron de ENNECCERUS, en connivencia con la tesis amplificadora de la institución, afirman que hasta puede el deudor asumir, frente al acreedor, una nueva obligación en lugar del pago (16) y que, naturalmente, puede ser

tomo I, trad. esp. de Santos Briz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, página 418.

(15) Cfr. las sentencias, entre otras, citadas en las páginas que nos preceden y son de conveniente estudio; además, y al respecto, los Acuerdos del Tribunal Económico-Administrativo Central de 2 de abril de 1965 y 30 de octubre de 1969 (ambos textos citados, con acierto, por PUIG BRUTAU en la obra citada, págs. 349 a 350).

(16) En el presente supuesto y en presencia de una duda no ha de entenderse que el deudor asuma la obligación en lugar del *Erfüllung*, sino que, en opinión de ENNECCERUS, como *pro solvendo* (cfr. núm. 2.º del párrafo 364 del Código Civil alemán). Es conveniente la confrontación, al propio fin e igual dirección, de las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1947 y de 9 de diciembre de 1943 (citadas por LATOUR en la pág. 627, nota 9, del trabajo nombrado).

objeto de la dación en pago la cesión de un crédito contra tercero (17) y en función solutoria, o en lugar *dell'adempimento*, en terminología del artículo 1.198 del texto legal italiano. Emilio BETTI (18), al hacer expresa referencia a la *cessio pro soluto* y a la *pro solvendo*, advierte de las diferentes configuraciones dogmáticas a que recurren la una y la otra figura, en función, la primera, de su eficacia solutoria, y la segunda, de su natural tendencia a la consecución de aquélla, sin que en ocasiones el éxito sea seguro, y ello por la fuerza de las circunstancias, a que hace referencia la regla 2.ª del artículo 1.175 de nuestro Código Civil, que hace depender del buen fin de la *cessio* la propia liberación del deudor. BETTI recuerda, para el caso de la cesión de un crédito para pago, el mecanismo de la autorresponsabilidad del cesionario, recogida por el legislador italiano en el número 2.º del artículo 1.267 del Código. Precepto extranjero que aun guardando las correspondientes diferencias con el artículo 1.170 del Código Civil español, no por ello son de resaltar las coincidencias del número 2.º de aquel artículo italiano con la parte 2.ª del párrafo 2.º del citado precepto de nuestro Código Civil, y en lo que hace cuestión al modo de sancionar la negligencia o culpa del cesionario en el desempeño de la misión de realizar los bienes o derechos cedidos y poderse hacer efectivo su crédito por todo o en parte.

Por razones de sistemática hemos aguardado para el final de este apartado la referencia a cuál sea la mención y regulación que el Código Civil hace del instituto que examinamos. Es bien cierta la afirmación de Díez-PICAZO, por todos, en el sentido de que nuestro Ordenamiento no regula específicamente la *in solutum datio* (19), pero no lo es menos la constatación de su admisibilidad legislativa: artículos 1.521; 1.536, número 2.º; 1.636, párrafo 1.º; 1.459, párrafo 2.º del número 5.º y 1.849, todas dichas reglas son extraídas de entre el articulado que conforma nuestro primer Código, amén de otros preceptos que se contienen en textos

(17) Cfr. el artículo 1.849 de nuestro Código Civil, pues de su redacción se infiere que el texto legal se hace suya la concepción amplificadora de la *datio in solutum* al referirse al supuesto de que el acreedor acepte voluntariamente un inmueble u otros *cualesquiera efectos* en pago de aquella deuda originaria.

(18) Cfr. *La teoría general de las obligaciones*, tomo II, trad. esp. de José Luis de los Mozos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, págs. 241 a 244.

(19) Creemos que mientras dure la vida del negocio, causa de la variación de su objeto, le será de aplicación, por analogía, la normativa de la contratación, artículos 1.254 a 1.313, comprensivos del Título II del Libro IV, y en lo concerniente al *acto* con fines solutorios, sustituyendo al pago, o sea la realización de la *datio* y consecuencias que ésta pueda producir, procederá el recurso a los preceptos que regulan la temática del pago estricto (arts. 1.157 a 1.181), y en la hipótesis de una *cesión en pago* y cuya prestación fue por *error* indebidamente entregada o realizada se estará a lo dispuesto en la Sección 2.ª del capítulo I del Título XVI del Libro IV (arts. 1.895 a 1.901).

diferentes, y de aquellos casos, muy frecuentes por cierto, como dice LATOUR BROTONS (trabajo citado, págs. 631 a 633), en los que el Código Civil se refiere a las adjudicaciones en pago, denominación que, a juicio del citado autor, habría de quedar reservada para las ocasiones que impliquen adquisición de la propiedad por acto de Estado; no haciendo nosotros hasta ahora ninguna mención al beneficio de la *datio in solutum* que el Derecho de Roma otorgaba al deudor, como excepción (20), y hoy en el olvido, a pesar de su realidad legal, pues queremos ver en nuestro Ordenamiento, además de la pervivencia de la dación en pago convencional, el mantenimiento, aunque en contadas ocasiones, del *beneficium* de la dación en pago, que comporta la extinción de la relación mediante la realización del *aliud* sin acuerdo de las partes (*solvens-accipiens*).

Es afirmación dotada de suficiente rigor la que sostenga que «de un somero examen del artículo 1.166, número 2.º, en relación al párrafo 1.º del 1.175, con referencia éstos al 1.255, todos del Código Civil, de la parte 2.ª del número 1.º del 1.170 y del párrafo 1.º del también artículo 1.872», se coligen los verdaderos mecanismos para una clara y evidente configuración en nuestro texto legal de la dación en pago. Y así es, efectivamente. Es cierto que para la entrada en juego del «pacto en contrario», a que hace mención el número 2.º, en relación al número 1.º, del mismo artículo 1.175 del Código Civil, es menester que el deudor y acreedor convengan (por múltiples razones), bajo el emparo de las licencias conferidas por las reglas del artículo 1.255 del propio texto legal, la derogación de los postulados proteccionistas del principio de la identidad de la prestación, misión atribuida por el legislador a los artículos 1.166 y 1.157 del Código Civil, operación jurídica, la propuesta, que, como bien puede observarse, no se opera *ipso iure*, sino que por voluntad del deudor y acreedor, al tenor del número 1.º del artículo 1.203, y en franca relación con el también artículo 1.258 del mismo Ordenamiento civil, y, como hemos dicho, por razón de la perfección del negocio, por lo que la *in solutum* incide en el campo del cumplimiento de las obligaciones con misión solutoria y, en su consecuencia, extintiva. Consignado el razonamiento que nos precede no es óbice, empero, que se nos plantee el alcance del inciso 2.º del párrafo 1.º del artículo 1.170 y del párrafo 1.º del artículo 1.872, ambos del Código Civil, en el sentido de que si se deja establecida en aquellas reglas una *datio* necesaria, que un día propició la Novela IV, Capítulo 3, de JUSTINIANO, por defecto de la exigencia de la voluntariedad en lo convenido, pues en la parte 1.ª del párrafo 1.º del

(20) Cfr., para un examen de los presupuestos, a POLACCO: *Della dazione in pagamento*, Verona, 1888 (autor citado por Carlos R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ a los fines para los que nosotros también lo traemos).

artículo 1.170, se mantiene con todo el rigor el principio de la identidad de la prestación pactada, y es la 2.^a parte del párrafo mencionado (del artículo 1.170) la que, al margen de la oferta y consiguiente aceptación, propone la entrega de un *aliud pro alio*, lo que por la vía del establecimiento de lo que es una segunda posibilidad de prestar, a modo y ejemplo de una facultativa, *una res in obligatione, plures in facultate solutionis* (21), vendría a mantener nuestro texto legal la desaparecida *datio in solutum forzosa* (22), cuál tesis, de contemplarla positivamente, nos conduciría al mantenimiento de aquella idea consistente en asegurar que la dación en pago no sólo la admite nuestro Ordenamiento, sino que la posibilita vía inciso 2.º del número 1.º del artículo 1.170, pues para abrogar el mandato del párrafo 1.º, nota 1.^a, «el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada», es precisa la aquiescencia del deudor (Sentencia de 18 de noviembre de 1944), y no siendo posible entregar la especie pactada ordena la Ley que se realice *en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España*, cuya interpretación a contrario imperio obliga a la admisión de una *in solutum datio* legal, lo que sucede, por motivo diferente, por mediación del citado número 1.º del artículo 1.872; en el primer caso, sin duda, se autoriza una realización prestatoria diferente de aquella que convencionalmente se acordó en la obligación originaria, gozando, pues, la ocasión legal de suficientes requisitos (tales como la transmisión de cosa con *animo solvendi*, una *diversidad* entre lo debido y la prestación realizada y un *mandato de la Ley* en sustitución del acuerdo *inter partes*, con antecedentes en el período clásico romano) para que pueda predicarse el establecimiento de la figura por propia decisión del legislador (la necesario *in solutum*, a virtud del inciso 2.º del párr. 1.º del art. 1.872 del Código Civil, y la voluntaria, al amparo del art. 1.175, núms. 1.º y 2.º, en relación con el art. 1.255, permitiendo a las partes este último precepto derogar los postulados del art. 1.166 y hacerse realidad el *aliud pro alio*, a que se refiere la expresión «salvo pacto en contrario», de la parte 2.^a del indicado art. 1.175, todos del Código Civil). En el supuesto que se comprende en el número 1.º del artículo 1.872, «... podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este

(21) Alude al concepto de la obligación facultativa la Sentencia de 23 de enero de 1957, lo que no hace el Código Civil.

(22) Cfr. BORRELL I SOLER: *Derecho Civil vigente en Cataluña*, tomo II, Barcelona, 1944. El citado autor cree que el beneficio de la *in solutum datio* es incompatible con el procedimiento de apremio establecido por la Ley de Enjuiciamiento Civil (cita efectuada por Carlos R. FERNÁNDEZ del trabajo ya mencionado en nota 6); GONZÁLEZ PÉREZ y JOSÉ ALGUER defienden la vigencia de la institución en Cataluña, sin embargo. *Anotación al Derecho de obligaciones de Enneccerus-Lehmann*, tomo II, vol. 1.º, edición al cuidado de Puig Brutau, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, pág. 322.

caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito», aunque circunstancia traumática para aquella relación obligatoria que se intuye, no por ello se adivina en menor medida que el propio precepto posibilita el *aliud* y establece, en su caso, el instituto de la *in solutum datio* (último inciso del párr. 1.º del art. 1.872 del Código Civil).

II

b) *Naturaleza jurídica*.—Es doctrina acertada aquella que niegue el *beneficium dationis in solutum* del Derecho de Pandectas escogiendo como punto de mira el artículo 1.157 del Código Civil, en correspondencia con el artículo 1.166 del propio texto legal, y en concomitancia estos preceptos con la doctrina jurisprudencial (Sentencia, entre otras, de 12 de marzo de 1925) (23). Pero nosotros hemos enfilado el punto de referencia al amparo de las reglas que se consignan en los artículos 1.170, número 1.º, inciso 2.º, y 1.872, párrafo 1.º, del Código Civil, y por fuerza de aquellas reglas traemos a capítulo la tesis de la *in solutum* forzosa, eso sí, con carácter de excepcional: cuál era su ámbito de aplicación. Aun así no es la naturaleza de la *datio legal* la que nos proponemos explicar, sino la de la *in solutum convencional* o dación en pago, a virtud del acuerdo derogatorio del requisito objetivo de la identidad de la prestación (arts. 1.157, 1.161 y 1.166, todos del Código Civil). La estructura de aquélla no resistirá otras discriminaciones que las provenientes de su origen, en relación a la que pasamos a estudiar.

Atendidas todas las explicaciones, aunque por razones de relevancia en el campo doctrinal, por su carácter constrictivo (los textos legales) y por la consideración que nos merecen las tesis jurídicas sostenidas por nuestro Alto Tribunal, en lo concerniente a lo que ha de ser la naturaleza de la dación en pago no se ha adivinado su verdadera arquitectura. Advirtiéndose, sin embargo, que desde Roma (24) a nuestros días (25) no

(23) Cfr. HERNÁNDEZ-GIL: «Comentario a la Sentencia de 9 de diciembre de 1944», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945, pág. 236. *Observación a la cita*: El comentario del indicado autor no lo es a la Resolución de la fecha propuesta, sino a la Sentencia del propio día y mes pero del año 1943; contrastar aquel dicho comentario con el *Considerando* 2.º de aquélla del año 1943, quedando al mismo tiempo subsanado el error de cita efectuado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en el trabajo referenciado anteriormente, pág. 772, nota 75.

(24) Cfr. D. 13, 7, 24 pr., tesis sabiniana que fue contradicha por la doctrina formulada por los proculianos, D. 46, 3, 46.

(25) Cfr., en la doctrina española, desde CASTÁN a BERCOVITZ; en la extranjera, desde ENNECCERUS a la reciente aportación de LÉOTY. En la Jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la Sentencia de 1881 (14 de noviembre) a la reciente de 13 de mayo de 1983, sin que al respecto quepa advertir otra diferente corriente

podía haber avanzado más el *proceso disgregador* de lo que es la verdadera naturaleza jurídica de la *in solutum datio*. Al respecto se han propuesto y razonado ideas diversas, con la brillantez propia de los autores que las han traído a colación, pero ninguna de ellas, a nuestro juicio, acierta con la que resulta ser su verdadera entidad jurídica. Nosotros, ahora y aquí, podríamos ofrecer una exposición y consiguiente crítica de aquellos pensamientos que la doctrina científica ha utilizado como instrumentos en la búsqueda de cuál era la entidad de la figura; estas dichas reflexiones se circunscribían, antes y ahora, en las siguientes consideraciones:

1. La *datio in solutum* se configura como una *compraventa*, sin que en la ocasión se repare en la diversidad de fines que las partes pretenden por su mediación (26), y se aduce, en su apoyo, que el crédito desempeña el papel de precio (siendo de objetar que no es un acierto asimilar a dinero o signo que lo represente, art. 445 del Código Civil, el derecho de crédito en cuestión); otras veces se opera la ficción del «débito compensado», en la una y en la otra no atienden siempre a la prestación de la *res debita*, reduciendo por esta vía la concepción amplificadora de la institución que le confiere el artículo 1.849 del Código Civil. La tesis expuesta trae causa del Derecho romano y es sostenida por un importante sector de la doctrina científica, nuestra y foránea (GARCÍA GOYENA, SÁNCHEZ ROMÁN, MANRESA, CASTÁN, PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, entre otros; DONELO, PLANIOL-RIPERT, COLIN y CAPITANT, ENNECCERUS-LEHMANN, por citar algunos de trascendente significación en la problemática que viene al caso); la doctrina producida por el Tribunal Supremo ha sido un tanto generosa al respecto y su contribución ha consagrado las expresiones, en ocasiones, de que *dare in solutum est vendere* y, en otras, de que se trata de un negocio que se nominaba *quasi vendere*; entre las más destacadas Sentencias son de citar las de 14 de noviembre de 1881, 9 de marzo de 1893, 31 de marzo de 1899, 22 de noviembre de 1901, 11 de junio de 1902, 5 y 6 de febrero de 1909, 21 de diciembre de 1905, 11 de mayo de 1912, 12 de octubre de 1912, 22 de octubre de 1914, 9 de enero de 1915, 1 de diciembre de 1918, 29 de noviembre de 1921, 9 de mayo de 1925, 25 de marzo de 1925, 29 de octubre de 1928, 20 de marzo de 1929, 9 de diciembre de 1943, 7 de enero de 1944, 9 de diciembre de 1944, 13 de marzo de 1953, 8 de noviembre de 1966 y 1 de marzo de 1969. Son de conveniente examen, en este mismo sentido, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros

de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, la de 7 de febrero de 1941.

(26) Cfr., por todos, a BONET: «Comentarios a la Sentencia de 9 de diciembre de 1943», *Revista de Derecho Privado*, 1944.

y Notariado, pues sin que la asimilación del instituto sea tan decidida, sí, empero, puede verse en aquellas decisiones la clara inclinación a tratar a la dación en pago en términos de equivalencia con la compra y venta. Abundando en el campo de los órganos de aplicación del Derecho es de resaltar también, y a los fines que nos proponemos, los Acuerdos del Tribunal Económico-Administrativo Central de 2 de abril de 1965 y 3 de octubre de 1969. Al recurrir al amparo de nuestro texto legal, para con él claudicar frente a la idea que se deja consignada, venimos a compartir las opiniones de HERNÁNDEZ-GIL (27) y Carlos R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (28) en lo que hace mención a los apoyos legales, pues con dichos autores compartimos la afirmación de que los preceptos esgrimidos por la doctrina y jurisprudencia (Sentencia de 9 de diciembre de 1943, como de las más significativas) no se avienen al establecimiento de cuál haya de ser la naturaleza de la *datio pro soluto* y sólo incidentalmente relacionan las instituciones, lo que no autoriza a su asimilación con las presentes bases, lo que tampoco sería un sólido razonamiento doctrinal traer aquí a modo de apoyatura científica, lo que se dispone en el parágrafo 365 del BGB, por las propias razones que FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ cita en su trabajo (ya referenciado, pág. 764, nota 41).

2. La *in solutum* o dación en pago, para un sector de la doctrina, viene a ser considerada como *una modalidad de pago*; en este sentido, sin mayores aportaciones, lo entienden RUGGIERO, PUIG PEÑA (29) y LATOUR BROTONS, de entre los que defienden la calificación. La idea adolece, para su racional mantenimiento, de un fundamental requisito, el de que al acreedor se le realice la misma prestación que se le adeuda; otra manera de pagarle, aun con el recurso de la derogación de la identidad de la prestación, al amparo del artículo 1.166 del Código Civil, no es técnicamente un cumplimiento, se trata pura y simplemente de un acto supletorio de lo que hubiera sido un pago estricto.

3. La *datio in solutum* contemplada como *una novación* en la doctrina francesa (AUBRY y RAU) (30). En Italia sostienen la similitud, entre otros autores, PACIFICI y MAZZONI (31). DE GASPERI presupone en la *datio* una novación: entre nosotros, MANRESA afirma que la figura propicia una nueva relación, y en favor de una naturaleza novatoria también

(27) Cfr. el trabajo citado, pág. 236, *in fine*.

(28) Cfr. el trabajo citado, págs. 764 y 765.

(29) Cfr. *Tratado de Derecho Civil español*, tomo IV, vol. I, Madrid, 1951.

(30) Cfr. *Cours de Droit Civil français*, tomo IV, París (s. a.), basando la tesis en el artículo 2.038 del Código de Napoleón.

(31) Cfr. *Instituzioni di Diritto Civile italiano*, 5.^a ed., tomo IV, Turín, 1927.

se muestran proclives CLEMENTE DE DIEGO (32) y DE BUEN (33). Nuestra jurisprudencia, por mediación de aquella significativa Sentencia de 9 de diciembre de 1943, advierte que «la *datio* extingue, a consecuencia de la novación objetiva, la relación originaria». La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado señala, aun a pesar de su moderación en sus calificaciones, en lo referente a la problemática que nos ocupa, que una de las posibles configuraciones del instituto que estudiamos puede ser la novación por cambio de objeto (Resoluciones de 10 de agosto de 1918, 10 de enero de 1919 y 13 de diciembre de 1943). FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, al disentir de la presente calificación, se aviene a reconocer que la idea representa una postura progresista frente a la primera de las consignadas (dación significa compra y venta), si bien la considera «anacrónica». HERNÁNDEZ-GIL, al filo de la discusión, es también de criterio opuesto en lo que se refiere a considerar la *in solutum* como una novación objetiva (34). La objeción que por ahora cabe oponer a los autores contrarios a la similitud de las figuras que tratamos en este número es lo que se preceptúa en el artículo 1.849 del Código Civil, que, como dice BERCOVITZ, responde a la solución contraria, pensamiento afianzado por el comentario de GARCÍA GOYENA a su precedente, el artículo 1.763 del Proyecto del 51.

4. A modo de compendio o conclusión de los aspectos tratados en los tres números que nos preceden surge la idea de considerar a la *in solutum datio* de negocio de *caracteres complejos*; participa, se dice, de las naturalezas del pago, de la compraventa y de la *novación*. La complejidad que se supone conllevaría una intrincada institución, que al decir de GIORGI significaría que la dación en pago sería un *monstruum iuris*. La concepción no por enrevesada y artificiosa deja de gozar del respaldo doctrinal que le proporcionan, en la doctrina francesa, PLINIOL-REPERT Y COLIN y CAPITANT; entre nosotros, recibe el favor de MUCIUS SCAEVO LA, CASTÁN TOBEÑAS (al considerar el instituto como una modalidad o variante del pago, *ob. cit.*, pág. 298) y ESPÍN CÁNOVAS (35). PUIG BRUTAU, al propio tiempo, afirma que: «La pretendida investigación de un concepto fijo y unitario, que corresponda a la *datio in solutum* y que permita resolver todos sus problemas, es una ilusión». BELTRÁN DE HEREDIA rechaza la construcción propuesta de negocio complejo y propugna la existencia de «un contrato oneroso de transmisión, que tiene por fina-

(32) Cfr. *Instituciones de Derecho Civil español*, tomo II, Madrid, 1930, página 59.

(33) Cfr. *Notas al curso elemental de Derecho Civil de Colin y Capitant*, tomo IV, Madrid, 1925, pág. 226.

(34) Cfr. trabajo citado, pág. 237, párrafo 2.º

(35) Cfr. *Manual de Derecho Civil español*, vol. III, Madrid, 1954.

lidad la sustitución del pago por esa transmisión» (36). Rodrigo BERCOVITZ afirma que en la dación no se produce ningún cambio en la obligación; ésta sigue siendo la misma hasta su extinción, dice, por lo que es de criterio encontrado a la equiparación de las figuras (dación y novación) (37). El Tribunal Supremo, en Sentencias tan significativas como las producidas en 9 de diciembre de 1943 y 13 de mayo de 1983, conforma la dación en pago como de una compleja institución y en base a tal creencia proclama su participación en las figuras del *pago*, la *compraventa* y la *novación*, al igual que aquel sector doctrinal al que hemos venido refiriéndonos; la última de las sentencias señaladas, por hacer indicación de la más reciente, en su tercer considerando, sostiene «que este Tribunal. . . ha asimilado dicha atípica figura a la del contrato de compraventa, bien que con el matiz de no negar su *analogía* con otras convenciones, tales como forma de pago o como novación por cambio de objeto» (con cita de la de 9 de diciembre de 1943); en el quinto considerando afirma, entre otras tesis, «... si cabe, en la oportunidad del caso, como antes se ha indicado, la equiparación de la dación en pago a la cesión de créditos, derechos, rentas o productos en armonía con la más ajustada calificación de la *datio* como un negocio jurídico *complejo* que participa de las características del *pago* o *cumplimiento*, de la *compraventa* y de la *novación* por cambio de objeto», recordando que ya es doctrina que sostuvo la de 9 de diciembre de 1943.

Volviendo al filo del tema que en anteriores líneas hacíamos referencia, y una vez hecha sucinta mención a aquellos pensamientos a los que, decíamos, la doctrina y la jurisprudencia recurrían como instrumentos científicos (38) para con ellos proceder a la investigación de la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*, resulta oportuno que desde ahora dediquemos nuestro esfuerzo a la construcción de cuál haya de ser la conveniente naturaleza de la dación en pago. En la explanación de la problemática a la que nos enfrentaremos no descuidaremos, en la búsqueda

(36) Cfr. *ob. cit.*, págs. 370 a 373.

(37) Cfr. *ob. cit.*, pág. 112, en la que cita en defensa de que la *in solutum* no tiene ningún efecto novatorio, invoca la Sentencia de 5 de marzo de 1965.

(38) Cfr., para un conocimiento de las teorías expuestas, con la pretensión de que conformen la naturaleza de la dación, los trabajos y obras que con dedicación *específica* a la materia han reflejado las ideas en boga, combatido y propuesto su tesis: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, págs. 756 a 797; Juan LATOUR, trabajo citado, págs. 628 a 631; HERNÁNDEZ-GIL, trabajo citado, págs. 235 a 238; R. BERCOVITZ, *ob. cit.*, págs. 106 a 114; Denise LÉOTY, trabajo citado, págs. 12 a 46; BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, págs. 364 a 373. Obras *generales*: Díez-PICAZO, *ob. cit.*, págs. 651 a 654; PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, págs. 331 a 335; CASTÁN, *ob. cit.*, páginas 297 a 298; PÉREZ y ALGUER, *ob. cit.*, págs. 321 a 322; ENNECCERUS-LEHMANN, *ob. cit.*, págs. 319 a 321; LARENZ, *ob. cit.*, págs. 418 a 420; BETTI, *ob. cit.*, páginas 241 a 244, por todos.

de la esencia, cuáles hayan de ser los efectos que puedan producirse cuando la prestación que aceptó (a virtud de pacto anterior o simultáneo) el acreedor, en sustitución de la debida, devenga defectuosa, por vicios en la cosa o en la realización del hacer o en el no hacer, o por defectos en el Derecho.

Construcción y Derecho aplicable a causa de su naturaleza:

Z) *Construcción*.—No habrá de ser otra que la que se pueda extraer de las realidades que dan soporte al convenio que resultó ser causa de la abrogación del principio objetivo de la identidad, operándose por su mediación la *variación* del contenido de la relación originaria, de la prestación debida, en definitiva, y en virtud de aquella operación jurídica quedar el *solvens* obligado a un *aliud pro alio*, fin de aquella obligación surgida al mundo del Derecho por acuerdo de los sujetos *activo y pasivo*, fijándose el punto de referencia, aquellos dichos intervinientes, en la creación de un nuevo instrumento que, aunque supletorio, maniobrara con función solutoria, sin que proceda atribuirse el efecto cancelatorio por ser beneficio privativo de la Ley, circunstancia que acontece también cuando se trata de un pago estricto, pues éste procura satisfacer el interés del acreedor y la extinción de la obligación resulta *ipso iure*.

Cuáles hayan sido las necesidades o aspiraciones del *solvens* y *accipiens* que pudieran haber influido para acordar que el cumplimiento de una determinada obligación se materializara realizando una diferente prestación a la que inicialmente se pactó, son el fin real que se persigue en el negocio jurídico bilateral y oneroso que se deja establecido, amparado en la forma por el artículo 1.278 del Código Civil (39), y en el fondo por los artículos 1.166 y 1.255, en relación al número 1.º del 1.203, todos del propio Ordenamiento civil. El *aliud* es el contenido de aquella nueva relación de obligación que por el fenómeno de la novación impropia ha venido a sustituir a la anterior, por la fuerza de la *variación* de lo que era el originario objeto, de tal suerte que desde que prestaron su consentimiento a efectuar y recibir un *aliud pro alio* vienen obligados a cumplir (art. 1.258 del Código Civil), sin que resulte viable el pensamiento que albergue la creencia de que la originaria prestación podría desempeñar un papel a modo de *solutionis* alternativa, pues para la nueva prestación, que se realiza ahora o en otro momento, rige también el principio que preserva su identidad, de manera que sólo prestando el *aliud* convenido se paga y su cumplimiento significa, a razón de lo estipulado en el

(39) Cfr. parágrafo 305 del Código Civil alemán.

convenio novatorio, la efectiva realización de la *in solutum* comprometeda. Las capacidades de las partes concurrentes en la celebración del negocio novatorio impropio, por analogía, se regularán por las reglas que lo hacen para los contratos, y si la *datio* significa dar o entregar alguna cosa, se estará a lo dispuesto en el número 1.º del artículo 1.160 del Código Civil (40). Así, pues, al pacto derogatorio del artículo 1.166 admitiendo, por parte del acreedor, y a propuesta del deudor, o viceversa, el *aliud*, en vez de la prestación adeudada, ha de calificársele de negocio jurídico novatorio, por la vía modificativa de su objeto, consagrada por los artículos 1.203 y 1.207, entendido *a sensu contrario*, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 29 de abril de 1947, entre otras de las más significativas). Establecida la naturaleza de la figura, calificándose a su *medio* de negocio jurídico bilateral y oneroso, de carácter novatorio, surge el debate doctrinal acerca de si aquella convención (o negocio), por mediación de la que se convino el *aliud pro alio*, es *real* o *consensual*, sin que al amparo de nuestro Ordenamiento (arts. 1.254, 1.258 y 1.278) pueda aceptarse la primera de las consideraciones, por lo que de contradictorio al principio espiritualista tendría, y que es el consagrado por nuestro Código Civil, suponiendo, sin embargo, en los contratos reales la *traditio* cuestión consustancial al negocio y, por ende, adquirir de este modo, como dice FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el rango de forma necesaria y esencial del contrato; no aviniéndose tal concepción al instituto de la *in solutum*, no sólo por significar una excepción a la libertad de la forma consignada en el artículo 1.278 del Código Civil, sino que por el propio alcance vinculatorio, *inter partes*, del acuerdo constitutivo del *aliud*, siendo la realización de la nueva prestación acto a valorar en la fase ejecutiva del negocio (41), y será entonces cuando deberá confrontar la prestación que se entrega con la comprometida en el negocio novatorio, pues si el programa al que HECK se refería no es escrupulosamente observado, no se entenderá pagada la deuda contraída (art. 1.157 del Código Civil). En connivencia de la tesis consensualista del convenio estableciendo la *datio in solutum*, en lugar de lo debido citamos, por todos, de parte de la doctrina científica, a Luis Díez-PICAZO (*ob. cit.*, página 652) y a Carlos R. FERNÁNDEZ (*trab. cit.*, págs. 784 a 797); del Cuerpo legal civil, los preceptos 1.254, 1.258 y 1.278 y la doctrina jurisprudencial que se explicita en las Sentencias de nuestro Alto Tribunal de 22 de octubre de 1914 y 7 de enero de 1944, por medio de las que el Tribunal Supremo deja explanada definitivamente la polémica en pro

(40) Cfr. al respecto lo que en esta obra se afirma acerca de la temática de las capacidades del *accipiens* y *solvens*, capítulo dedicado a los sujetos del pago.

(41) Cfr., por todos, a Rodrigo BERCOVITZ y R. CANO, en opinión opuesta, *ob. cit.*, pág. 112.

de una u otra concepción, quedando favorecida al respecto la tesis jurídica de la consensualidad (42) del negocio derogatorio del principio de la identidad y posibilitando desde entonces la realización de la prestación debida por mediación de la *datio in solutum*.

Nuestra afirmación en pro de asignar a la dación en pago la estructura jurídica de la novación impropia o modificativa descansa en aquellas realidades que bien pueden extraerse de la propia fenomenología que da vida al negocio que deja establecida la dación. Pero los que sostienen ideas opuestas a las que defendemos, las razones que aducimos no les son suficientes, y para sostén de las suyas, en ocasiones propugnadas con admirable brillantez científica, aunque inspiren reparo sus conclusiones, encuentran toda la fuerza obstaculizadora que les opone el artículo 1.849 del Ordenamiento civil (43). El razonamiento que ofrecemos no necesita del amparo del citado artículo 1.849, ni tampoco del favor del 1.166 del Código Civil, pues amén de que este último en su seno sólo resguarda el derecho del acreedor a la identidad de la prestación que se le adeuda (dejando configurada, entendida ésta *a contrario sensu*, eso sí, la institución de la *in solutum datio*), sin embargo, no hemos de negar que lo dispuesto en el primero de los preceptos (el art. 1.849), en relación al también artículo 1.847 del mismo texto, coadyuvará a nuestra tesis al disponer que «si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, ... quedará libre el fiador»; no otra ha de ser la significación del verbo «acceptar» que la de *aprobar* el *aliud pro alio*, en armonía con el principio que con carácter general se postula en el artículo 1.207, relacionándolos ambos mandatos (el del art. 1.849 y el del art. 1.207) con el número 1.º del artículo 1.203 GARCÍA GOYENA al artículo 1.763 del Proyecto del 51, el más inmediato precedente del artículo 1.849 del Código vigente; al comentarlo afirma que la aceptación del acreedor del *aliud* extingue por novación la relación originaria, y ello es lo que tiene lugar al variar su objeto, sin que quepa argüir, como se ha hecho, la falta de una expresa declaración de las partes; como dispone el artículo 1.204, se opera en el caso una novación

(42) La idea de encuadrar a la *datio* dentro de los convenios de carácter real no es de nueva configuración: la doctrina alemana con LEHMANN, con significación relevante; la italiana con BARASSI, BARBERO, etc., y en nuestro país, entre otras, se sumó a la corriente GONZÁLEZ PALOMINO. A la contra, y en favor de la que defendemos, surgieron autores de la relevancia de LARENZ, VON TUHR, LEONHARD, HECK, ESSER, etc.

(43) Cfr. los artículos 2.038 y 1.763 del Código Civil de Napoleón, el primero, y del Proyecto del 51, el segundo; precedentes, respectivamente, del 1.849 de nuestro Código.

modificativa y no, empero, lo que se establecería al abrigo del referido artículo 1.204 del Código Civil (44).

Y) *Derecho aplicable*.—El problema se agudiza cuando a un determinado instituto, como a la dación en pago, se le asigna una naturaleza trashumante. Surge entonces la necesidad de, en sus estados traumáticos, por motivos de saneamiento por evicción o vicios en la prestación (45), buscarle remedios que son propios de otras figuras que sí gozan de regulación propia. Los inconvenientes que este comportamiento aflora conducen a la inseguridad jurídica propia de la aplicación para cada determinada situación, y al pretexto de resolver problemas prácticos de reglas varias y diversas. La cuestión, pues, queda planteada para aquellas ocasiones en las que la prestación efectuada (*el aliud*) se manifiesta defectuosa de hecho o de Derecho. Tanto las doctrinas científica como jurisprudencial han pretendido la búsqueda de la normativa aplicable al caso concreto, y lo que es más, han creído haberla encontrado; en su empeño han acudido a construcciones como las que hemos señalado, sin que su artificiosidad haya significado ningún obstáculo para los autores que las han postulado. Nosotros creemos que si la civilística hubiese acertado en la calificación jurídica de la institución no habría sido necesario, para la protección de los intereses del acreedor, en supuestos patológicos, recurrir a construcciones que aun resolviendo los problemas de orden práctico, en la mayoría de los casos, sacrificaban la buena técnica jurídica.

Si el instituto de la *in solutum datio* lo descomponemos en dos piezas o partes (lo que es el negocio jurídico posibilitador de pagar una deuda ya contraída por medio de una prestación diferente de la originariamente pactada y la realización del *aliud pro alio*, establecida en el convenio o parte primera de la que trae causa esta segunda), hipótesis que en el campo operativo se hace realidad, la problemática de cuáles hayan de ser las reglas que en Derecho regularán el *negocio*, primero,

(44) Cfr. las Sentencias de 9 de diciembre de 1943 y 13 de mayo de 1983 como textos judiciales que dan cabida a nuestra idea novatoria del convenio, dejando configurada una *datio* por novación al variar su objeto o prestación entre las sentencias de mayor significación, amén de otras Resoluciones de la Dirección General de los Registro y del Notariado y del Tribunal Económico-Administrativo Central que ya hemos mencionado anteriormente. Encontrados son, al respecto, de configurar la *datio* como de naturaleza novatoria y también con referencia a la interpretación que asignamos al 1.849 del Código Civil los autores tantas veces citados, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*ob. cit.*, págs. 773 a 774) y Rodrigo BERCOVITZ (*ob. cit.*, págs. 113 a 114).

(45) No acertaríamos si creyéramos que el supuesto de los vicios ocultos, en la *datio* o en cualquier otra manera de transmitir la propiedad, sólo se puede dar cuando se trate de la entrega de cosas, también en la *cessio* de derechos y en aquellas prestaciones que se realizan haciendo o no haciendo lo prometido.

y el *acto solutorio*, después (éste en función supletoria de lo que habría podido ser un pago estricto), vendrán impuestas por la fuerza de nuestro Código Civil, al serles de aplicación a los negocios jurídicos, aunque por analogía, los preceptos del Título II, Libro IV, y demás artículos de general aplicación, y al acto de cumplimiento del *aliud* (en pago de la obligación convenida en aquel negocio jurídico de carácter novatorio, y creado con el fin exclusivo de que la actuación de su contenido realice los intereses de la relación originaria, con los efectos extintivos que el Ordenamiento le atribuye), los artículos que se contienen en el Capítulo IV del Título I del Libro IV, Sección Primera, del Código Civil (46). En la institución que contemplamos, al igual que en el cumplimiento propiamente dicho, la ejecución de la prestación convenida determina la extinción de la obligación, siéndole de estricta aplicación lo que se ordena en el artículo 1.157 del Código Civil, sin que el efecto cancelatorio que recae en el instituto modificado, a virtud de la *datio*, autorice la afirmación de que por motivo de dicho efecto se extinguió también la obligación originaria, pues éste se transformó, por la vía de la variación de su objeto (art. 1.203, núm. 1.º, del Código Civil), en la que tenía como contenido o fin el *aliud*, y consecuentes las partes con la alteración prestatoria convenida (la una por la otra) y al amparo del artículo 1.258 del Código Civil, no podrán pagar el uno, ni exigir el otro (art. 1.256), otra cosa o servicio que el acordado en base al artículo 1.166, comprendido a contrario imperio y en ejecución de la libre autonomía de la voluntad de las partes contratantes, consagrada como general principio en el artículo 1.255 del Ordenamiento civil.

III

c) *Requisitos y efectos*.—La derogación del fundamental principio consagrado en los artículos 1.157 y 1.166 del Código Civil, a través del acuerdo posibilitador de la sustitución de la *res debita*, y su ejecución, por su medio y a virtud de la transferencia de lo que resulta ser el *aliud*, son esenciales requisitos de la institución, debiendo concurrir, en el momento del acuerdo objeto de la variación objetiva de la relación, de parte de los sujetos intervinientes, las capacidades que para la perfección de los negocios jurídicos, por analogía, exige el artículo 1.261 del

(46) Con acierto DÍEZ-PICAZO advierte que si el acreedor pierde el *aliud* por ser eviccionado por un tercero serán de aplicación las reglas del saneamiento (artículos 1.475 y ss. del Código Civil) sin la necesaria asimilación de la *datio* al contrato de compra y venta, pues las normas de la evicción son aplicables a todas las transmisiones de naturaleza onerosa.

Código Civil, y si la naturaleza intrínseca del débito que se establece conlleva la obligación de entregar o dar, conforme al número 1.º del artículo 1.160 del mismo texto legal, no será válida la ejecución de la *datio* si el deudor no tiene la libre disposición de la cosa debida y la capacidad para enajenarla. En lo que hace referencia al acreedor, deberá ser éste u otra persona debidamente autorizada para decidir el *aliud pro alio* (art. 1.162, en relación con el núm. 2.º del también art. 1.713), sin que al efecto pueda concebirse eficacia constitutiva con la intervención de las personas a las que se refieren los artículos 1.163 y 1.164 del Ordenamiento civil.

Por consecuencia de lo expuesto y en méritos de lo que es la propia función de la dación en pago es de buen criterio sintetizar los requisitos necesarios del instituto, reclamando para el supuesto: 1) la preexistencia de una obligación a cumplir; 2) efectuar la prestación en que la *datio* consiste con *animo solvendi*, pues, como dice LATOUR BROTONS, es necesaria la intención de pagar para extinguir una obligación, pues podría resultar un acto sin causa si no fuera comprensible el motivo del acto solutorio y en la donación, por otra parte, no concurrieran los esenciales elementos a los que hace mención el artículo 618, en relación con el 623, y demás preceptos de general aplicación (47); 3) capacidad de las partes para celebrar negocios, y a la que ya hemos hecho referencia (el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y Notariado han asimilado, a los efectos de la capacidad, y en lo que a nosotros nos concierne en este momento, la dación a la compraventa, Sentencias de 11 de mayo de 1912, 22 de octubre de 1914, 9 de enero de 1915, 16 de diciembre de 1947 y 1 de diciembre de 1948, y 10 de enero de 1919 y 13 de diciembre de 1934, respectivamente); 4) es fundamental, y de requisito esencial es rotulado por nuestro Código, Título II, Capítulo II, del Libro IV, el consentimiento de acreedor y deudor (art. 1.261) (sentencias del Alto Tribunal que en las inmediatas líneas que nos preceden hemos citado); de conveniente examen son, además, los preceptos 1.166 y 1.167 de nuestro primer Código; 5) un *aliud pro alio*, lo que se puede producir siempre que haya mutuo acuerdo entre acreedor y deudor, y 6) ejecución del *aliud* en el momento temporal previsto en el negocio constitutivo de la obligación de prestar cosa o servicio diferente del que se había previsto en la relación originaria, rechazando cuál calificación de la *in solutum* dependiente de si la ejecución se realiza en el mismo acto del pacto (simultáneamente) o bien en tiempo posterior al convenio de variar el objeto, pues negamos que el *aliud* sea elemento constitutivo

(47) Cfr. las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1947, 9 de diciembre de 1943 y 1 de diciembre de 1948, en relación al artículo 1.289 del Código Civil y en lo que concierne al requisito del *animo solvendi*.

y sí, empero, determinante para que pueda predicarse un cumplimiento de la obligación modificada objetivamente, por la fuerza de tener que efectuar un pago distinto al primeramente comprometido. La forma del pacto sustitutorio de la prestación adeudada se ajustará, en punto al principio espiritualista de la libertad, a las reglas generales que rigen la de los contratos (arts. 1.278 y sigs.).

Al hacer forzosa referencia a los efectos de la institución que estudiamos necesario resulta la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1943, que afirma que: «como consecuencia de la novación objetiva de la obligación originaria se extingue ésta y quedan íntegramente satisfechos el acreedor o acreedores». Por razón de una modificación posterior del objeto de la relación, dice el artículo 1.849 del Código Civil, el fiador queda libre de las responsabilidades que garantizaba; era de la originaria y no de la nueva relación (en la que no ha intervenido) de la que respondía en fianza (cfr., por todos, BELTRÁN DE HEREDIA y LATOUR BROTONS) (48).

LUIS PASCUAL ESTEVILL
Doctor en Derecho
Abogado

(48) *Ob. cit.* anteriormente, págs. 374 a 379 y 637 a 638, respectivamente.

Caracteres del Derecho comunitario; fuentes y relaciones con los ordenamientos nacionales

Una vez prácticamente terminada la negociación nos encontramos un panorama completamente nuevo a la hora de hacer cualquier tipo de estudio o de presentación del Derecho comunitario, y para empezar esta circunstancia se nota en una mucha mayor atención por parte del público que acude a oír hablar sobre temas comunitarios, y desde hace algunos años, en toda conferencia sobre Derecho comunitario el auditorio está formado por personas de formación universitaria y enteradas o, por lo menos, interesadas en un tema relativamente minoritario y de dudosa aplicación en el futuro en España; pero ahora, por fin, nos encontramos con una circunstancia de mayor proximidad en el tiempo y, sobre todo, de mucha menor incertidumbre.

Pues bien: terminada la negociación, todo el mundo está haciendo sus cuentas; se cuentan los millones, las toneladas de productos que van a importarse o a exportarse, etc., pero pocos son los que se detienen a pensar que en el momento de entrar en vigor el Tratado de Adhesión no solamente va a haber unas nuevas reglas de juego en cuanto a importaciones y exportaciones: no solamente va a producirse un cambio fiscal mediante la creación de un nuevo impuesto, como es el Impuesto sobre el Valor Añadido, sino que además se producirá una revolución importante desde el punto de vista jurídico, y también tiene interés señalar que la entrada en la Comunidad no supone simplemente ingresar en una organización internacional más, sino que comporta una modificación estructural que en casi todos los Estados que se han incorporado, ya sea inicialmente o ya con posterioridad a las Comunidades Europeas, ha supuesto nada menos que la necesidad de introducir modificaciones en su texto constitucional respectivo, hasta el punto que incluso países como

Inglaterra, que carecen de Constitución escrita, tuvieron que dictar una disposición expresa, la EUROPEAN COMMUNITIES ACT, en el momento de su incorporación para regular las consecuencias de orden importante que se producen como resultado de la adhesión, de la incorporación a la Comunidad. Y todo esto es así porque los Tratados, los tres Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, no son unos Tratados como todos los demás, sino que, como se ha reconocido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, estos Tratados tienen unas peculiaridades propias, únicas y que en cierta medida permiten hablar por primera vez del fenómeno de la supranacionalidad como una realidad en el ámbito del Derecho internacional y del Derecho interno de los Estados. En efecto, los Tratados son especiales, en primer lugar, porque además de contener lo que cualquier Tratado internacional, ya sea bilateral o unilateral, contiene, es decir, obligaciones y derechos recíprocos entre Estados, estos Tratados además contemplan derechos y obligaciones directamente exigibles o invocables por los ciudadanos de los Estados miembros, o sea, que se contemplan no sólo vínculos entre Estados, sino derechos y obligaciones entre particulares y entre éstos y sus Administraciones; se puede hablar entonces en alguna forma de que los Tratados contienen la forma jurídica de la Europa de los pueblos, en contraposición a lo que se ha llamado en otras ocasiones la Europa de los Estados. Y en tercer lugar, es decir, además de obligaciones entre Estados, además de derechos y obligaciones entre particulares, los Tratados contienen lo que se podría llamar la constitución de la Comunidad, o sea, las normas estructurales de las instituciones comunitarias.

Pues bien: terminada la negociación, se producirá como paso siguiente la firma del Tratado de Adhesión, presumiblemente antes del verano, y a partir de ese momento se pondrá en marcha el procedimiento de ratificación por parte de los Parlamentos de los Estados miembros, hasta que cuando se produzca la última de las ratificaciones y se deposite el instrumento correspondiente ante el Gobierno de Italia, que es el depositario del Tratado de Roma, y ante el Gobierno francés para el Tratado de París, tenga lugar la entrada en vigor del Tratado de Adhesión. En ese momento se producirá además la entrada en vigor en España de todo lo que se ha llamado «acerbo comunitario», en una traducción poco satisfactoria del término francés *acquis communautaire*, término que oiremos cada vez más frecuentemente, y que incluye no sólo lo que es propiamente Derecho comunitario, sino la totalidad de la experiencia comunitaria. El resultado de estos casi treinta años de vida en común de estas instituciones, de estos Estados miembros, y que se ha plasmado en dis-

posiciones normativas, en actos singulares, en acuerdos entre Estados, en sentencias del Tribunal, etc.

Planteados aquí los términos de examen del Derecho comunitario, es preciso hacer alusión primero a los caracteres del Derecho comunitario, después a sus fuentes y, finalmente, al proceso de inserción de ese conjunto orgánico en el ordenamiento jurídico nacional.

Empezando por los caracteres, hemos señalado, ante todo, que se trata de un Derecho nuevo, es decir, que no es el conjunto de reglas propias de cualquier organización internacional que rigen solamente el funcionamiento de las instituciones, sino que es un conjunto orgánico de normas que pretenden regular en su totalidad determinadas parcelas de actividad de los poderes públicos, pero no sólo de los poderes públicos, puesto que también tiene aspectos de Derecho privado, es decir, es un Derecho predominantemente público en el sentido de que en buena medida se podría decir que es Derecho administrativo, pero también tiene parcelas importantes en el Derecho privado, sobre todo Derecho mercantil. Por otro lado, este Derecho supranacional se encuentra inmerso en los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro y, por consiguiente, no es una parcela aislada, no es un conjunto de normas que se aplican además de las nacionales, sino que es un conjunto de normas armónicamente insertadas en el Derecho nacional, que se aplican simultáneamente, lo que plantea problemas muy importantes de exclusión o desplazamiento de las normas internas de cada Estado. Y a este respecto, las dos características esenciales que sirven para definir y delimitar claramente los caracteres del Derecho comunitario son: en primer lugar, la aplicabilidad directa, y en segundo lugar, la prevalencia o supremacía del Derecho comunitario. Por lo que respecta a la aplicabilidad directa, se trata de destacar el fenómeno que consiste en que las normas del Derecho comunitario, en principio, son susceptibles de ser aplicadas desde su publicación en el *Boletín Oficial de las Comunidades* (no en el *Boletín Oficial* de cada Estado miembro) y, por consiguiente, de ser invocadas por los particulares en sus relaciones con otros particulares o con sus Estados respectivos. Esto, como digo, es un carácter predicable, en principio, del Derecho comunitario en general, pero hay excepciones, como veremos al examinar los tipos de normas del Derecho comunitario, ya que un tipo de normas se aplica directamente y otro no porque requiere un desarrollo ulterior o una aplicación posterior en cada Estado miembro. Y hasta tal punto es así, que incluso leyendo los artículos del Tratado se comprueba que no todos ellos son directamente aplicables: es más, una de las tareas más típicas de depuración que el Tribunal de Luxemburgo ha realizado a lo largo de estos años, ha sido preci-

samente la de declarar en relación a una gran porción de artículos de los Tratados, si tales artículos son directamente aplicables o no lo son, porque las consecuencias de uno u otro de estos resultados son evidentes: si un determinado artículo de cualquiera de los tres Tratados es directamente aplicable en un Estado miembro, cualquier ciudadano podrá invocar su existencia para exigir algo, o bien a sus autoridades o bien a las de otro Estado miembro, o bien a otro particular. Si tales preceptos no son directamente aplicables, todo queda en suspenso hasta el momento en que haya una disposición que desarrolle o concrete el contenido de esa disposición para hacer posible entonces la invocabilidad por parte de los particulares.

En segundo lugar tenemos el principio de prevalencia. Es un principio que puede enfocarse desde dos puntos de vista: se dice que el Derecho comunitario prevalece en cualquier caso sobre el Derecho de los Estados miembros. Esto nos suena vagamente al artículo 149 de la Constitución Española, donde se dice algo parecido en relación al Derecho del Estado en relación con el de las Comunidades Autónomas. Y en el fondo, el problema es parecido, porque enfocado el problema desde otro punto de vista, no se trata tanto de que el Derecho comunitario sea más importante o tenga un rango jurídico superior al Derecho de los Estados miembros, sino simplemente que en aquellas materias en las que el Estado, todos los Estados, han cedido una parcela de su soberanía en favor de las Comunidades Europeas, quienes tienen competencia para regular esa materia son las Comunidades y no ya el Estado, y, por consiguiente, en esa materias si hay dos normas en conflicto, prevalece la norma comunitaria, no porque sea superior en rango, sino porque es la única aplicable en razón de la materia, porque sólo tienen competencia las instituciones comunitarias y no el Estado. Es decir, que de forma casi idéntica a como se resuelven los conflictos de competencia a escala interna entre el Estado y las Comunidades Autónomas, es más o menos como se resuelve el problema a escala comunitaria.

Estos dos caracteres, aun siendo absolutamente fundamentales y produciendo unas consecuencias, como vamos a ver, sorprendentes, no están contenidos en ningún artículo de ninguno de los Tratados. Ni han sido tampoco resultado de elucubraciones doctrinales, sino que han sido consagradas por importantes sentencias del Tribunal de Luxemburgo, que ya desde los primeros años de funcionamiento de la Comunidad tuvo ocasión de pronunciarse al respecto. La primera de estas sentencias data de febrero de 1963 y es una de las más conocidas, la sentencia histórica del Tribunal, que es la sentencia dictada en el asunto VAN GEND & LOOS, que era una empresa de transporte que deseando importar un pro-

ducto químico de Alemania, se vio ante la existencia en el país, en Holanda, de una barrera arancelaria, de un nuevo derecho, que había sido impuesto por el Estado para la importación de esos productos. Y entonces se preguntaba esa Empresa si la prohibición que contiene el Tratado en su artículo 30 de que los Estados miembros impongan barreras arancelarias y restricciones cuantitativas a la importación de productos es una disposición directamente aplicable y sirve simplemente para prohibir estos derechos arancelarios. En definitiva, lo que pretendía era que se declarase que estos derechos eran incompatibles con el Tratado y que, por consiguiente, se podía importar el producto en cuestión sin pagar ningún arancel ni ningún derecho. Pues bien, siguiendo el hilo del razonamiento en relación a si este artículo era o no aplicable, el Tribunal hizo unos pronunciamientos que tienen ya el carácter de históricos, al decir, entre otras cosas, que «había que concluir que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en materia restringida, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos no son solamente los Estados miembros, sino también sus nacionales». En consecuencia, el Derecho comunitario independiente de la legislación de los Estados miembros, así como crea obligaciones para los particulares, están también destinado a engendrar derechos que entran en su patrimonio jurídico, es decir, aquí por primera vez se dijo claramente que la Comunidad constituye un mecanismo de Derecho internacional, en virtud del cual los Estados miembros ceden parcelas de su soberanía de forma permanente, y únicamente limitada por razón de la materia, es decir, que la entrada en las Comunidades —y esto ya es un primer tema a considerar— supone una cesión de soberanía con carácter indefinido, ya que no está prevista la posibilidad de su recuperación. A este respecto, así como el Tratado de creación de la CECA, el Tratado de París, preveía que esta organización tendría una duración limitada de cincuenta años, por el contrario, las otras dos Comunidades, la CEE y la de la Energía Atómica, no tienen un período de duración previsto, sino que, al contrario, se dice que es de duración ilimitada, y no está previsto en estos Tratados ningún mecanismo de denuncia o de retirada de los Estados miembros. Por consiguiente, hay una cesión de soberanía y el Derecho comunitario no hace más que plasmar esta realidad. Consecuencia de esta declaración tan trascendental es que la primera pregunta que uno se deba formular es la de cuáles son las materias en las que se ha cedido esta soberanía, para saber hasta qué punto esto es un terremoto o es simplemente un ligero temblor de tierra. Pues bien, las parcelas concretas que han sido cedidas son las que constituyen el objeto de las llamadas políticas comunes, es decir, aquellas

materias en las que la Comunidad ya tiene facultades para regular íntegramente esa materia con exclusión de las competencias de los Estados miembros. Tales materias son, en primer lugar, la política comercial común, que comprende desde el establecimiento de unas barreras arancelarias comunes frente al resto del mundo y, por tanto, a la regulación de todos los aspectos arancelarios, como también la supresión de barreras entre los Estados miembros, y todo el conjunto de normas relacionadas con ellos que tienden a crear un Mercado Común en sentido económico, y aquí nos encontramos con la política de la competencia, uno de los capítulos fundamentales, y la política comercial respecto a terceros países (es decir, que la competencia para celebrar Tratados internacionales con terceros países de contenido comercial ya no es de los Estados, sino que es de la Comunidad). La política comercial, por consiguiente, es comunitaria; en segundo lugar, la política agrícola, que constituye el capítulo más importante con gran diferencia en relación con los demás, hasta el punto de que el Derecho comunitario en más de un 80 por 100 es Derecho agrícola en la práctica; en tercer lugar, la política de transportes, que no comprende la totalidad de los transportes posibles, sino que fundamentalmente se circunscribe a los transportes terrestres, ya sea por carretera o por ferrocarril.

Este sería el bloque fundamental de políticas comunes. Posteriormente se han ido elaborando nuevas políticas comunes de importancia relativamente menor, como la política de la pesca, la política del medio ambiente y hasta la política fiscal, aunque esta última está muy lejos de ser una verdadera política en su totalidad, que comprende aspectos muy limitados. También la política de protección de los consumidores y, un capítulo muy importante, la llamada aproximación de legislaciones, capítulo éste que no es una verdadera política común, es decir, no es una materia reservada a la Comunidad, sino que es un «invento», podríamos decir, para lograr un resultado fundamental, que es el de que las legislaciones nacionales se vayan pareciendo más las unas a las otras para crear de verdad un entramado normativo cada vez más homogéneo que permita hablar de una verdadera Comunidad. Hay que reconocer que en el momento en que se constituyen las Comunidades (se toma el año 1957 como año de referencia, aunque sabemos que ya desde el año 1951 se empieza a poner en marcha el Mercado Común del Carbón y del Acero), los Estados miembros iniciales tenían una tradición legislativa muy variada y dispar; no tenía nada que ver la tradición jurídica alemana con la francesa o con la italiana, ni tampoco eran iguales las situaciones económicas de esos países. Por consiguiente, era necesario reconocer ese hecho, permitir que hubiese varias diferencias de gran importan-

cia incluso entre los Estados miembros, pero eso sí, con la obligación o el compromiso de que a lo largo del tiempo esas diferencias iniciales se fuesen reduciendo, y es por ello por lo que el Tratado de Roma, en el artículo 100, prevé que a través de directivas se vaya organizando esta aproximación de legislaciones, y que a lo largo del tiempo se produzca este fenómeno de homogeneización entre los Estados miembros.

Por tanto, tenemos aquí una somera descripción de las materias en las que se ha cedido la soberanía estatal en favor de las Comunidades. Se podría quizá completar esta descripción diciendo que para el cumplimiento de todas esas finalidades se establecen cuatro principios o se reconocen cuatro libertades básicas de las que se va a oír hablar permanentemente, que son: la libertad de circulación de mercancías; la libertad de circulación de personas, en su doble vertiente de personas asalariadas, es decir, de trabajadores, o de personas que actúan por cuenta propia, no asalariadas, concretamente podríamos hablar de profesiones liberales; a continuación, libertad de circulación de servicios, y, finalmente, libertad de circulación de capitales. Esto en grandes rasgos es lo que constituye el contenido del Derecho comunitario y en esas materias es donde se ha cedido parcelas de soberanía.

Pues bien, poco después de la sentencia citada, nos encontramos con una segunda igualmente importante de 15 de julio de 1964, que es la sentencia dictada en el asunto COSTA contra ENEL. Este es un asunto típico de lo que constituye el procedimiento prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, y digo típico porque, como veremos, la cuestión que se debate, el objeto de la litis era prácticamente ridículo por su cuantía y, sin embargo, las consecuencias que traería consigo para el futuro serían enormes. En definitiva, no se trataba más que de que el SR. FLAMINIO COSTA se negaba a pagar la factura de la luz que le había girado el ENEL, el ente nacional de energía eléctrica, que acababa de nacionalizar la electricidad en Italia y simplemente le pasaba el recibo. El SR. COSTA se negaba a pagar invocando el Derecho comunitario, la incompatibilidad con el mismo de los monopolios y, en definitiva, el que no podrían crearse restricciones a la libertad de mercado. Con un asunto tan trivial, planteado además no ante una suprema instancia, como sería el Tribunal Supremo, sino al equivalente de un Juez de Paz, se planteó por éste cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo para conocer cuál es el alcance del Derecho comunitario, cuál es el papel de un Juez nacional ante el Derecho comunitario y, finalmente, para saber si una norma nacional puede prevalecer o no con relación a una norma comunitaria. En esta ocasión, el Tribunal se manifestó en los siguientes términos: por un lado, dijo que «a diferencia de los Tratados internacio-

nales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros, desde la entrada en vigor del Tratado, y que se impone a sus órganos jurisdiccionales. En efecto, al constituir una Comunidad de duración ilimitada dotada de instituciones propias, de personalidad, capacidad jurídica, capacidad de representación internacional y más particularmente de poderes reales nacidos de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos y han creado así un cuerpo de Derecho aplicable a sus súbditos y a ellos mismos. Corolario de esto es la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer contra un ordenamiento jurídico aceptado por ellos, sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior que no puede, en consecuencia, serle opuesta. La fuerza ejecutiva del Derecho comunitario no puede, en efecto, variar de un Estado a otro al amparo de medidas legislativas internas posteriores sin que con ello se pusiese en peligro la realización de los objetivos previstos en los artículos iniciales del Tratado». Luego aquí ya se reconocía expresamente la prevalencia del Derecho comunitario sobre los Estados nacionales. Del conjunto de estos elementos, decía el Tribunal, resulta que por surgir de una fuente autónoma el Derecho nacido del Tratado no podría, pues, en razón de su naturaleza específica original, dejarse oponer judicialmente un texto interno de cualquier clase que sea, sin perder su carácter comunitario y sin cuestionarse la base jurídica misma de la Comunidad. Es decir, que la transferencia operada por los Estados implica una limitación definitiva de sus derechos soberanos, contra la cual no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con la noción de Comunidad. Queda claro, por consiguiente, que a partir de esta sentencia cualquier disposición legislativa interna que sea contraria a una norma comunitaria, sea cual sea, no puede prevalecer, sino que, al contrario, queda desplazada automáticamente por la mera existencia de la norma comunitaria. Esta es la segunda de las sentencias importantes dictadas en las que se han reconocido caracteres esenciales del Derecho comunitario. Podría plantear la cuestión de saber hasta qué punto esto es cierto si la oposición o el conflicto surge no entre una norma comunitaria y una norma interna cualquiera, sino entre una norma de la Constitución de un Estado miembro y una norma de Derecho comunitario. El tema evidentemente es muy espinoso y no se prestaba a una solución fácil. El Tribunal ha tenido el valor de pronunciarse sobre tal problema en alguna ocasión, y concretamente ya la Sentencia de 17 de diciembre de 1970 indica que el Derecho nacido del Tratado no podría en razón de su naturaleza aceptar

que se le opongan judicialmente reglas de Derecho nacional, cualesquiera que sean, sin perder su carácter comunitario y sin que se ponga en entredicho la base jurídica de la Comunidad. La invocación de atentados, sea a los derechos fundamentales, tal como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, sea a los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto sobre el territorio de este Estado. Es decir, que el Tribunal en un caso como éste también ha sostenido la prevalencia del Derecho comunitario. Pero para que no parezca excesivo este pronunciamiento, se ha matizado con posterioridad, indicando que en realidad no es tanto que prevalezca la Constitución, sino que el conflicto no se puede producir nunca, porque precisamente el Tratado contempla en sus artículos iniciales y en el artículo 237, que regula la incorporación de nuevos Estados miembros, el que sólo puedan ser socios de este Club aquellos Estados que ya tienen en común una estructura constitucional análoga o, por lo menos, que responden a una filosofía democrática y de libertades idéntica en todos ellos. Es decir, que no puede haber contradicciones de importancia entre las Constituciones de los Estados miembros, porque todas ellas están informadas por los mismos principios, y esos principios, a su vez, informan al Derecho de la Comunidad, luego en realidad no puede haber oposición entre normas comunitarias y normas constitucionales.

La cuestión ha quedado en esta situación. No quiere decirse, por supuesto, que ésta sea una solución perfectamente satisfactoria o intelectualmente aceptable sin reservas, puesto que indudablemente cabe pensar que en algún supuesto, siquiera sea mínimo, puede haber alguna contradicción con las Constituciones de los Estados miembros.

Finalmente, por no seguir con un examen exhaustivo de sentencias, queda por aludir a otra Sentencia importante más reciente todavía, la de 9 de marzo de 1978, asunto *SIMMENTHAL*, Empresa de alimentación italiana. En esta sentencia, el Tribunal alude, una vez más, al principio de primacía, diciendo que «en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros no sólo el hacer inaplicable de pleno derecho, por el mismo hecho de su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional existente, sino también, en cuanto que estas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable de cada uno de los Estados miembros, tienen por efecto el impedir la adopción válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que éstos fueran

incompatibles con normas comunitarias. Sería, por consiguiente, incompatible con las exigencias de la naturaleza del Derecho comunitario toda disposición nacional que tuviera por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario, por el hecho de rehusar al Juez competente para aplicar este Derecho el poder de hacer en el momento mismo de esta aplicación todo lo necesario para obviar las disposiciones legislativas nacionales que puedan obstaculizar la plena eficacia de las normas comunitarias». Toda esta larga fórmula se puede resumir en dos palabras: se trata —dice el Tribunal— de que los Jueces nacionales tienen la obligación —no ya el derecho— de aplicar el Derecho comunitario cuando éste sea relevante para la solución del caso que tienen que decidir, incluso en aquellos casos en que el Derecho comunitario esté en contradicción con el Derecho nacional, lo cual para el Juez es un dilema enorme y prácticamente insoluble. El Juez, que por su propia naturaleza, por razón de su cargo, está obligado a aplicar la Ley, no puede entrar a calificar esa Ley, sino que todo lo más, si tiene dudas sobre su constitucionalidad en nuestro país, por ejemplo, lo único que puede hacer es suscitar una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, cuando se trata de normas comunitarias no puede hacer esto. No puede acudir al Tribunal Constitucional, sino que está obligado a aplicar el Derecho comunitario y a dejar de lado, a no aplicar, el Derecho nacional que sea incompatible con tal norma. Es tal la trascendencia de este principio, es tal la revolución efectiva que esto supone para la tradición jurisdiccional, que se entiende que en estos casos el Juez, atemorizado ante lo que tiene que hacer, invoque permanentemente la necesidad de suscitar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo; por lo menos, para tener la seguridad de que efectivamente hay una contradicción entre el Derecho comunitario y el nacional, y tener la seguridad de que lo que debe aplicarse es el Derecho comunitario, y sólo entonces, y todavía está por ver en la práctica, se atreverá a decir que una Ley, por ejemplo, española, no es aplicable al caso. Es decir, aquí sí que estamos ante una de las consecuencias más llamativas de la naturaleza jurídica del Derecho comunitario. Concretamente, el Tribunal dijo que «el Juez nacional encargado de aplicar en el marco de sus competencias las disposiciones del Derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello tenga que pedir o esperar su previa eliminación, por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional».

Pues bien, hemos analizado ya las características del Derecho comu-

nitario: aplicación directa, supremacía o prevalencia; nos corresponde ahora examinar, una vez que hemos ya descrito someramente el objeto de esta regulación comunitaria, es decir, qué materias abarca, corresponde ahora examinar la tipología de normas, o en otras palabras, las fuentes del Derecho comunitario. Pues bien, como sabemos, estamos ante tres Comunidades, tres Comunidades que a partir de 1965 y mediante un Tratado que modificó a los tres Tratados iniciales, se han unificado los órganos, se han unificado las instituciones. Es decir, que hay un solo Consejo, una sola Comisión, un solo Tribunal y así sucesivamente. Pero en realidad todavía, formalmente, hay tres Comunidades, y digo todavía porque existe el proyecto de unificarlas en una única Comunidad, con un único texto, y aprovechar la ocasión para aumentar el grado de integración política europea. Cada una de estas Comunidades tiene sus propias normas, a pesar de que emanen o procedan del mismo órgano. Concretamente, el primero de los Tratados, el Tratado de París, por el que se creó la CECA, tiene una tipología de normas que lamentablemente no coincide con la de las otras dos Comunidades y, sin embargo, se presta a confusión permanentemente, porque los términos utilizados en uno y otro caso son términos parecidos, y en este sentido lo que mejor se puede hacer en una conferencia de este tipo es casi siempre olvidarse de lo que dice el Tratado de París para evitar confusiones intentando diferenciar unas y otras normas, porque no es lo mismo una decisión, por ejemplo, en la Comunidad del Carbón y del Acero, que en la CEE; no es lo mismo una recomendación, y así sucesivamente. Por consiguiente, lo más eficaz en estos casos es decir que la terminología del Tratado de París es distinta de la del Tratado de Roma; pero como normalmente al hablar de Comunidades nos referimos siempre a la CEE tiene interés que analicemos cuáles son los actos, ya sean normativos, ya sean singulares, de las instituciones comunitarias en el ámbito de la CEE. Esta tipología se contempla en el artículo 189 del Tratado de Roma, donde se dice, en primer lugar, que «para el cumplimiento de su misión y en las condiciones previstas en el presente Tratado, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, dictarán decisiones y formularán recomendaciones o dictámenes». Con una formulación tan lapidaria se enumeran los tipos de actos que pueden emanar de las instituciones comunitarias. Y, ante todo, hay que señalar que se refiere al Consejo y a la Comisión, únicos órganos que tienen potestad legislativa en el seno de la Comunidad, como se habrá, sin duda, indicado en la ponencia anterior. Es decir, que a diferencia de lo que ocurre en un Estado tradicional moderno, el Parlamento carece de potestad legislativa y, sin embargo, órganos integrados por miembros típicos del poder ejecutivo, como es

el Consejo, son los depositarios de la potestad normativa en el seno de la Comunidad, y esta potestad normativa se manifiesta o se concretiza a través de reglamentos y de directivas, que son las dos modalidades típicas de normas comunitarias de lo que se conoce como Derecho derivado. En efecto, antes de pasar a examinar estos dos tipos de normas es preciso señalar la bipartición introducida por la doctrina entre Derecho originario o Derecho primario y Derecho derivado. El Derecho originario está constituido, ante todo, por los Tratados; es un poco la Constitución de las Comunidades. Es el Derecho más importante, el más difícil de modificar y el que constituye los cimientos de la Comunidad. Este Derecho primario está integrado también por los Tratados que después han modificado a aquéllos, como el Tratado de Bruselas de 1965, en el que se unificaron las instituciones de las tres Comunidades. También se produce otra modificación en 1975, para poner en práctica un sistema de recursos financieros propios de la Comunidad. A partir de esta fecha, la Comunidad se nutre no ya de cupos o aportaciones de los Estados miembros, sino que tiene unos ingresos propios, unas fuentes propias de financiación. Se produce también otra modificación en el año 1976 y en el año 1979, creándose el Tribunal de Cuentas, por un lado, e introduciéndose el principio de elección por sufragio universal de los miembros de la Asamblea o Parlamento Europeo. Y luego, junto con estas modificaciones, se producen otras con ocasión de la ampliación del Mercado Común, y entonces tenemos el Tratado de Adhesión de Inglaterra, Irlanda y Dinamarca en el año 1972, y el Tratado de Adhesión de Grecia. Posteriormente existirá el Tratado de Adhesión de España y Portugal. En estos Tratados de Adhesión se contemplan: primero, en un articulado muy breve, las condiciones globales o generales de adhesión, las condiciones que aceptan los Estados que se incorporan para ser socios de este Club. Pero después, en instrumentos posteriores o, por lo menos, separados, se contemplan ya una miríada de modificaciones muy concretas, muy limitadas, tanto de artículos de los Tratados, que son mínimas, como de las normas de Derecho derivado que están en vigor. Es lo que se llama el Acta de Adhesión. Acta en realidad es un término también insatisfactorio, por ser una traducción del término francés ACTE, y si se acepta finalmente es por lo que tiene de reflejo o constatación de una serie de acuerdos concretos entre los Estados miembros. El Acta de Adhesión en este sentido no es más que un anexo al Tratado de Adhesión y contiene, en primer lugar, las modificaciones formales de los Tratados, que, como digo, son mínimas y aluden solamente al número de miembros de las Comunidades, número de miembros en el Consejo, en la Comisión, en el Tribunal, en la Asamblea, en el Tribunal de Cuen-

tas, etc., es decir, se modifica el número de miembros para dejar sitio a los representantes del nuevo Estado. Igualmente, cuando se hace alusión a los distintos Estados miembros, se incluye el nombre del nuevo Estado recién llegado. Asimismo, se alude a los turnos, a las siglas que se emplean, etc. Es decir, se trata de modificaciones puramente formales. En segundo lugar, se incluyen las modificaciones no ya de los Tratados, sino de todo el Derecho derivado, y ésta es una labor minuciosa y agotadora porque requiere el previo examen de las más de cincuenta mil páginas de Derecho derivado vigente.

Pues bien, todas y cada una de las disposiciones comunitarias vigentes que tengan que ser modificadas, sólo pueden serlo en este Acta de Adhesión. Por consiguiente, son páginas y páginas de disposiciones escurridas y su lectura tiene poco interés; resulta casi imposible hacerla de corrido. Sólo tiene interés en relación con cada una de las disposiciones que se ven afectadas. Posteriormente, además de estas modificaciones, se incluyen aquellas modificaciones que no es posible aplicar o llevar a cabo en el momento de la adhesión, sino que se deja a los órganos interesados un plazo para que las lleven a cabo. El Tratado de Adhesión con su Acta de Adhesión y otros muchos anejos que contiene, con declaraciones doctrinales o de principios, con manifestaciones de los Estados miembros, etc., forma parte del Derecho primario, del Derecho constitucional, podríamos decir comunitario. Junto a él nos encontramos con el Derecho derivado, que está integrado fundamentalmente por las normas emanadas de las instituciones comunitarias. Los Tratados ponen en funcionamiento unas instituciones; y a dos de ellas: a la Comisión y, sobre todo, al Consejo les atribuyen potestad normativa. Con relación al Reglamento, el artículo 189 dice que «tiene un alcance general, que es obligatorio en todos sus extremos o en todos sus elementos y que es directamente aplicable a todo Estado miembro». Por consiguiente, con estas características, es decir, siendo una disposición normativa de carácter general directamente aplicable en todos los Estados miembros desde su publicación, nos encontramos con que este concepto es casi idéntico con el de Ley en cada uno de los Estados miembros. Una vez más, aparece una fuente de posible confusión; utilizamos un término —Reglamento— en una acepción totalmente distinta de lo que ocurre con el «Reglamento» en el seno de nuestro ordenamiento jurídico interno, y esto hay que tenerlo presente permanentemente, precisamente en relación con el problema de la prevalencia para evitar que ante una Ley española que se encuentre en conflicto con un Reglamento comunitario, se aplique indebidamente el principio de jerarquía normativa desplazándose al Reglamento, independientemente de que, como decía, no es tanto un pro-

blema de jerarquía, sino de competencia. En segundo lugar, la directiva, e insisto en lo de directiva porque también habrá polémica entre la utilización del término directiva y el término directriz. Directiva para muchos es un término no castellano, no existe en nuestra lengua, y, por tanto, habría que decir directriz. Por el contrario, los que nos ocupamos de estas materias en el momento en que se constituyó el Ministerio de Relaciones con las Comunidades Europeas, después de pensar mucho sobre el tema concluimos que el término que debe ser utilizado es el de directiva, entre otras razones, primero, porque se trata de un nuevo fenómeno jurídico, no contemplado por el Derecho nacional, por lo que el hecho de que no exista el término en castellano no es óbice para que se acuñe un término nuevo para un fenómeno nuevo. Y, en segundo lugar, porque es necesario distinguir entre directiva y directriz, hasta el punto de que en algunos casos, no muy frecuentes, se puede en una misma frase utilizar los dos; por ejemplo, podría decirse: «para establecer las directrices que debe seguir la política de transportes..., la Comunidad ha dictado una directiva, que contiene las siguientes disposiciones...»; si no utilizásemos términos distintos, no tendría sentido la frase. Es decir, que aunque sólo sea por esas dos razones, creemos conveniente utilizar el término directiva. En cualquier caso, el término en francés es *directive*, en inglés *directive*, en italiano *direttiva*, es decir, que parece claro que hay que utilizar un término lo más parecido posible, aunque sólo sea por fonética. Pues bien, la directiva vincula a todo Estado miembro destinatario en cuanto al resultado a alcanzar sin perjuicio de dejar a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y a los medios, es decir, que, en principio, es una norma que no está dirigida a los ciudadanos, sino a los Estados miembros. Por tanto, no contiene obligaciones ni derechos directamente exigibles o invocables por los particulares, sino solamente obligaciones por los Estados miembros. La directiva señala unas metas, unas finalidades, y deja que cada Estado miembro cumpla esas finalidades como quiera. La directiva se interesa únicamente por el resultado, no por el procedimiento seguido por cada Estado para lograrlo. La directiva, por otra parte, es un mecanismo original, propio de las Comunidades, que se creó precisamente para responder al fenómeno que ya he mencionado de disparidad de legislaciones y para servir de instrumento para lograr la aproximación de estas legislaciones, de tal manera que, en aplicación del artículo 100 del Tratado de Roma, lo que se trata fundamentalmente es de lograr que los Estados miembros vayan dictando unas reglamentaciones cada vez más parecidas para hacer posible de verdad el funcionamiento del Mercado Común. Concretamente pueden existir casos como, por ejemplo, el del

derecho de establecimiento, en el que se aplica el principio teórico de no discriminación, contenido en el artículo séptimo del Tratado y en muchos otros artículos. A raíz de la entrada en las Comunidades ningún Estado miembro puede discriminar por razón de la nacionalidad a ninguna persona o a ninguna sociedad. Todo nacional de la Comunidad o toda persona residente en la Comunidad, aunque no sea nacional de ella, tiene libertad absoluta de establecerse donde desee y ejercer su actividad profesional con la que se gana la vida. Con esas dos declaraciones parecería lógico que a partir de la entrada de España en el Mercado Común, puedan venir a España los Abogados alemanes, franceses, italianos, o que los españoles, ya sean Arquitectos, Ingenieros, etc., puedan trabajar en cualquier país de la Comunidad.

En la práctica nada de esto ocurre, y no porque se violen estos principios, sino porque simplemente lo único que exigen estos principios es no discriminar y dejar en libertad a estas personas para establecerse. Pero lo que no se dice en ninguno de estos artículos es que sea libre el trabajo o libre el desempeño de actividades profesionales, sino que simplemente, por ejemplo, que para que un Abogado francés venga a trabajar a España, se le debe exigir exactamente lo mismo que a un ciudadano español, es decir, que tenga un título universitario español, que se colegie en un Colegio de Abogados español, y si no tiene estos requisitos, no puede trabajar en España, y no porque se le está discriminando por razón de la nacionalidad, sino que se le está exigiendo exactamente lo mismo que al español. Pues bien, ante esta circunstancia, si de verdad se quiere lograr el resultado de la libre circulación de personas, si de verdad se quiere hacer posible el que un Abogado francés trabaje en España sin más, y que un español en Alemania sin más, lo que hay que lograr es una aproximación de legislaciones, lo que requiere que el contenido de la carrera de Derecho, por decir una cosa utópica, sea idéntico o muy parecido en España que en Alemania, que en Francia, y sólo entonces se podrá decir que el título de un Abogado francés es equivalente al de Abogado español, y sólo entonces de verdad podrá producirse esa libre circulación. Resultado de todo esto es que sólo en aquellas profesiones muy técnicas, en las que la formación sí puede ser idéntica en todo el Mercado Común, se puede producir este efecto de reconocimiento de títulos. Es un caso típico de utilización de las directivas; el resultado que se pretende lograr se lleva a efecto dejando en libertad a los Estados miembros sobre los procedimientos. Sólo la finalidad es la que se establece con carácter obligatorio.

Nos queda por hablar de la decisión, de la que dice el artículo 189 que es obligatoria en todos sus elementos para los destinatarios que de-

signe. No se dice si tiene contenido normativo o no, pero en la práctica puede tenerlo o no. Toda decisión tiene carácter obligatorio, pero no siempre normativo, en el sentido de ser una disposición de carácter general, sino que por su propia definición tiene una limitación clara en cuanto a los destinatarios y, además, no es de una aplicación permanente y reiterada en el futuro, salvo algunas excepciones. Es decir, que las decisiones por regla general son equivalentes a actos administrativos, si bien en algunos casos pueden tener también carácter de disposiciones normativas, pero limitadas en cuanto al número de destinatarios.

Se plantean una serie de problemas en torno a esta tipología de normas y, sobre todo, en cuanto a aspectos relacionados con ellas, concretamente, cómo entran en vigor, cómo se aplican y cómo se ejecutan, en algunos casos. ¿Cómo entran en vigor? El artículo 191 dice que «los Reglamentos se publicarán en el *Boletín Oficial de la Comunidad*, entrarán en vigor en la fecha que indiquen o, en defecto de indicación, al vigésimo día siguiente a su publicación». Primera consecuencia, por tanto: los Reglamentos se publican en el *Boletín Oficial de la Comunidad*, no en el *Boletín Oficial del Estado*. Por consiguiente —y sobre esto también se ha pronunciado el Tribunal de Justicia—, sería totalmente contrario al Derecho comunitario el que los Estados miembros reprodujesen en su *Boletín Oficial* las normas de Derecho comunitario, porque produciría una confusión en torno a la verdadera naturaleza de esas normas, que emanan de las instituciones comunitarias y no necesitan de ningún refrendo ni de ninguna transmutación en normas nacionales, sino que son obligatorias inmediatamente desde la fecha de su entrada en vigor en toda la Comunidad, bastando para ello sólo la publicación en el *Diario de las Comunidades*. A este respecto hay que señalar como dato de interés que la entrada en vigor de esas normas en España, en el momento de la incorporación de España al Mercado Común, si requerirá una publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, pero esa publicación deberá limitarse exclusivamente al Tratado de Adhesión y a los Tratados Constitutivos, es decir, que, evidentemente, para que todo este entramado de normas se inserten en el Derecho español, es preciso, como señala la Constitución Española, que se produzca su publicación; en el momento en que se produce la publicación del Tratado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución, que dice que «los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno», entra en vigor como Derecho interno todo lo previsto en esos Tratados y, por consiguiente, lo previsto en este artículo 191, que dispone que «los Regla-

mentos entran en vigor publicándose en el *Boletín Oficial de la Comunidad*».

Las directivas también se publican sólo en el *Diario Oficial de la Comunidad*, pero requieren además una notificación directa a su destinatarios y entran en vigor a partir de esa notificación, por tener como destinatarios a los Estados miembros. En un caso concreto en que Italia publicó en el *Diario Oficial* italiano una norma comunitaria, el Tribunal de Justicia rechazó esa posibilidad y ya condenó para lo sucesivo esa práctica como contraria al Derecho comunitario.

Otro aspecto importante es el de la ejecución de las actas comunitarias. Dice el artículo 192 que «las decisiones del Consejo o de la Comisión que comportan una obligación pecuniaria a cargo de personas distintas de un Estado miembro tienen el carácter de título ejecutivo. La ejecución forzosa será regida o reglada por las normas de procedimiento civil vigente en el Estado en cuyo territorio deba tener lugar la ejecución. La fórmula ejecutoria deberá ser añadida al documento, sin otro control que el de la simple verificación de la autenticidad del título por parte de la autoridad nacional que el Gobierno de cada Estado miembro designe a tal efecto, indicando su identidad a la Comisión y al Tribunal de Justicia». Es decir, que si una decisión le impone una obligación a una empresa o a un particular de carácter económico, esa decisión comunitaria es ya en sí misma título ejecutivo, y para lograr la ejecución forzosa hay que acudir a la jurisdicción nacional. El Tribunal de Justicia, por ejemplo, no tiene potestad para ejecutar esa obligación, pero, sin embargo, sí la tienen las jurisdicciones nacionales. Por consiguiente, el acreedor, por así decir, o la propia Comisión, cuando se trata de una decisión emanada de la Comisión que impone una multa, por ejemplo, a una sociedad o a un particular, tiene potestad suficiente para acudir a las autoridades de cada Estado miembro para solicitar la ejecución forzosa. Esta ejecución forzosa se rige, evidentemente, por las normas nacionales, pero no hace falta un procedimiento especial o un juicio de *exequatur*, etc., sino que basta simplemente con que se compruebe la autenticidad del documento por parte de la autoridad ya preestablecida que conoce la propia Comisión y el Tribunal de Justicia para que esa norma se lleve a la práctica.

Con lo hasta aquí expuesto se ha analizado el bloque de lo que podríamos llamar Derecho escrito o Derecho legislativo comunitario. Junto con él tenemos otras parcelas que integran también el ordenamiento comunitario o el Derecho comunitario en sentido amplio. En primer lugar, hay que aludir a los principios generales del Derecho, que, evidentemente, inspiran también a este ordenamiento jurídico y que son invocados

por el Tribunal de Justicia con frecuencia, como principios generales del Derecho compartidos por los Estados miembros y que forman un patrimonio común de Europa. En segundo lugar, los principios del Derecho internacional, porque no hay que olvidar que la Comunidad tiene personalidad jurídica internacional, que celebra Tratados con terceros países y que, por consiguiente, tiene la facultad de aplicar la tradición, los principios y las reglas del Derecho internacional público. Y a continuación tenemos la jurisprudencia, que al contrario de lo que ocurre en el ordenamiento español, tiene una trascendencia enorme, hasta el punto de que se ha hablado de la Europa de los Jueces, un poco como lo que está ocurriendo en España con el Tribunal Constitucional, que al final ha venido a verse atribuido en una función de arquitecto de la Constitución Española en la práctica. Pues bien, en la Comunidad ocurre lo mismo. Corresponde al Tribunal de Justicia, como dice el artículo 164, la función de ser el garante de la aplicación y de la interpretación uniforme del Derecho comunitario. En este sentido, el Tribunal de Justicia en sus sentencias, como las que he citado y muchas otras, ha venido a abrir nuevas fronteras o, por lo menos, a indicar el contenido concreto del Derecho comunitario a lo largo del tiempo. Ha introducido así nuevos principios que hasta entonces no se habían atrevido a formular los Estados miembros y que estaban en tela de juicio; ha perfilado ámbitos enteros del Derecho comunitario, como, por ejemplo, el Derecho de la competencia, y ha establecido, como digo, un punto permanente de referencia hasta el punto de que en cada caso en que algún artículo todavía no ha sido objeto de examen por parte del Tribunal de Justicia, aún pueden plantearse dudas y discrepancias entre las partes. El Tribunal ha venido a despejar buena parte de dichas dudas en su ya abundante jurisprudencia, respecto de la cual cabe señalar, sobre todo, su carácter europeísta, y aquí, una vez más, hay motivo para hablar de la Europa de los Jueces. Incluso la Comisión, que es el órgano que por su propia razón de ser es el guardián permanente de la Comunidad, el tutor del interés comunitario supranacional, en muchos casos ha sido más tímido que el Tribunal en sus declaraciones de principios. Por ejemplo, cuando ha tenido que enfrentarse con los monopolios nacionales, como es el caso del Monopolio de Petróleos en Francia, la Comisión ha sido tímida: ha tardado veinte años prácticamente en obligar a Francia a adaptar sus normas internas. Por el contrario, el Tribunal, como hemos visto, no se ha detenido incluso, como hemos visto, ante las propias Constituciones nacionales. La jurisprudencia, por tanto, forma parte esencial del acervo comunitario.

Y para terminar tendríamos que aludir a los Tratados celebrados ya

con terceros Estados por parte de la Comunidad, como también aquellos otros Tratados celebrados con los Estados miembros entre sí: por ejemplo, en aplicación del artículo 220 del Tratado para lograr una serie de finalidades, como el reconocimiento de personas jurídicas internacionales o de otro Estado miembro, el reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas por jurisdicciones de los demás Estados miembros. Se han celebrado y han entrado en vigor, aunque no todos, Tratados entre los Estados miembros en el marco de esta política. Esos Tratados, evidentemente, también integran el Derecho comunitario.

Y, finalmente, nos encontramos con un híbrido un poco curioso, que son las llamadas resoluciones o acuerdos de los representantes de los Estados miembros adoptados en el seno del Consejo. Es decir, con motivo de la reunión del Consejo, o con motivo de la reunión del llamado Consejo Europeo, los representantes de cada Estado miembro, además de poder, por ejemplo, dictar una disposición normativa, como sería un Reglamento a través de un procedimiento legislativo bastante complejo, bastante largo, y que incluye numerosas consultas a la Asamblea, a los Comités consultivos, a las Administraciones nacionales, etc., en otros casos, en vez de hacer esto, se limita simplemente a adoptar un acuerdo que, como tal, no es vinculante, no es Derecho comunitario en sentido estricto, no responde a ninguno de estos tipos de normas, pero que, sin embargo, está ahí y produce efectos a veces espectaculares. Para hacernos una idea hasta aludir al famoso Compromiso de Luxemburgo. El Compromiso de Luxemburgo, del que se oye hablar con frecuencia, se produjo como consecuencia de la primera grave crisis de la Comunidad. En el año 1966, Francia empezó a ver que sus intereses nacionales podrían verse lesionados, en materia agrícola sobre todo, por intereses compartidos por los demás Estados miembros y perjudiciales para Francia y decidió ante tal situación paralizar el funcionamiento de la Comunidad hasta que se diese satisfacción a sus propios intereses. Se produce la llamada política de la «silla vacía»; durante seis meses ningún representante francés acudió a los órganos comunitarios y se bloqueó, por consiguiente, la Comunidad. La salida de esa situación exigía alguna medida un poco especial. El origen del problema está en que el Tratado, sobre todo el Tratado de Roma, prevé que la adopción de decisiones, concretamente la adopción de reglamentos o de directivas, sea efectuada por unanimidad sólo en muy pocos casos; en la mayoría de los casos, las decisiones se adoptan por mayoría, aunque se trate de mayoría cualificada, puesto que los Estados tienen un número de votos en proporción a su importancia. Sin embargo, Francia entendía que esto no era suficiente, y que lo importante era en aquellos temas de gran interés o de interés estraté-

gico esencial para un Estado miembro, no se puede adoptar ninguna decisión, ninguna resolución, sin la unanimidad. Pues bien, para salir de ese *impasse*, se adoptó el Compromiso de Luxemburgo, que es un acuerdo adoptado por los representantes de los Estados miembros con motivo de una de las llamadas cumbres europeas. Ese acuerdo consistió en que los Estados miembros dijeron en ese momento que «en aquellos casos en que un Estado miembro dijese que una materia determinada era esencial para los intereses nacionales, no se podría adoptar ninguna medida más que por unanimidad». Esto, como digo, no es una norma de Derecho comunitario, no es propiamente vinculante, no está contenida en el Tratado ni en ninguna disposición posterior, y, sin embargo, a partir de esa fecha se aplicaba a rajatabla, hasta tal punto que sólo muy recientemente, ya en los años ochenta, se ha producido una ruptura del principio, con motivo de la crisis abierta por Gran Bretaña en cuanto a la contribución británica al presupuesto. Gran Bretaña ante el problema de considerar que estaba otorgando o pagando demasiadas cantidades para el funcionamiento de la Comunidad, por encima de sus posibilidades, utilizó el propio Compromiso de Luxemburgo para bloquear el proceso de establecimiento de los precios agrícolas; como el establecimiento de los precios agrícolas es el acto cumbre de la Comunidad cada año, el que supone la mayor trascendencia, la falta de decisión no sólo paralizaba el funcionamiento de las instituciones, sino que creaba una presión social enorme: los agricultores en la calle, manifestaciones, etc. Se salió del bloqueo en cuestión adoptándose por primera vez la fijación de precios por mayoría y no por unanimidad, pero se quiso salvar las formas diciendo que el Compromiso se había respetado; lo único que ocurría es que la fijación de los precios no era un tema de importancia esencial para Gran Bretaña. En definitiva, se trata de un acto que no es propiamente jurídico, pero que ha producido unos efectos enormes, hasta el punto de que todos los estudios que se han elaborado para hablar del futuro de la Comunidad parten como primera premisa de olvidarse del Compromiso de Luxemburgo y volver a unas normas más racionales de funcionamiento por mayoría y no por unanimidad.

Con eso tenemos examinados los caracteres del Derecho comunitario, la tipología de normas, sus fuentes, fuentes que, por otro lado, en sentido material, habría que aludir a que, como decía antes, no corresponde la elaboración de las normas al Parlamento, sino en un 90 por 100 de los casos al Consejo, eso sí, a propuesta de la Comisión, que, a su vez, ha tenido que consultar a la Asamblea, al Comité Económico y Social en algunos casos, a los Comités Consultivos, etc., y, por consiguiente, es un proceso normativo complejo, muy lento, incluso hay en proyecto directi-

vas que llevan veinte años ya terminadas y que no consiguen salir adelante, como, por ejemplo, en materia de circulación de capitales.

Pues bien, para terminar, dos palabras sobre la inserción de ese Derecho en el Derecho nacional, con ocasión de la entrada de un Estado miembro. Ya está dicho casi todo. Sin embargo, conviene recordar que el proceso es el siguiente: terminada la negociación, se firma el Tratado; se siguen los procesos nacionales de ratificación, y, finalmente, se produce el depósito de los instrumentos de ratificación ante los Gobiernos de Italia y Francia, y con ello tiene lugar la entrada en vigor de ese Derecho. En el mismo momento de la entrada en vigor se publica en el *Boletín Oficial del Estado* el texto del Tratado de Adhesión con sus anejos. Pero en esa misma fecha, la Comunidad tiene que preocuparse de que el *Boletín Oficial de la Comunidad* publique una edición especial en castellano de todo el Derecho derivado que está vigente. Se traducirán las que en lo sucesivo se vayan dictando, y habrá una edición en castellano del *Boletín de las Comunidades* con carácter general y regular; pero, sin embargo, sí que será necesaria la publicación de todo el Derecho derivado vigente. Con motivo de la incorporación de Irlanda, Inglaterra y Dinamarca hubo ya una edición especial, que tenía varios tomos. El Derecho comunitario, que entra en vigor inmediatamente, desplazará al Derecho español que se haya dictado sobre esas mismas materias y que no sea compatible con él. Con lo que se plantea un problema enorme, que sólo puede tener dos soluciones: una solución perfecta para la seguridad jurídica, pero casi imposible de ejecutar, consiste en hacer un análisis de todo el Derecho español en estas materias, analizar norma por norma cuál es la que es incompatible, cuál es la que es compatible, y empezar a derogar, modificar o declarar en vigor todo lo que hay. Otra solución satisfactoria intelectualmente o en abstracto, y probablemente la que se va a aplicar, pero tremenda para la seguridad jurídica, sería una simple disposición que diga que a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Roma todas las normas del Derecho español que se opongan a cualquiera de lo dispuesto en el Derecho comunitario quedarán derogadas tácitamente. Es más: no hace falta ni siquiera tal disposición, porque ese efecto se produce por sí mismo.

En ese momento se plantea un último problema, y con esto termino, que es el de la ejecución de las directivas, o en otras palabras, de la «trasposición de las directivas». Como decía antes, las directivas se dirigen a los Estados miembros y les imponen una serie de obligaciones. En principio, los ciudadanos no pueden invocar una directiva hasta que el Estado miembro no ha dictado las normas de desarrollo. Las directivas normalmente dan un plazo, por regla general, de seis meses, aunque en

algunos casos de varios años, para que los Estados miembros cumplan lo que dicen. Cuando entren en vigor esas directivas en España, esos plazos ya habrán expirado, porque la mayoría son de los años sesenta o setenta, y, por consiguiente, se entiende que el día 1 de enero de 1986, cuando entre España, el Estado español habrá debido ya desarrollar las directivas, tratándose de un problema distinto que el que citaba antes de depurar el Derecho español, esto es, desarrollar las directivas y dictar normas de cumplimiento de esas directivas. El problema es doble: uno de tiempo: ¿Podrá la Administración española dictar las normas en cuestión?; pero otro, que todavía es mucho más grave, es de competencia: ¿Quién tiene que desarrollar esas directivas? ¿Es el Gobierno de Madrid o son los Gobiernos de las Comunidades Autónomas? La solución, evidentemente, no la da el Tratado, la da la Constitución y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades. En aquellas materias en que sea competente en razón de la materia, por ejemplo, en agricultura, una Comunidad Autónoma, el Estado no puede hacer nada. Son las Comunidades las que tienen que dictar las disposiciones en cuestión y tenerlas listas para el 1 de enero de 1986, a excepción únicamente de aquellos pocos casos en los que precisamente en el Tratado de Adhesión se ha establecido un número de años antes de la entrada en vigor. Por tanto, la ejecución corresponderá, en principio, en muchos casos, a las Comunidades Autónomas, aunque ello no sea una cuestión pacífica. La Constitución, en efecto, una vez más en forma ambigua, dice que «mediante Ley Orgánica —artículo 93— se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». Cuando este precepto se redactó todo el mundo estaba pensando en el Mercado Común. Pero luego dice: «Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión». Aquí no se dice nada de las Comunidades Autónomas, sino que, al contrario, se dice que o las Cortes o el Gobierno tienen atribuida la competencia de la garantía del cumplimiento; no el cumplimiento, sino la garantía. Parecería entonces desprenderse que aquí hay pie suficiente para que ante una directiva que debe ser desarrollada por una Comunidad Autónoma, sea la Comunidad Autónoma la que tiene que desarrollarla; pero si no lo hace, el Gobierno o las Cortes, según que sea materia de Ley o materia de Reglamento, tendrán potestad para regular esta materia.

Todo esto es suficiente también teóricamente y en forma abstracta, pero hay que hacerse una idea del conflicto institucional grave que se

plantea ante un caso en que una directiva comunitaria requiera ejecución por las Comunidades Autónomas. Una Comunidad cumple, la otra no cumple; una pone la medida adecuada, la otra no dice nada. El Estado, que por razón de su personalidad jurídica única en el ámbito internacional es el único responsable, es el que tiene que cumplir ante la CEE y conseguir el perfecto cumplimiento de la directiva. Una Comunidad no cumple o cumple mal, entonces el Estado invoca el artículo 93 de la Constitución y o bien el Gobierno o bien las Cortes, en ejercicio de la garantía del cumplimiento que les corresponde, dictan una disposición en esta materia. La Comunidad Autónoma podría oponerse por tratarse de materia de competencia exclusiva suya. Acudiría al Tribunal Constitucional, que, como es lógico, no podría pronunciarse hasta varios meses después. Mientras tanto, la Comunidad Europea denunciaría a España por incumplimiento de la directiva. Esto ya ha ocurrido en Italia en el pasado y condujo a una solución bastante drástica, que consiste en reconocer expresamente que en esos casos el Gobierno nacional tiene la potestad de dictar una disposición que se aplique en las Regiones. En el caso español será necesario, evidentemente, aquí sí, una disposición expresa que regule esta cuestión de forma clara. Sin embargo, el tema está muy lejos de haber sido resuelto satisfactoriamente.

Resumiendo todo lo anterior, este Derecho tan armónico y tan completo, se insertará en nuestro ordenamiento jurídico, pero es previsible cierto grado de caos y, por lo menos, un período de adaptación, que deseamos sea más rápido y menos problemático de lo que lo ha sido en Grecia, por ejemplo, donde prácticamente las instituciones comunitarias han renunciado a exigir el cumplimiento de las normas europeas en tiempo y forma.

ALFREDO SÁNCHEZ-BELLA CARSWELL
Abogado del Estado



La fiscalidad europea

Para comprender en su debida dimensión el alcance y el significado de la política fiscal de la CEE es necesario abordar con carácter previo una cuestión fundamental, cual es la de los fundamentos y los objetivos perseguidos en la creación de la Comunidad. Porque, en efecto, en la creación de la CEE intervinieron lógicamente múltiples factores, y asumiendo los riesgos inherentes a toda simplificación, puede decirse que los objetivos principales en la construcción de la Europa Comunitaria fueron esencialmente tres:

En primer término, la reconciliación y el acercamiento entre los pueblos de la Europa occidental con el objeto de superar disensiones seculares que han caracterizado la historia europea y que habían dado lugar a múltiples conflictos políticos, económicos y bélicos, y, sobre todo, se trataba de alcanzar la reconciliación franco-germánica.

En segundo lugar, la recuperación del nivel de vida material de la Europa occidental, enormemente depauperada como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial.

Y, finalmente, y en tercer lugar, dotar de garantía al régimen democrático liberal que es común a los distintos Estados signatarios del Tratado de Roma.

Pues bien, la consecución de estos objetivos imponía forzosamente la unificación política de los distintos Estados europeos, cabiendo en ese sentido dos grandes alternativas: o bien, por una parte, proceder sin más a la unificación política de los distintos Estados fundadores, o bien, por el contrario, intentar alcanzar esa unión política de los distintos Estados, precedida de una unión económica y monetaria, de manera que fuera la interpenetración de las economías de los diferentes Estados miembros la que hubiese de configurarse como la base, como el fundamento sobre el cual se asentaba o se asentaría en el futuro esa unión política. Esta última tesis, esto es, alcanzar la unificación política, precedida de la unión económica y monetaria, fue la que, finalmente, inspiró a los autores

del Tratado y fue la tesis sugerida por el gran patrocinador de la Comunidad, Jean MONET.

De la misma manera, en consecuencia, que la unión económica y monetaria se configuraba como la base de la unión política, a su vez, la unión económica y monetaria forzosamente tenía que descansar y basarse en la unión aduanera de los diferentes Estados miembros. Y esta unión aduanera comportaba dos consecuencias fundamentales: la primera de ellas consistía, y consiste, en la desaparición de las barreras arancelarias en el interior de la Comunidad, esto es, en la supresión de los derechos de Aduana a la importación de mercancías en el seno de la CEE. Y, de otra parte, como es lógico, la desaparición de los derechos arancelarios frente al exterior, propios de cada uno de los diferentes Estados, y su sustitución por un arancel aduanero exterior común a los diferentes Estados miembros.

Y es precisamente dentro de este marco, dentro del marco de la unión aduanera, donde alcanzan su pleno significado las cinco libertades básicas consagradas en el Tratado, que al mismo tiempo que se constituyen como los instrumentos precisos y necesarios para alcanzar esa unión aduanera, es interpenetración de las economías de los diferentes Estados: el principio de la libre circulación de las personas, el principio de la libre prestación de servicios, el principio del derecho de establecimiento, el principio de la libre circulación de capitales y, sobre todo y fundamentalmente, el principio de la libre circulación de mercancías.

Desde esta perspectiva es desde donde hay que contemplar la política fiscal de la Comunidad. Porque, en efecto, en el Tratado constitutivo de la CEE, la política fiscal comunitaria no se constituye ni como fundamento de la Comunidad ni como una de las políticas comunes previstas en aquél. De ahí, por consiguiente, que quepa sentar ya una primera característica de la política fiscal, cual es la de que dicha política no es una política autónoma, sino que es una política funcional. De lo que es trata, en definitiva, es esencialmente de que los distintos Estados, que conservan lógicamente sus potestades tributarias, no puedan utilizar el tributo, no puedan, en definitiva, servirse de la fiscalidad para obstaculizar la realización del Mercado Común. En definitiva, para hacer efectivas esas cinco libertades básicas, anteriormente puestas de manifiesto.

Y esto es así, fundamentalmente, desde tres perspectivas:

En primer término, es evidente que las relaciones entre los Estados en el seno de la Comunidad no son relaciones normales, sino que son relaciones derivadas, como es lógico, de la previa existencia entre ellos de una unión aduanera. Por consiguiente, de lo que se trata fundamentalmente es de que suprimidas las barreras arancelarias en el interior de

la CEE, los distintos Estados, mediante mecanismos de carácter fiscal, sustituyan las barreras aduaneras por las barreras fiscales, para de esa manera obstaculizar, limitar o condicionar la libre circulación de mercancías, personas o capitales.

En segundo lugar, la CEE persigue que las políticas económicas de los diferentes Estados miembros sean armónicas y equilibradas, y es evidente que desde una perspectiva fiscal, los distintos Estados pueden ejercer sus potestades tributarias con el objeto de distorsionar ese desarrollo equilibrado y armónico de las políticas económicas. Piénsese, por ejemplo, en disposiciones de naturaleza fiscal que puedan suscitar movimientos artificiales de capitales, o piénsese, por ejemplo, que alguno de los Estados de la CEE, en el ejercicio de sus potestades tributarias, pueda crear paraísos fiscales a través de los cuales se pretenda atraer inversiones frente, en contra o en perjuicio, evidentemente, de los demás Estados miembros.

Y, finalmente, y en tercer lugar, la CEE sigue una serie de políticas comunes, de las cuales la política agrícola es, sin duda alguna, la política por excelencia. Evidentemente también, desde una perspectiva fiscal, los distintos Estados pueden obstaculizar la realización plena y efectiva de esas diferentes políticas.

En consecuencia, se pueden resumir los objetivos de la política fiscal de la CEE desde una doble perspectiva: por una parte, la política fiscal debe servir a la unión aduanera, eliminando las posibles discriminaciones fiscales internas que puedan existir en cada uno de esos Estados, y en segundo lugar, ha de servir a la unión económica, sometiendo los sistemas fiscales propios de cada uno de los diferentes Estados miembros a los objetivos que se persiguen. En definitiva, la idea más gráfica es la de señalar que lo que se pretende es que los tributos estatales produzcan efectos neutrales frente a la libre circulación de personas, mercancías, etc.

Desde esa perspectiva voy a abordar el tema de la política fiscal, aludiendo a dos cuestiones fundamentales: por una parte, a las normas que el Tratado de la CEE contiene sobre la política fiscal, y de otra parte, voy a hacer referencia a la política seguida por la CEE armonizando los distintos sistemas fiscales de cada uno de los distintos Estados miembros.

En cuanto a lo primero haré referencia esencialmente a tres cuestiones: primero, en qué medida quedan suprimidos los derechos arancelarios en el interior de la CEE; en segundo lugar, al principio de no discriminación o el principio de igualdad de trato fiscal, y, finalmente, en tercer lugar, al problema de la prohibición del subvencionismo fiscal.

Y en cuanto a la segunda de las cuestiones, esto es, el análisis del

Derecho derivado de la política de armonización, veremos en qué medida la CEE ha dictado normas tendentes a armonizar los impuestos directos y los impuestos indirectos de cada uno de los distintos Estados miembros.

En cuanto a la primera de las cuestiones, esto es, análisis del Tratado y concretamente del primero de los principios, el primero de ellos, como indicaba con anterioridad, estriba en la supresión de los derechos de Aduana.

Los derechos de Aduana, evidentemente, son los instrumentos clásicos del proteccionismo estatal y no solamente se constituyen como elementos recaudadores para la Hacienda del Estado, sino también como elementos protectores de la propia producción nacional. En este sentido, el artículo 12 del Tratado de la CEE sienta la regla general al decir que «los Estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de Aduana de importación, exportación o exacciones de efecto equivalente, y de incrementar los que estén aplicando en sus relaciones comerciales recíprocas». Esto, en definitiva, lo que significa es que en el momento de la firma del Tratado por los seis Estados que originariamente lo firmaron y en su momento, como es lógico, como consecuencia de la incorporación de un nuevo Estado o de nuevos Estados a la CEE, los Estados no pueden introducir nuevos derechos de Aduana ni pueden al mismo tiempo incrementar los tipos impositivos existentes en el momento de la firma. Por consecuencia, en este sector concreto y específico se produce un desplazamiento total de la competencia soberana que ostenta el Estado para legislar sobre esa materia y se transfiere a los órganos de la CEE, y esta obligación es, desde luego, clara, absolutamente incondicional y no admite ningún tipo de excepción. Se conoce esta regla como la regla *standstill* en la terminología comunitaria.

Pero, naturalmente, junto a esta regla del *standstill*, el propio Tratado sienta la regla de la progresividad; no basta, evidentemente, con que los Estados no puedan incrementar sus derechos de Aduana o no puedan introducir nuevas figuras impositivas aduaneras, es necesario acometer el desarme arancelario. Y en ese sentido, el artículo 13 del Tratado establece que «los derechos de Aduana de importación y las exacciones de efecto equivalente en vigor entre los Estados miembros serán suprimidos progresivamente por éstos durante el período transitorio».

En efecto, en el propio Tratado se fijaba un período transitorio de desarme arancelario, y, naturalmente, cuando se produzca el ingreso de España en la CEE habrá que atender al correspondiente período transitorio que haya sido pactado entre la Comunidad y España, y allí se fijarán, desde un punto de vista temporal, los plazos para el progresivo

desarme arancelario, que consistirá, en una primera fase, en una reducción de los tipos impositivos, hasta, finalmente, concluir con un desarme total y con una desaparición de los derechos aduaneros españoles.

Esto en cuanto a lo que hace referencia al comercio intracomunitario; naturalmente, frente al exterior existe un arancel exterior común, que viene regulado en un Reglamento, el Reglamento 3000/82 y su correspondiente anexo, y que, naturalmente, ha sido promulgado por órganos comunitarios, concretamente por el Consejo de Ministros de la CEE. Sustracción, por tanto, plena de la competencia o de la potestad legislativa de cada uno de los diferentes Estados en este sector concreto.

Si se observa con detenimiento, el artículo 12 del Tratado no solamente suprime los derechos de Aduana, sino también las denominadas exacciones de efecto equivalente a los derechos de Aduana; es ésta una categoría jurídica que progresivamente ha sido perfilada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y probablemente haya sido la Sentencia de 1 de julio del año 1979 la más clarificadora al respecto.

En efecto, dice la mencionada sentencia que «los derechos de Aduana están prohibidos independientemente de cualquier consideración acerca de la finalidad para la que fueron constituidos, así como el destino de los ingresos que proporcionan», y a continuación añade: «Una carga monetaria, aunque sea mínima, unilateralmente impuesta, cualquiera que sea su denominación y técnica, que grave a las mercancías extranjeras que franqueen la frontera, sin ser un derecho de Aduana propiamente dicho, constituye una exacción de efecto equivalente, en el sentido de los artículos 9, 12, 13 y 16 del Tratado, aun cuando el Estado no lo haya percibido en su propio beneficio, no ejerza ningún efecto discriminatorio protector y el producto impuesto o gravado no se encuentre en competencia con una producción nacional».

La definición que proporciona la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades sobre las llamadas exacciones de efecto equivalente es, en consecuencia, lo suficientemente amplia para evitar todo tipo de discusiones doctrinales acerca de si para estar en presencia de una exacción de efecto equivalente es necesario que esa exacción produzca todos y cada uno de los mismos efectos que produce un derecho de Aduana. La definición es sumamente amplia. Se trata de una tasa o de exacción que grava exclusivamente sin ser un derecho de Aduana, la importación de mercancías o la exportación de mercancías en el interior de la propia CEE, y, evidentemente, no es el instrumento clásico del proteccionismo de los diferentes Estados, pero sí es un instrumento indirecto de proteccionismo que los distintos Estados pretenden, como es lógico, introducir con el objeto de proteger su propia producción nacional. La

única excepción que existe con respecto a las exacciones de efecto equivalente, son todas aquellas exacciones o tasas que se satisfagan en el correspondiente despacho de la Aduana, siempre que sean contraprestación de un servicio que se preste, en definitiva, al importador o al exportador. Naturalmente, esta excepción ha sido objeto de una interpretación enormemente restrictiva por parte del Tribunal de Justicia, de manera que para que esta exacción o esta tasa sea conforme al Derecho comunitario es necesario que el servicio prestado implique una ventaja para el producto que traspasa la frontera intracomunitaria, y que al mismo tiempo exista una proporcionalidad entre el gravamen que se repercute y los beneficios que se derivan de tal sujeción para la mercancía que es objeto de exportación de un Estado a otro de la Comunidad.

Esto en cuanto hace referencia al primero de los principios anteriormente puestos de manifiesto.

En segundo lugar es necesario proceder al estudio del principio de no discriminación o el principio de igualdad de trato fiscal. Y para ello es necesario hacer una breve introducción.

Cuando los autores del Tratado tuvieron que redactar las disposiciones de naturaleza fiscal, tuvieron lógicamente que realizar una opción en cuanto al establecimiento de la política fiscal de la Comunidad Económica Europea, sobre todo en el ámbito de la imposición indirecta, que es la que afecta a los intercambios comunitarios. O bien, en primer término, optar por el principio fiscal del gravamen en el país de origen, o bien por el principio del gravamen en el país de destino. Y en segundo lugar, al mismo tiempo tuvieron que determinar cuál fuese la naturaleza jurídica del impuesto que gravase las ventas empresariales. Esta segunda cuestión la abordaré más detenidamente en el estudio de las directrices sobre el Impuesto sobre el Valor Añadido. Pero lo que me interesa es subrayar la primera de las cuestiones apuntadas.

El principio de gravamen en el país de destino implica lógicamente que la mercancía, en el momento de su correspondiente tránsito, es objeto de gravamen en el país donde se consume, lo cual implica que si esa mercancía traspasa distintas fronteras o traspasa, como regla general, una sola frontera, es preciso proceder a una devolución de todos aquellos tributos o cargas tributarias que haya soportado ese producto, y al mismo tiempo, en su tránsito hacia el territorio al cual va o es objeto de la correspondiente exportación, soportar la carga tributaria que soportan las mercancías similares con las cuales la exportada va a competir en ese correspondiente mercado. Naturalmente, el principio de gravamen en el país de destino es la regla general en el ámbito de la imposición indirecta de la Comunidad que tiene, aparte de un problema psicológico,

en cuanto que no desaparece la frontera propiamente hablando, un problema de ajuste fiscal en frontera, en cuanto que es necesario calcular cuál es la carga tributaria soportada por el producto en cuestión, y al mismo tiempo establecer un gravamen o una compensación interna. Esto precisamente fue una de las causas determinantes por la cual el impuesto sobre el volumen de ventas fuese el IVA, porque, como tendremos ocasión de comprobar, este impuesto permite, en efecto, saber con toda claridad cuál es la carga fiscal que soporta el correspondiente producto.

Pues bien, desde esta perspectiva, el principio de igualdad o el principio de no discriminación en materia fiscal, viene recogido en el artículo 95. En principio, este artículo 95 resultaría aplicable a todo el ámbito de la imposición indirecta, puesto que el Tratado en sus orígenes no preveía específicamente que el impuesto sobre el volumen de ventas fuese el IVA; hay que tener presente que en el momento de la firma del Tratado, de los seis países, cinco de ellos tenían un impuesto sobre volumen de ventas en su forma de cascada. Hoy en día este artículo 95 se aplica fundamentalmente dentro del ámbito de los impuestos sobre consumos específicos, puesto que, como tendremos ocasión de comprobar, el problema, en cuanto a la carga tributaria, queda perfectamente resuelto por vía del IVA. Pues bien, este artículo 95 dice en su apartado primero que «ningún Estado miembro gravará directa o indirectamente los productos de los demás Estados miembros con tributos internos, cualquiera que sea su naturaleza, superiores a los que graven directa o indirectamente los productos nacionales similares», y en su párrafo segundo dice que, «asimismo, ningún Estado miembro gravará los productos de los demás Estados miembros con tributos internos que puedan proteger indirectamente otras producciones».

Estos dos apartados exigen un análisis detenido.

El apartado primero del artículo 95, en definitiva, lo que está significando es que es posible que desde la perspectiva de la legislación existente, en uno de los Estados miembros se establezcan cargas tributarias sobre productos que son objeto de importación. Ahora bien, lo que en cualquier caso prohíbe es que la carga tributaria que soporta el producto que es objeto de exportación sea superior a la carga tributaria que tiene que soportar un producto nacional similar a aquél. Porque, en definitiva, estos dos productos van a competir en el mismo mercado y, en consecuencia, tienen que soportar la misma presión fiscal.

Desde esta perspectiva, por consiguiente, deba el gravamen interno, pero siempre que no sea discriminatorio, siempre que, en definitiva, no encarezca el producto que es objeto de exportación y lo sitúe en ese

mercado en condiciones de peor competitividad con quien, en definitiva, va a luchar, por decirlo de alguna forma, en el propio mercado.

Y, naturalmente, esa discriminación se produce no solamente en aquellos casos en los que a ese producto exportado se le somete a un impuesto distinto del que grava la producción nacional similar, sino cuando se le aplica el mismo impuesto, pero con un tipo de gravamen diferente. Esto en cuanto hace referencia al apartado primero del artículo 95, y el apartado segundo, en definitiva, es un apartado complementario. Quizá haya sido la Sentencia de 4 de abril del año 1967 la que mejor ha definido cuál es el ámbito de aplicación del mencionado apartado. Dice concretamente la sentencia que «el apartado segundo del artículo 95, suplementario del apartado primero, prohíbe la percepción de cualquier imposición interior que o bien grava un producto importado más fuertemente que un producto nacional, que sin ser similar, en el sentido del apartado primero del artículo 95, se encuentra, no obstante, en competencia con él, o bien en ausencia de competencia directa hace soportar al producto importado una carga tributaria especial, de forma que proteja a ciertas actividades, incluso distintas a las que han servido para la fabricación del producto importado». Se trata, por consiguiente, y esto es lo que se prohíbe, de que un Estado, a través de sus propias normas fiscales internas, establezca sobre productos que son objeto de la correspondiente exportación, gravámenes cuya finalidad ya no sea tanto la de proteger su propia producción nacional similar, cuantas otras producciones que no son similares a las que se corresponden con el producto exportado, pero que, sin embargo, se encuentran en competencia con él.

Finalmente, restaría por analizar el principio de la prohibición del subvencionismo fiscal; sobre él no me voy a detener. Como ya he expresado con anterioridad, existe la posibilidad, y no sólo existe la posibilidad, sino existe una obligatoriedad, de proceder a la devolución de todos aquellos tributos que graven o que hayan gravado a un producto que va a ser objeto de exportación; lo único que prohíbe precisamente el artículo 96, en donde se contiene el principio de la prohibición del subvencionismo fiscal, es que en las deducciones que hayan de realizarse, se realicen más deducciones fiscales de la carga fiscal que ha soportado ciertamente ese producto, para de esa forma indirecta subvencionar, desde un punto de vista fiscal, a la propia producción nacional. El artículo 96, en ese sentido, no tiene mayor complejidad y es corolario lógico de los principios que anteriormente he puesto de manifiesto.

Esto por cuanto hace referencia a las disposiciones contenidas en el Tratado, dado que restaría por analizar, y no vamos a entrar en ello, el artículo 220 del Tratado, en donde se contiene una simple afirmación,

cual es la de que los distintos Estados no ya tanto tienen la obligación, cuanto sí la conveniencia de concertar con los propios Estados de la CEE Tratados para evitar la doble imposición interna de la propia Comunidad.

Estas son las únicas normas que existen en el Tratado de la CEE en materia de política fiscal. Naturalmente, la Comunidad ha seguido una política de armonización de los distintos sistemas fiscales, y la ha seguido, entre otras circunstancias, porque así lo imponía el propio Tratado; en efecto, el artículo 99, último del capítulo de disposiciones fiscales, dice lo siguiente: «La Comisión examinará la forma en que resulte posible armonizar el interés del Mercado Común, las legislaciones de los distintos Estados miembros relativas a los impuestos sobre volumen de negocio, impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, incluidas las medidas compensatorias aplicables a los intercambios entre los Estados miembros. Obsérvese, y sobre ello volveremos con posterioridad, que la política de armonización, en principio, de la CEE única y exclusivamente debería de tender hacia la armonización de la imposición indirecta; no se menciona para nada a la imposición directa.

Y antes de pasar al estudio de la armonización en el seno de la imposición directa y de la imposición indirecta, es necesario señalar cuáles han sido las grandes líneas que ha seguido la política armonizadora de la Comunidad, y esas grandes líneas se contienen en dos informes, uno, el informe NEUMARK del año 1962, y otro, el informe WERNER, sobre los que es necesario detenerse.

Efectivamente, en base al artículo 99 del Tratado, la Comisión de la CEE constituyó en la década de los sesenta una Comisión que tenía por objetivo esencial y básica establecer las grandes líneas de la política económica y de la política fiscal de la Comunidad. Este Comité rindió su informe en el año 1962, informe que se conoce bajo el nombre del Presidente del propio Comité, el profesor NEUMARK. Este Comité tenía por finalidad confrontar los objetivos perseguidos por la CEE y las divergencias o las disparidades existentes entre las legislaciones nacionales de los diferentes Estados miembros. Examinar, como es lógico, los medios o los instrumentos para eliminar esas divergencias y definir una política financiera que permitiese que la competencia en el interior de la CEE no fuese falseada. Naturalmente, para ello el informe señala los objetivos a perseguir, la situación de hecho y los principios generales y, por último, las proposiciones a adoptar.

El objetivo definido por el informe NEUMARK es el objetivo esencial de la CEE en una primera fase: la constitución de un espacio económico unificado, y más concretamente, el informe señala que el objetivo básico de la política de armonización debe de consistir en establecer las

- o condiciones de fiscalidad y de gastos públicos semejantes a aquellas que existirían entre un espacio económico unificado. Este es el objetivo, por consiguiente, esencial.

La situación de hecho de la que se parte es la divergencia de las legislaciones existentes entre los distintos Estados miembros, y el principio básico en el que debe inspirarse la armonización fiscal es muy simple: se debe única y exclusivamente limitar a eliminar las disparidades legislativas existentes; en consecuencia, no es necesario encontrar una fórmula que permita unificar o centralizar todo el sistema fiscal de la CEE, simplemente armonizar todas aquellas legislaciones que estén en contradicción, dejando subsistentes, como es lógico, todas y cada una de las peculiaridades propias de cada Estado. Y a continuación el informe señala cuáles serán las proposiciones que han de ser adoptadas o acordadas por la propia Comunidad. Estas proposiciones fundamentalmente inciden en el ámbito de la imposición indirecta: creación de un Impuesto sobre el Valor Añadido, armonización de los impuestos sobre consumos específicos. En el ámbito de la imposición directa, fundamentalmente armonización en el Impuesto sobre Sociedades. Veremos luego en qué medida este informe se llevó o no a la práctica.

Por su parte, el informe WERNER del año 1979, es un informe genérico en donde se sientan las bases de lo que sería la Unión Económica y Monetaria de la Comunidad, que, finalmente, no llegó a buen éxito. Naturalmente, al definir las bases de la Unión Económica y Monetaria, se señalaron al mismo tiempo cuáles eran las medidas que desde un punto de vista fiscal debían de ser adoptadas por la Comunidad.

En materia de imposición indirecta, fundamentalmente la armonización de los tipos impositivos del Impuesto sobre el Valor Añadido, y en el ámbito de la imposición directa, aparte de alcanzar la armonización en la imposición sobre los beneficios de las Sociedades, armonizar igualmente también la imposición sobre los movimientos de capital y la imposición sobre la tributación de los valores mobiliarios.

Hasta aquí, por tanto, los grandes principios en los que se ha inspirado la política de armonización de la Comunidad. Vamos a comenzar entonces, en primer término, con un breve análisis de la armonización seguida en el seno de la imposición directa.

Que existan razones para armonizar la imposición directa son claras.

En primer término, es evidente que si se armoniza la imposición indirecta y se endurece la estructura de dicha imposición, lo que va a suceder es que los Estados acudan a la imposición directa para esos fines de política económica coyuntural. Y ahí, por consiguiente, que sea necesario, ante todo, proceder a una armonización de esa imposición directa.

En segundo lugar, la armonización fiscal, obviamente, no puede contemplarse desde una perspectiva única de armonización de la imposición indirecta; es necesario, como es lógico, una armonización global, y si se postula una unión económica y monetaria, es absolutamente imprescindible unificar la tributación de los capitales.

Y, finalmente, y en tercer lugar, es obvio que la presión fiscal indirecta sobre una determinada manifestación de capacidad contributiva es fácilmente cuantificable. No lo es ya tanto en el campo de la imposición directa, pero es evidente que una armonización sobre la base y sobre los beneficios y la tributación de las Sociedades es esencial, puesto que, naturalmente, el Impuesto de Sociedades incide en el coste de producción de las distintas mercancías, que van lógicamente a competir en el seno de la Comunidad.

Lo que sucede es que ciertamente no ha habido armonización en la imposición directa. Han existido proyectos de directivas, por parte de la propia Comisión, y ninguna de ellas, salvo una, a la que haré breve referencia y que realmente no tiene tampoco excesiva importancia, ha conseguido armonización alguna.

Como decía con anterioridad, el Tratado, en su artículo 99, solamente hablaba de la armonización en el seno de la imposición directa. En el año 1961, en una Conferencia de Ministros de Hacienda de la Comunidad, se invitó a la propia Comisión a que iniciara la política de armonización. En cualquier caso, los esfuerzos fueron absolutamente estériles. Porque, en efecto, la única directiva aprobada y en vigor actualmente es una directiva del Consejo de 19 de diciembre de 1977, que se denomina «Directiva concerniente a la asistencia mutua de las autoridades competentes de los Estados miembros en el campo de los impuestos indirectos». La directiva no modifica en modo alguno la estructura de la imposición directa de cada uno de los distintos Estados miembros, y lo único que hace es exclusivamente establecer un sistema de intercambio de informaciones entre los diferentes Estados miembros para evitar el fraude y la evasión fiscal internacional.

Existen tres clases de intercambio que la propia directiva menciona: intercambio previa petición de los distintos Estados, intercambios automáticos sobre determinados extremos y, finalmente, y en tercer lugar, intercambios espontáneos, posibilitándose incluso la presencia de agentes para poder conocer los problemas de la evasión y del fraude fiscal en cada uno de los diferentes Estados miembros. El resultado, por consiguiente, es ciertamente pobre. Por lo demás, como decía anteriormente, existieron propuestas de directivas, todas ellas sin ser finalmente aprobadas por el propio Consejo de Ministros. Las propuestas fueron: una

propuesta de directiva sobre régimen fiscal de fusiones, escisiones o aportaciones de activo producidas entre Sociedades o Estados miembros; una propuesta de directiva sobre régimen fiscal aplicable a las Sociedades matrices y filiales; una tercera propuesta de directiva sobre armonización de la legislación sobre el Impuesto de Sociedades y retención en la fuente sobre dividendos, y una propuesta de directiva sobre eliminación de la doble imposición sobre el beneficio de las Sociedades. Naturalmente, como ya he indicado con anterioridad, estas directivas fueron propuestas por la Comisión de la Comunidad al Consejo y no aprobadas en el seno del Consejo de Ministros.

Esto es lo que hace referencia a la armonización en el seno de la imposición directa; por el contrario, a la armonización en el seno de la imposición indirecta puede calificarse auténticamente como un éxito de la Comunidad. Y me voy a referir básicamente a tres cuestiones:

En primer término, existe una directiva de la CEE, que es la Directiva de 17 de julio de 1969, que establece diversas disposiciones armonizadoras sobre lo que se denomina Impuestos sobre Aportaciones de Capital, esto es, sobre las fuentes de financiación de las empresas.

La necesidad de esta armonización derivaba lógicamente de que las legislaciones fiscales sobre aportaciones de capital a las distintas Sociedades en la CEE eran divergentes; existían tipos impositivos diferenciados, figuras impositivas distintas y, naturalmente, procedía una armonización. La propia directiva va citando las entidades que se consideran sujetas: las transacciones afectadas por la propia directiva, que van desde la constitución de la propia Sociedad, la transformación de la Sociedad, el aumento de capital en sus diversas modalidades, etc. Señala, al mismo tiempo, una serie de actos que afectan a los Estatutos propios de las distintas Sociedades que no son objeto de gravamen, y también señala, al mismo tiempo, que la base consistirá en el valor real de las distintas aportaciones o de las distintas financiaciones de la propia Sociedad. Los tipos, en este sentido, son muy reducidos: se fijaban en aquel momento en el 1 por 100 y en el 0,50 por 100, dependiendo de las distintas circunstancias. Evidentemente, ésta es una directiva que se tuvo presente en el momento de la redacción de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. En ese sentido, se recordará la existencia de una disposición transitoria que prevé específicamente la reducción de los tipos para las distintas operaciones societarias en el momento de la entrada en vigor del IVA, que precisamente será la fecha en la que teóricamente España tenga que adherirse a la CEE.

En segundo lugar, el éxito sin duda más destacado ha consistido en el establecimiento de un Impuesto sobre el Valor Añadido. El IVA, como

se conoce, es un impuesto que lo que hace es gravar única y exclusivamente el valor que se añade a cada producto en cada una de las fases por las que atraviesa. Existen, desde un punto de vista doctrinal, dos técnicas para el establecimiento del gravamen: o bien como una diferencia entre las ventas y las compras de un empresario, es decir, el valor que añade ese empresario a ese producto en esa fase, y a ese valor se le aplica el tipo correspondiente para obtener la cuota, o bien como el resultado de deducir del impuesto que recae sobre las ventas de un empresario, el impuesto que recae sobre las compras.

Estas dos fórmulas, al final, conducen exactamente a la misma cuota; lo único que sucede es que la segunda de ellas, que es precisamente la que asume las directivas de la CEE y el proyecto de IVA español, no exige calcular el valor añadido. Basta con hacer simplemente una resta.

Las razones por las que se introdujo en la CEE esta forma específica de gravar el volumen de ventas son muy claras, porque los defectos de la imposición en cascada son ya de todos conocidos. La imposición en cascada, típicamente nuestro Impuesto General sobre Tráfico de Empresas, es un impuesto no neutral, tanto desde el punto de vista del comercio interior como desde el punto de vista del comercio internacional. Al mismo tiempo, y en segundo lugar, en la medida en que no permite deducciones, puesto que se va gravando el producto o el correspondiente servicio en todas y cada una de sus diferentes fases sin deducciones, se producen dobles imposiciones y se produce un encarecimiento del producto. A la vez, y como es lógico, produce, desde un punto de vista exclusivamente económico, concentraciones verticales de empresas, con el objeto de eliminar cargas impositivas, y desde luego la razón fundamental por la que se introdujo el IVA estribó en lo que yo indicaba con anterioridad. El IVA permite conocer en cada momento cuál es la carga fiscal que ha soportado el correspondiente producto, y en la medida en la que de lo que se trata es precisamente de favorecer el intercambio dentro de la CEE a través de la libre circulación de mercancías, en el momento de penetración de una mercancía en un Estado miembro se permite o se sabe conocer perfectamente cuál es la carga fiscal que ha soportado, con el objeto de realizar la oportuna deducción y, al mismo tiempo, el correspondiente gravamen en el momento de la entrada del producto. A todo ello, naturalmente, las ventajas de la imposición sobre el volumen de ventas en su manifestación de valor añadido, se unen tales como su racionalidad, su generalidad, su uniformidad, etc., y sobre ello no voy a insistir.

La Comunidad dispone esencialmente de seis directivas sobre el IVA:

La primera Directiva es de 11 de abril del año 1967 y consta de seis

artículos. En el artículo primero se fija el principio de que los Estados tienen que establecer en su legislación interna un IVA no más tarde del 1 de enero del año 1970; este plazo no fue respetado, pero en la actualidad todos los Estados miembros de la Comunidad disponen de esta modalidad de imposición. El artículo segundo se limita solamente a establecer las grandes líneas maestras del IVA como un impuesto que lo que grava es precisamente el consumo con un tipo proporcional al valor del correspondiente producto. Y, finalmente, el artículo tercero no hace nada más que anunciar la segunda directiva, que es de la misma fecha, y el artículo cuarto contiene un principio de armonización en materia de imposición indirecta, que en la actualidad no ha llegado a buen éxito.

La segunda directiva es la básica y la fundamental, es la Directiva de 11 de abril del año 1967, y en esta directiva ya se recoge el hecho imponible, la base imponible, el tipo de gravamen, las exenciones, en definitiva, la estructura del IVA.

A ello siguieron una tercera, cuarta y quinta directiva, que realmente no tienen trascendencia, porque son directivas dirigidas a cada uno de los diferentes Estados miembros para resolver problemas específicamente puntuales.

Y, finalmente, la sexta directiva, que sí tiene una gran importancia porque modificó en parte la estructura del impuesto, tal y como había quedado reflejado en la segunda. Fundamentalmente esta sexta directiva incidió sobre la uniformidad de las bases imponibles del IVA en todos los países de la CEE; de acuerdo con el propio Tratado, se financiaba a través de contribuciones o de aportaciones que anualmente realizaban cada uno de los Estados; a partir precisamente de la fecha de esa directiva, se sustituyó el sistema de financiación de la CEE, el sistema de las contribuciones de los Estados miembros, al sistema de recursos propios. De manera que hoy en día la CEE y su presupuesto se financia por los derechos arancelarios exteriores, por los *prelevements* agrícolas, que son unos derechos aduaneros específicos que gravan la importación a la CEE de productos agrícolas y el 1 por 100 de la base imponible del IVA. De ahí, por consiguiente, que fuese necesario la armonización de las bases imponibles en todos y cada uno de los distintos Estados.

Bien, examinar con detenimiento la segunda y la sexta directivas lógicamente no va a ser posible; sí conviene señalar que, naturalmente, el hecho imponible en la segunda y sexta directiva son las entregas de bienes y las prestaciones de servicios efectuadas a título oneroso en el interior de un país con un sujeto pasivo, primer gran capítulo de Derecho imponible, y en segundo lugar, las importaciones de bienes. Se considera, como es lógico, sujeto pasivo a, según dice la directiva, «cualquiera que

realice de manera independiente y a título habitual operaciones referentes a las actividades de productor, comerciante o de quien presta servicios, sea o no con fines lucrativos».

En lo que hace específicamente referencia a la base imponible, está constituida, en lo referente a entregas y prestaciones de servicios, por todo lo que constituye la contrapartida de la entrega del bien o de la prestación de los servicios, comprendidos todos los gastos impuestos, con excepción naturalmente del propio IVA.

En lo que hace referencia a los tipos impositivos, es necesario señalar que hoy por hoy los Estados gozan de plena libertad para la fijación de los tipos impositivos que tengan por conveniente. Es decir, que está uniformado el hecho imponible, el sujeto pasivo, la base, las exenciones, como tendremos ocasión de comprobar, pero no los tipos. Los tipos, en este sentido, como uno de los mecanismos básicos para la actuación económica de los distintos Estados, quedan a su entera voluntad. Se recomienda, no obstante, que exista un tipo normal del IVA y que, al mismo tiempo, puedan existir tipos incrementados, fundamentalmente que se aplicarán a todos aquellos productos que anteriormente estaban gravados por el Impuesto sobre el Lujo y tipos lógicamente reducidos para bienes de primera necesidad.

Y, finalmente, en lo que hace referencia al capítulo de exenciones, la segunda directiva inicialmente facilita a los distintos Estados la posibilidad de que establecieran las exenciones que tuviesen por conveniencia. Al uniformarse la base imponible en el IVA, es la propia directiva, la sexta, la que establece el capítulo de las distintas exenciones del impuesto.

Finalmente, cabe señalar que existe un régimen específico dentro de esta sexta directiva para determinadas cuestiones. Concretamente, existe un régimen especial para las pequeñas y medianas empresas, para las agencias de viaje, y un régimen especial para la agricultura.

Y para terminar, simplemente subrayar los intentos de armonización que se han pretendido alcanzar en el seno de la imposición sobre consumos específicos. Las denominadas *accisas*, mencionadas en el propio Tratado. En el informe NEUMARK se hizo una enumeración de los distintos impuestos especiales que era preciso armonizar, y se clasificaron esencialmente en cuatro grandes categorías: por una parte, impuestos especiales a armonizar, que eran los que recayesen sobre tabacos elaborados, alcoholes y bebidas alcohólicas, productos petrolíferos y asimilados, azúcares; *accisas* que exigían un detenido examen antes de tomar decisiones concretas, bebidas no alcohólicas y sustitutivos del azúcar; *accisas* que pueden mantenerse sin armonización, es decir, impuestos especiales que prácticamente no afectan a los intercambios, y, finalmente, *accisas* a su-

primir, que deberían de ser posteriormente incorporadas al seno del IVA: lujo, ciertos productos tropicales, sal, cerillas y naipes. El grado de armonización que se ha alcanzado en esta materia ha sido ciertamente muy escaso. Unicamente existen dos directivas, una de 19 de diciembre de 1972 y otra de 19 de diciembre de 1977, por las que se han armonizado todas las *accisas* o impuestos especiales en lo referente a tabacos manufacturados. Todos los demás proyectos de directiva sobre armonización de la imposición especial han sido un mero intento, y han tenido el mismo resultado que todos los intentos de armonización en el seno de la imposición directa. Existe al mismo tiempo otra serie de disposiciones de carácter fiscal, pero en cuyo estudio no podemos entrar y que, por otra parte, tampoco plantean excesivos problemas ni tienen, a la vez, una gran importancia.

JAIME ALFONSÍN ALFONSO
Abogado del Estado

DICTAMENES Y NOTAS

Los mandamientos judiciales y el Registro de la Propiedad

La acumulación de asuntos judiciales en los Juzgados hizo surgir la conciencia de una necesidad de reforma tendente a abreviar y agilizar los trámites procesales. En este deseo se inspira la reforma realizada por la Ley 34/1984 y por la reciente Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ello es plenamente acertado y merece crítica favorable, pues una «justicia demasiado tarde» no puede denominarse propiamente «justicia», ya que ésta consiste en dar a cada uno lo suyo, pero en el momento en que corresponda. En tal sentido considero justificada la reforma y acertadas las ideas y preceptos para agilizar la tramitación judicial.

Ahora bien, es función del jurista, entre otras, la de matizar y precisar adecuadamente los conceptos, no sea que en estas cuestiones se eleve a «tópico» la idea de la «agilización de los trámites» y se convierta en una fuente de confusiones y de supuestas derogaciones.

Al amparo de la «agilización de trámites» no creo puedan confundirse las «diligencias de ordenación» del Secretario con las «providencias judiciales», ni creo puedan identificarse los «mandamientos judiciales» con los «oficios» y «comunicaciones», ni con los «testimonios» o «certificaciones» que expiden los Secretarios. Eso nada tiene que ver con la «agilización procesal».

Se impone, en definitiva, decir «sí» a la abreviación de trámites innecesarios; pero se impone decir «no» a la supresión de instituciones que tienen un fundamento y cuya supresión afectaría al ordenamiento en general entendido como un todo sistemático.

También puede ser «socorrido» acudir a supuestas «derogaciones tácitas». Pero en el presente caso que me propongo tratar, el tema de los mandamientos y de las providencias de anotación preventiva, la Ley Orgánica del Poder Judicial guarda absoluto silencio sobre los «mandamientos judiciales». La derogación tácita se plantea sobre la base de una

incompatibilidad de textos legales, pero no sobre la base del «silencio» en la regulación de los mandamientos. Lo más lógico es pensar, dado lo peligroso de la figura de la «derogación tácita» y el propio concepto de ella, que la regulación de la Ley Orgánica del Poder Judicial no afecta a los «mandamientos judiciales» que siguen regulándose por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria.

Existen numerosos preceptos que aluden al mandamiento judicial. Ante todo, los artículos 297, 1.409 y 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el artículo 257 de la Ley Hipotecaria, y los artículos 1.297 y 1.923, 4.ª, del Código Civil, entre otros muchos preceptos. Todos estos artículos siguen vigentes, pues no han sido afectados ni expresa ni tácitamente por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La fundamentación de la necesidad del «mandamiento judicial» a efectos registrales resulta de varias consideraciones que, en sucesivos epígrafes, expongo a continuación:

El patrimonio de la persona, su inviolabilidad y el mandamiento judicial—Cuando están en juego los derechos de la persona, no estamos ante simples cuestiones de trámite. Uno de esos derechos es, por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio. No se puede entrar en el domicilio de una persona si no es con su consentimiento o en virtud de «mandamiento judicial». El mandamiento judicial es aquí insustituible, porque afecta a los derechos de la persona y porque es el Juez el que coactivamente, por razón de su «jurisdicción» e *imperium*, tiene legitimación para suplir la voluntad de la persona, en atención a intereses superiores.

Pues bien, lo mismo ocurre con la «inviolabilidad del patrimonio». Nadie puede «penetrar» en el patrimonio de una persona si no es con su consentimiento o, en otro caso, en virtud de un mandamiento judicial. No es cuestión de trámites: es cuestión de la esfera patrimonial de la persona. Afecta incluso a los derechos constitucionales: a la seguridad jurídica, regulada en el artículo 9 de la Constitución, y al derecho de propiedad privada, regulado en el artículo 33 de la misma.

El patrimonio de la persona es el conjunto de bienes —y según algunos autores, también de las deudas— de la misma. La llamada teoría «personalista del patrimonio», patrocinada por AUBRI y RAU, que es la teoría clásica, consideró «personalidad» y «patrimonio» como conceptos conexos. El patrimonio es «emanación de la personalidad». Los principios en que se sintetiza esta teoría son los siguientes:

- 1.º No se concibe un patrimonio sin un titular.
- 2.º Toda persona ha de tener necesariamente un patrimonio.

3.º Toda persona tiene un solo patrimonio (unidad e indivisibilidad de la persona y de su patrimonio).

Como consecuencia de ser el patrimonio emanación de la personalidad, es inviolable. Pueden salir bienes del mismo por voluntad de su titular, lo mismo que pueden ser gravados. Pero para que se enajenen o graven bienes contra la voluntad del titular, para «penetrar» en ese patrimonio personal, es necesario, como mecanismo supletorio de tal voluntad, el mandamiento judicial. También cabe el procedimiento de expropiación forzosa, pero con todas las garantías y recursos legales correspondientes.

Es cierto que también existe la teoría objetivista o realista del patrimonio como «conjunto de bienes prescindiendo de la persona». Pero actualmente predomina una posición mixta en el sentido de dar prevalencia, en general, al concepto «personalista» del patrimonio, aunque admitiendo también, junto al patrimonio personal, una serie de patrimonios separados en ciertos supuestos. Pero esta posición mixta no se opone, sino que confirma la idea que se quiere aquí poner de manifiesto: la necesidad de un mandamiento judicial para penetrar en el patrimonio, pues no se trata sólo del patrimonio personal, sino también de una posible pluralidad de masas patrimoniales que pueden verse afectadas impropia-mente, y ello ha de detectarlo el órgano jurisdiccional legitimado a tal efecto.

El mandamiento judicial y la resolución o providencia judicial: los principios hipotecarios de consentimiento y rogación.—No se trata sólo de penetrar en el patrimonio en general, sino de afectar los bienes tradicionalmente más importantes del mismo, que son los inmuebles, a una carga como es la anotación preventiva. Se trata de penetrar en el patrimonio inmobiliario, que afecta de modo trascendental a la persona, a diferencia de lo que suele ocurrir tratándose de bienes muebles. Todo el Derecho civil está marcado por la distinción entre bienes muebles e inmuebles, y lo único que ha ocurrido recientemente en alguna reforma es que algunos muebles de extraordinario valor se han identificado con los inmuebles, a efectos, por ejemplo, del emancipado o de los cónyuges en gananciales. Pero, en general, ya se hable de donación, de hipoteca, de capacidad, sigue siendo esencial la distinción entre muebles e inmuebles. Y es que, entre los inmuebles, está la vivienda que sirve de hogar familiar, la finca rústica que permite obtener unos rendimientos para la familia o la finca urbana susceptible de alquiler y de producir los correspondientes frutos civiles.

Tratándose de embargos y de anotaciones, la distinción es también

fundamental. Los embargos de bienes muebles ocupan el primer lugar de la lista de bienes embargables y, además, el embargo tiene lugar por un acto material de ocupación y depósito. Son de menos valor y existe respecto de ellos un contacto físico y posesorio y una relación inmediata con el titular. En cambio, respecto a los bienes inmuebles, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil han previsto que el embargo se realice al modo de la hipoteca, es decir, a través de la forma, sin desplazamientos posesorios. Forma y anotación son claves en el embargo de inmuebles y garantías fundamentales para el titular. Distinto problema, según queda dicho, es el embargo de bienes muebles, que tiene otras garantías.

Pues bien, dada la especialidad de los bienes inmuebles y de los asientos del Registro, es fundamental la necesidad de providencia judicial decretando la anotación y, además, mandamiento judicial al efecto. Ambos requisitos resultan de la legislación vigente —Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley Hipotecaria— y no han sido desvirtuados por la Ley Orgánica, y, en consecuencia, deben ser mantenidos.

En realidad, no habría necesidad ni de plantearse ante la claridad de los preceptos vigentes. Pero la existencia de algunas interpretaciones más bien aisladas, pero insistentes, obliga al replanteamiento de la cuestión, a sabiendas de que, prescindiendo de cualquier argumentación, la Ley está ahí bien claramente (art. 257 de la Ley Hipotecaria y 1.409 y 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y el respeto a la Ley exige cumplirla mientras no sea derogada o modificada.

Por tanto, aunque no convencieran mis argumentaciones, el argumento fundamental es la Ley misma y la profundización que de la misma ha de hacerse en sucesivas ocasiones y por distintos autores, frente al cual no valen supuestas «derogaciones tácitas» ni superficialidades acerca de la agilización de trámites. Tampoco es tanto exigir el mandamiento y la providencia judicial, que vienen en un solo documento, en un asunto tan trascendental para la persona. Es un asunto «agilizado» que no necesita abreviación de trámites.

Pero vamos a intentar exponer los fundamentos de tales preceptos legales.

El embargo de bienes inmuebles tiene tres requisitos fundamentales: la *resolución judicial*, que *decreta* la anotación; el *mandamiento judicial o vehículo documental*, que *ordena* la anotación, y la *operación registral misma*, es decir, la anotación preventiva. Los dos primeros los realiza el Juez y el último el Registrador de la Propiedad.

En primer lugar, se exige una resolución judicial. La Ley de Enjuiciamiento Civil se remite en este punto a la Ley Hipotecaria. Esta se

refiere a la «providencia» decretando la anotación en numerosos preceptos (arts. 43, 57, 68). Este requisito es el «título material anotable», que suple el consentimiento material del titular registral. En la hipoteca, el titular registral consiente materialmente tal hipoteca participando en su constitución juntamente con el acreedor en la escritura pública correspondiente. En el embargo de inmuebles —antigua hipoteca judicial— no existe el consentimiento del deudor, titular registral, y por eso, el título tiene que configurarlo el propio Juez, que actúa con *ius imperium* en funciones jurisdiccionales y perfectamente legitimado para suplir la voluntad o consentimiento del deudor. Por tanto, «providencia judicial» es paralela a «escritura pública». En esta última se manifiesta el acuerdo de ambas partes respecto al acto inscribible. En cambio, en la providencia, dado el carácter forzoso del embargo, la voluntad del deudor no cuenta, y por eso, el Juez tiene que intervenir configurando y constituyendo el acto anotable.

Cabría discutir si esa «providencia judicial», así llamada por la Ley Hipotecaria desde antiguo, tiene que ser realmente una providencia o ha de ser un auto. Desde la perspectiva de la Ley Hipotecaria, hay que reconocer que se alude a «providencia» y no a «auto». Pero desde la perspectiva de la clasificación de resoluciones judiciales de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la resolución adecuada en estos casos tendría que ser un auto, pues se trata, en definitiva, de la constitución de una traba, carga o afección sobre el inmueble, limitativo de los derechos del deudor y que viene a ser similar a una hipoteca, si bien limitada en sus efectos a actos posteriores a ella, por lo que es el auto, a la luz de la Ley Orgánica, la resolución que debía imperar. Esto se confirma teniendo en cuenta que en otros procedimientos de anotaciones preventivas (ejemplo, legados, art. 57 de la Ley Hipotecaria, se alude a la forma de juicio, a la audiencia de las partes y a la resolución judicial correspondiente). En realidad, después de la Ley Orgánica cabría mantener dos interpretaciones, ambas admisibles: 1.^a Que donde la Ley Hipotecaria dice «providencia» hay que entender que se refiere a «auto», que es la resolución judicial adecuada para la constitución de afecciones sobre el patrimonio y limitaciones a las facultades del deudor (no digamos nada de las anotaciones de prohibición de disponer y de las de demanda). 2.^a Que junto a las providencias de mero trámite reguladas por la Ley Orgánica, están unas providencias especiales, las de la Ley Hipotecaria, en relación con las anotaciones preventivas. Cualquiera de las soluciones es adecuada, pero lo importante es examinar el fondo del problema: la resolución no es de mero trámite, es limitativa de derechos, afecta al patrimonio, significa la constitución de una carga o afección contra o sin la voluntad del titular.

Partiendo de esta última consideración, es evidente que lo que no caben son las «diligencias de ordenación» del Secretario, ni tampoco las «propuestas de resolución» del mismo. Las «diligencias de ordenación» del Secretario son una figura prevista por la Ley Orgánica respecto a asuntos de trámite, en que se trata de dar a los autos el curso ordenado por la Ley. En las diferentes anotaciones preventivas (demanda, embargo, prohibición de enajenar, incapacidad) no sólo queda enormemente afectado el patrimonio personal, sino que se constituyen unas veces verdaderos derechos subjetivos de carácter procesal y otras veces afectaciones o garantías sobre bienes inmuebles a espaldas del titular registral, y ello hace salir el asunto de las «diligencias de ordenación del Secretario», pues es un problema de «jurisdicción» y de suplencia de la «voluntad material sustantiva» del titular, y no un mero curso procesal. Ciertamente todos los actos procesales significan un «curso procesal»; pero cuando afecta a derechos subjetivos de la persona no cabe hablar de «diligencias de ordenación», pues no se trata de «ordenar el proceso» simplemente, sino de mucho más: «afectar los derechos de la persona» sin su consentimiento, y eso sólo lo puede hacer el Juez, no por un problema de cualificación, sino porque es el órgano al que la sociedad confía esta jurisdicción y suplencia de la voluntad del titular.

Respecto a las «propuestas de resolución» que también prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cuestión no es tan grave, pues, en definitiva, cuando el mandamiento llega al Registro, el Juez ha dado su «conforme» a la propuesta, con lo que cabría entender que se ha convertido en «providencia». No obstante, hay que recordar que estamos ante aspectos limitativos de derechos de persona y no ante asuntos de trámite, por lo que no resulta convincente emplear las propuestas de resolución.

De todos modos, me interesa resaltar la diferencia entre «diligencias de ordenación» y «propuestas de resolución con el conforme del Juez». Mientras en el primer caso, el defecto es gravísimo, pues el Juez no ha dictado ninguna resolución judicial, en el segundo caso, al menos, ha dado el «conforme», por lo que no es lo mismo el problema en uno y otro caso.

Para confirmar la importancia de la «resolución del Juez» en esta materia de anotaciones preventivas, hay que tener en cuenta una serie de supuestos: así, en las anotaciones de demanda, se exige al actor que preste fianza, pues el artículo 139 del Reglamento Hipotecario dice que «el Juez puede exigir la caución que estime adecuada». Esta decisión no puede corresponder al Secretario. En las anotaciones de prohibición de disponer, se cercenan las facultades dispositivas del titular y ello sólo lo puede hacer el Juez. En otras anotaciones, como las de legados, ya

hemos visto que existe la forma de juicio y la audiencia de las partes, por lo que tampoco compete la decisión al Secretario. Tratándose de anotaciones preventivas de embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil se remite a la Ley Hipotecaria y a su Reglamento, por lo que, a través de esa remisión, es clarísima la necesidad de resolución judicial. Pero además, hay que observar que existe un «orden de bienes a embargar», ocupando los «inmuebles» los últimos lugares; hay «bienes inembargables»; puede ser necesario hacer «notificaciones» a los cónyuges, tratándose de «bienes gananciales» o tratándose de «vivienda familiar»; pueden plantearse situaciones especiales de embargo de derecho hereditario, con diferenciación según se trate de herederos determinados o indeterminados (artículos 144 y 166, 1.^a, del Reglamento Hipotecario). En el supuesto especial del artículo 1.373 del Código Civil puede producirse, como consecuencia de un embargo, la disolución de la sociedad conyugal. Todo esto es muy importante y no una cuestión de trámite. Además, no hay que olvidar la posibilidad de «abuso de derecho» por parte del acreedor en sus pretensiones de embargo de inmuebles, y corresponde al Juez desestimar esa pretensión. Así, imaginemos que por una deuda de escasa cuantía el acreedor pretende embargar todos los pisos de un edificio que figuran registralmente a nombre del deudor. Estaríamos ante un claro supuesto de abuso de derecho, salvo justificación o explicación en el caso concreto. Todo ello corresponde decidirlo al órgano jurisdiccional (1).

Queda claro, a mi juicio, que la anotación debe *decretarla* el Juez a través de la correspondiente resolución judicial (sea providencia o auto), y no el Secretario a través de una diligencia^o de ordenación o de una propuesta de resolución.

Ahora vamos con la segunda parte del asunto: la necesidad del «mandamiento judicial». Se dirá que por qué tiene que intervenir el Juez otra vez expidiendo un mandamiento, si ya ha decretado la anotación a través de la providencia o auto.

En primer lugar, así lo exigen la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Hipotecaria. El párrafo 1.º del artículo 257 de la Ley Hipotecaria es terminante: «Para que en virtud de resolución judicial pueda hacerse cualquier asiento en el Registro, expedirá el Juez o Tribunal por duplicado el mandamiento correspondiente, excepto cuando se trate de ejecutorias». Luego veremos la especialidad de la ejecutoria.

En el último párrafo del artículo 57 de la Ley Hipotecaria, en relación con la anotación de legados, se dice: «En este último caso (una vez dictada providencia accediendo a la anotación) se señalará (el Juez) los bie-

(1) Este tema del abuso de derecho en relación con los embargos lo tiene en estudio Pedro AMENGUAL PONS.

nes que hayan de ser anotados y libraré el correspondiente mandamiento al Registrador, con inserción literal de lo proveniente para que lo ejecute».

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil también se refiere al mandamiento. El artículo 1.453 dice: «Del embargo de bienes inmuebles se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, con arreglo a las disposiciones de la Ley Hipotecaria y Reglamento para su ejecución, expidiéndose para ello el correspondiente mandamiento por duplicado». Por tanto, se remite a la legislación hipotecaria, pero puntualiza expresamente que es necesario el «mandamiento judicial». El artículo 1.409 dice: «Si los bienes embargados fueren inmuebles, se limitará el embargo a librar mandamiento por duplicado al Registrador de la Propiedad para que extienda la correspondiente anotación preventiva». Nuevamente se alude al mandamiento. Por cierto, que en una visión superficial y literalista parecería que no es necesario nada más que el mandamiento y no la resolución judicial decretando la anotación. Aparte de que el fundamento de esto último ya lo hemos desarrollado, hay que observar que el entendimiento del artículo 1.409 se produce continuando leyendo su párrafo segundo, en que se refiere al embargo de bienes muebles o semovientes. Allí se lee que en tal caso es necesario un «depósito» de los bienes con una serie de garantías. Lo que quiere decir ese «se limitará el embargo» del párrafo primero del artículo 1.409 es que cuando se trata de «inmuebles» no hay necesidad de plantearse ningún «depósito» o «administración», pues basta la traba o afección resultante de la anotación preventiva, o sea, que la publicidad registral sustituye a la entrega material. Pero de ninguna manera quiere decir que pueda existir mandamiento sin previa resolución judicial, pues ello iría en contra del artículo 1.453 y de la remisión a la Ley Hipotecaria.

Otros muchos preceptos se refieren al mandamiento y no es ocasión de reiterarlos aquí. Luego aludiremos al Código Civil y al artículo 131, regla 17.^a, de la Ley Hipotecaria.

Esta referencia al «mandamiento» tiene plena justificación.

En primer lugar, el «mandamiento» es el «acto procesal de ejecución» de la resolución judicial que decreta la anotación preventiva. En ésta, normalmente no se describen los bienes, y es en el momento de la ejecución donde se describen los bienes inmuebles y donde puede apreciarse ese problema del «abuso de derecho» del acreedor en una traba excesiva de bienes. Este significado del «mandamiento» como «acto de ejecución» ha sido puesto de relieve por algunos autores, que van más allá de la mera «comunicación», que no es propia del «mandamiento», sino de otros actos procesales. Cierto que en el mandamiento hay también comunicación. Pero no es sólo eso. Es, ante todo, un acto de ejecución de la pro-

videncia, en el que se concreta la anotación sobre la finca o fincas que sean, en el que se determina la procedencia o improcedencia de las notificaciones al cónyuge, en el que se plantea el problema de los bienes inembargables o ciertos supuestos especiales en que cabe discutir acerca del sentido del embargo de bienes inmuebles (reserva de la facultad de disponer; derechos hereditarios; bienes gananciales; improcedencia de pretender, por ejemplo, embargar una mitad ganancial como si fuera «mitad indivisa», etc.).

En numerosas demandas referentes a bienes inmuebles se contiene entre los pedimentos de la demanda uno concreto referente a la expedición de mandamiento para realizar determinadas operaciones registrales fuera del proceso. Es lo que GOLDSCHMIDT llamó la «acción del mandamiento». Por tanto, el mandamiento es una figura jurídica que no es de simple comunicación, sino de «ejecución» de lo establecido en una resolución judicial. Pero de «ejecución» realizada por el mismo Juez, pues tampoco se trata de asuntos de trámite, sino afectantes al derecho de la persona.

En segundo lugar, el «mandamiento» es también «acto procesal de rogación registral». Para poder obtener la «rogación» es necesario en estos casos el «mandato», la «orden judicial». No basta la mera «comunicación». La razón deriva de la regulación y fundamento del principio hipotecario de rogación o instancia. La Ley Hipotecaria excluye la actuación «de oficio» del Registrador. Todo asiento ha de extenderse «a instancia» o solicitud de «parte interesada». A efectos del «asiento de inscripción», la «legitimación» para solicitar la inscripción corresponde a las personas que el artículo 6 de la Ley Hipotecaria señala. Ahora bien, tratándose de «anotaciones preventivas» decretadas sin o incluso contra el consentimiento del titular registral, la «legitimación» para solicitar la anotación no puede hacerla sin más el acreedor embargante. Con una resolución judicial decretando la anotación se tiene el «título constitutivo material del embargo» o de la «anotación de demanda» o la que sea, pero falta la «legitimación para solicitar la práctica del asiento». El «interés» para solicitar la anotación en un supuesto en que la voluntad del deudor no ha existido en el título material, ha de completarse con la «credencial» o «título legitimador» para solicitar el asiento resultante del «mandamiento judicial». Y como el titular registral no sólo no ha dado su voluntad a favor del embargo en el juicio, sino tampoco en el procedimiento registral, para suplir esa voluntad personal no basta un mero acto de comunicación o certificación. Es necesario que exista un mandamiento judicial que supla la voluntad del deudor, mediante el cual no sólo se «penetra en su intimidad patrimonial», sino también en su «inti-

midad registral», en el «historial registral», haciendo público el embargo respecto a terceros. Naturalmente que es el acreedor el que a través de la representación correspondiente presenta el título en el Registro. Pero sin el «mandamiento judicial» y sin la voluntad del deudor, fallaría la legitimación para instar la anotación. Es el mandamiento el que cubre esa legitimación para instar la anotación.

En resumen, el «mandamiento» es «acto procesal de ejecución» y «acto procesal legitimador de la rogación registral». En asientos de inscripción, existiendo el «título material inscribible» no hay mayores problemas, pues en él consta la voluntad del interesado respecto al cambio real. Pero en materia de anotaciones preventivas o cancelaciones, que son medidas procesales atípicas, sin o contra el consentimiento del titular registral, hay que cubrir todos los preceptos, pues, en otro caso, se vulnera el sistema hipotecario y se desnaturaliza el principio de rogación. En este sentido, hay que separar el artículo 6, por un lado, incluido en el capítulo de la «forma y efectos de la inscripción», y el artículo 42, inicial, por otro, integrado en el capítulo de la anotación y entre los preceptos en que se exige el mandamiento judicial.

¿Por qué tratándose de ejecutoria no se exige mandamiento judicial? La contestación es clara. La ejecutoria contiene la sentencia firme que, según el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, constituye un título inscribible como otro cualquiera cuando es declarativa o constitutiva de derechos. En tal sentido, es un «título material inscribible» a disposición del interesado. Al igual que respecto a la escritura pública basta que se presente la copia expedida por el Notario, en el caso de la sentencia basta que se expida por el Secretario el testimonio o certificación de la sentencia. Esto no es un mandamiento ni acto de ejecución ni de comunicación. Es un título que tiene el propio interesado como si fuera una escritura pública.

La cosa se ve todavía más clara examinando la distinción que hace la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en relación con el procedimiento judicial sumario. Hay que observar que dicha regla ha sido objeto de reforma por la Ley de 14 de mayo de 1986, que suprime un párrafo de la misma, pero no la referencia al mandamiento que ahora vamos a estudiar. En dicha regla se prevé como «título inscribible» el testimonio del auto de adjudicación a favor del rematante. Aquí no se precisa mandamiento, porque es un título susceptible de «asiento de inscripción» como otro cualquiera. En cambio, para las cancelaciones de anotaciones y cargas posteriores a la hipoteca, el artículo 131, regla 17.^a, exige el correspondiente mandamiento. Aquí es necesario realizar un «acto de ejecución» del propio auto, pues está en juego no el título inscribible del interesado en el procedimiento, sino los derechos y asientos de per-

sonas ajenas al procedimiento, en que éste se ha producido sin o contra la voluntad de dichas personas. En tal caso, la «legitimación para la rogación registral», o sea, la instancia o solicitud, se suple con el correspondiente «mandamiento judicial», que sustituye la voluntad de los titulares en tal aspecto.

En la práctica se ha tratado de soslayar la aplicación de preceptos legales tan terminantes como los expuestos, a base de interpretar que es necesario «mandamiento», pero que éste puede expedirlo el Secretario. Ahora bien, como el «mandamiento», según hemos visto, no es un simple acto de comunicación, sino un «acto de ejecución» y un «acto de sustitución de la voluntad del titular registral respecto a la rogación», el Secretario no tiene legitimación al efecto y carece de jurisdicción. Como su nombre indica, el «mandamiento» implica un «mandato» y esto es ajeno al Secretario, cuya función es «comunicar», «testimoniar», «certificar», «dar a los autos el curso ordenado por la Ley» desde el punto de vista procesal, etc. En definitiva, un «mandamiento» expedido por Secretario es una *contradictio in terminis*, porque no puede suplir la voluntad del interesado ni dirigir ningún mandato para la penetración en el patrimonio y en los asientos registrales.

El Código Civil y los mandamientos judiciales.—Debería considerarse suficiente todo lo dicho acerca de la regulación del «mandamiento» por la Ley Hipotecaria y por la Ley de Enjuiciamiento Civil para respetar los textos legales en aras al principio de la seguridad jurídica y al respeto de los derechos y garantías de la persona.

Pero es que el Código Civil, es decir, el Cuerpo legal sustantivo por excelencia, que supongo todo el mundo estará dispuesto a respetar, hace dos alusiones fundamentales al mandamiento, que son el artículo 1.297 y el 1.923, 4.^a

El artículo 1.297, en su párrafo 2.º, establece: «También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiere pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes». Aquí una referencia muy clara al efecto de la «expedición del mandamiento de embargo». No estamos ya ante la «providencia de anotación preventiva» de efectos internos y unos días anterior normalmente al mandamiento, sino ante el acto exterior al proceso, de «expedición del mandamiento de embargo». El efecto es gravísimo para la persona y para los terceros: se produce a partir de entonces presunción de fraude. Ante unos efectos tan graves, se comprenderá que esa «expedición» y ese «mandamiento» y la «fecha» del mismo han de corresponder al órgano jurisdiccional.

El artículo 1.923, 4.^a, del Código Civil se refiere a la «preferencia» que respecto a determinados bienes inmuebles y derechos reales tienen, entre otros supuestos, «los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, *en virtud de mandamiento judicial*, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores». Por tanto, otro efecto fundamental, cual es la eficacia de preferencia respecto a terceros, se subordina al requisito de que se haya producido «mandamiento judicial».

En definitiva, los aspectos de presunción de fraude (art. 1.297, 2.º) y dé preferencia (art. 1.293, 4.^a) son cuestiones de fondo, que el Código Civil relaciona con el mandamiento judicial, que nada tiene que ver con el acto de comunicación o con la certificación o testimonio expedido por el Secretario.

Los asientos del Registro de la Propiedad y la salvaguardia de los Tribunales.—Los asientos registrales no son un problema exclusivo del Registrador de la Propiedad que los firma. Hay un precepto fundamental en la Ley Hipotecaria que no existe respecto a la regulación de los Registros administrativos, lógicamente. Me refiero al párrafo 3.º del artículo 1.º de la Ley, de sobra conocido, pero muchas veces olvidado en cuanto a sus consecuencias. Dicho párrafo establece que «los asientos del Registro... están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley». Por tanto, el Registro de la Propiedad no es sólo «registral», sino «netamente judicial» (2). Los numerosos procedimientos judiciales regulados por la Ley Hipotecaria (expediente de dominio, de liberación de gravámenes, de rectificación de errores, judicial sumario, etc.) así lo confirman. Y es que en los asientos aparecen «derechos subjetivos» de los titulares registrales, y aparecen los derechos de los «terceros hipotecarios». Para desvirtuar el derecho de un «titular registral» se requiere demanda expresa de cancelación o nulidad del asiento, conforme al artículo 38, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria. Y si se trata de un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ha de ser necesariamente mantenido en su adquisición por los Tribunales.

Estas especialidades del Registro y sus repercusiones judiciales explican también la gran tradición existente en esta materia de separar los conceptos de «mandamientos» y «oficios», estos últimos dirigidos a autoridades administrativas y aquéllos a funcionarios íntimamente relacionados con los derechos subjetivos de los particulares. La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su reforma de 1984, mantiene la diferenciación, y a ella

(2) Problema éste que tiene en estudio Celestino PARDO NÚÑEZ.

hay también que atenerse. Efectivamente, el artículo 297 de la Ley establece que «se utiliza la forma de mandamiento para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier diligencia judicial, cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad, Mercantiles, de Buques, de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, Notarios, Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores Colegiados de Comercio o Agentes de Juzgado o Tribunal». Se citan funcionarios que exigen siempre «interés legítimo» de parte interesada para la expedición de certificaciones o testimonios. Por eso, el «mandamiento» sirve en estos casos para suplir esa «legitimación», ese «interés» de un particular que legitima para tal actuación. Por ejemplo: un Notario sólo puede expedir copias de una escritura del protocolo a instancia de «parte legítima». Pero si en lugar de ello recibe un «mandamiento judicial» en el que se ordena la expedición de copia, ese mandamiento suple el requisito del «interés legítimo de parte interesada». Sólo así se puede penetrar en la «intimidad» del protocolo notarial. Nuevamente aparece el mandamiento como supletorio de la voluntad particular legitimada. Tratándose de certificaciones, debe existir «interés conocido» para que el Registrador pueda expedirlas. Pero si recibe un «mandamiento judicial» ordenando la expedición de certificación, entonces queda cubierto el requisito del «interés conocido».

El «mandato» del «mandamiento judicial» y su diferencia con el «apremio».—Lo que distingue el «mandamiento judicial» del simple oficio o de la simple comunicación es que no sólo es acto de «ejecución» de una providencia, auto o sentencia, sino que además lleva implícito un «mandato» o una «orden». Ahora bien, ese «mandato» hay que entenderlo como mandato legitimador de una actuación registral que permite al Registrador o al Notario prescindir de la calificación del interés conocido o legítimo, es decir, de la «rogación» o «legitimación». Pero no puede ser interpretado como un «mandato» o «apremio» al Registrador para que realice una determinada actuación registral prescindiendo de toda calificación. Eso no lo puede significar el «mandamiento judicial». El Registrador tiene que ser independiente en su función calificadora, pues actúa bajo su responsabilidad y decide dentro de su ámbito de jurisdicción voluntaria, de muy distintos efectos que la contenciosa. Por tanto, no cabe que el Juez se inmiscuya en la función calificadora del Registrador, como tampoco cabe que el Registrador califique el fondo o justicia de una decisión judicial.

A pesar de esta clara distinción y configuración del «mandato» que implica el «mandamiento», en los últimos tiempos se viene produciendo algún que otro apremio en la práctica por parte de Jueces a Registrado-

res de la Propiedad. Los casos son muy aislados y vienen resueltos por el artículo 136 del Reglamento Hipotecario, plenamente concordante con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y con el principio de «seguridad jurídica», que debe inspirar la delimitación de competencias de los distintos funcionarios que tienen a su cargo la aplicación del Derecho.

El artículo 136 del Reglamento Hipotecario prevé un recurso de queja por parte del Registrador cuando un Juez le «apremia» para practicar cualquier asiento que el Registrador estime improcedente. En tal caso, el Registrador no sólo «puede», sino que «debe» acudir en «queja» ante el Presidente de la Audiencia. Se trata de un recurso en el que lo que se resuelve es sobre la queja misma y el apremio, es decir, si ha existido o no tal apremio y la improcedencia del mismo en su caso. Lo que no cabe es pretender resolver el fondo a través de un recurso de queja, pues para ello está el recurso gubernativo y las personas legitimadas para interponerlo, conforme al artículo 112 del Reglamento Hipotecario, ninguna de las cuales aparece en el recurso de queja del artículo 136. Por otra parte, la resolución definitiva del recurso corresponde al Ministro de Justicia y no a la Dirección General de los Registros y del Notariado, a diferencia del recurso gubernativo.

Además, el artículo 136 aparece integrado en un grupo de artículos coherentes entre sí, que forman una unidad. Dichos artículos empiezan con el artículo 133, que dice lo que el Registrador «debe hacer» ante un documento judicial; sigue el artículo 134 expresando lo que «debe hacer» el Juez ante una nota de calificación registral: trasladar a las partes y al Ministerio Fiscal el documento para que si lo creen adecuado interpongan recurso contra la calificación, recurso que es el gubernativo, según señala expresamente el siguiente artículo 135, y cierra el grupo el artículo 136, diciendo lo que «no debe hacer el Juez» en estos casos, es decir, apremiar al Registrador, pues ello iría en contra de la necesaria independencia en el ámbito de su función calificadora.

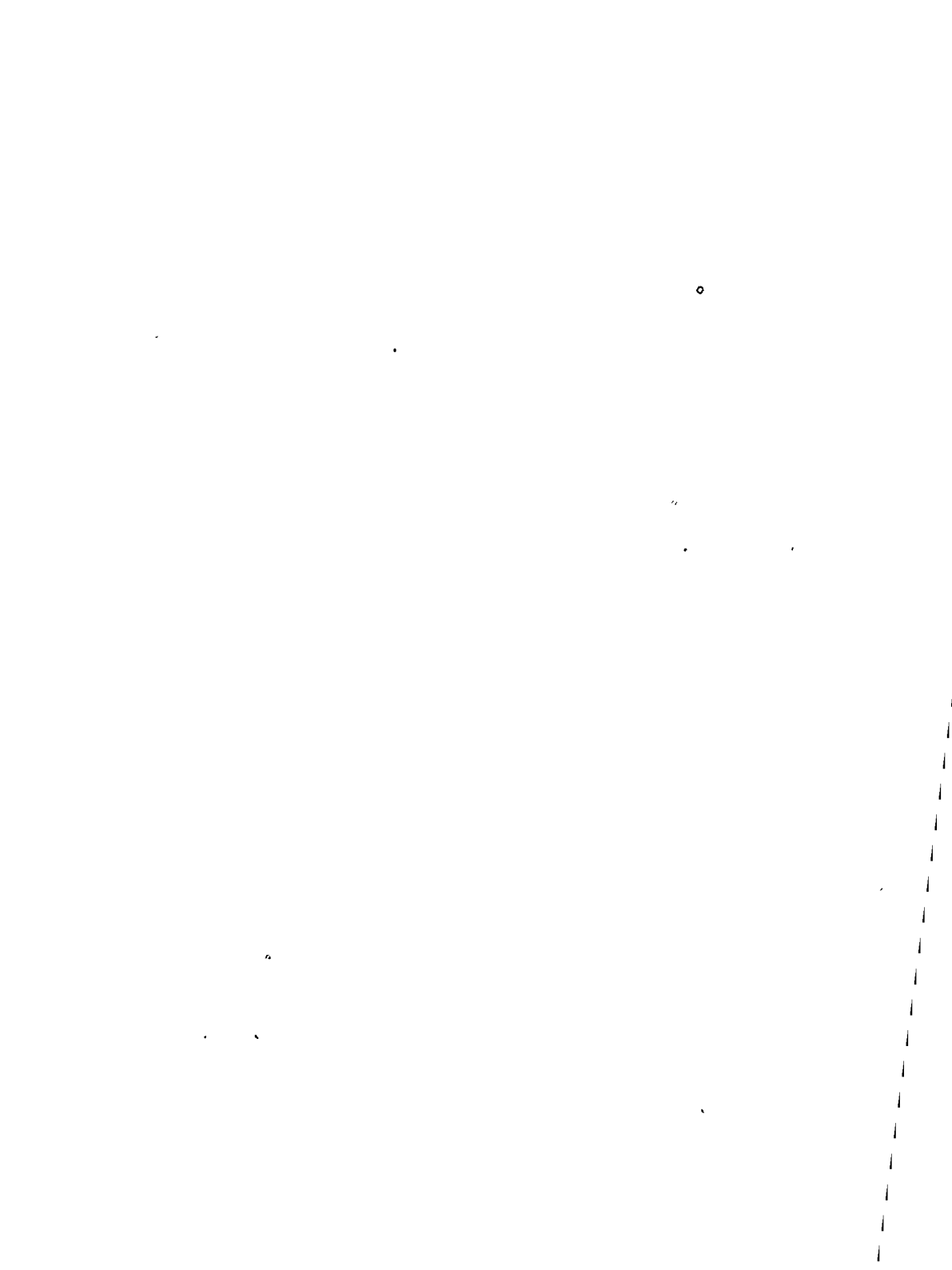
La última decisión que conozco en un recurso de queja ha sido dictada por el Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona, cuyos razonamientos jurídicos creo pueden ser de interés para el lector, por lo que los transcribo a continuación. Se trata del auto de fecha 21 de mayo de 1986, que establece: «Primero. Que, como dice ROCA SASTRE (en su *Derecho hipotecario*, tomo II, pág. 284. 7.^a edición), los Jueces no pueden imponer a los Registradores la práctica de un asiento, y por ello el artículo 136 del vigente Reglamento Hipotecario (que constituía el 145. del anterior de 1915) prevé que el Registrador resista al apremio del Juez a realizar ninguna toma de razón tabular estableciendo el recurso

de queja, a lo que cabe añadir que ello es sin perjuicio de que pueda recurrirse por quien corresponda a la calificación registral que se efectúe promoviendo el adecuado recurso gubernativo. Segundo. Que lo procedente es de aplicación a las presentes actuaciones porque (sin prejuzgar, como es obligado, el fondo de lo cuestionado) no podía el juzgado oficial al Registrador para significarle que su mandamiento 'sin más trámite debe ser anotado...', pues ello significa en realidad apremiarle para que practicase la anotación de referencia, por lo que es forzoso entender que concurre el supuesto previsto en el citado artículo 136 y, en su consecuencia, dar lugar a la queja...».

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona



ACTUALIDAD JURIDICA



I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Seguro de automóviles—El *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 7 de junio publica la *Cuarta Decisión de la Comunidad de 16 de mayo de 1986* para aplicación de la Directiva 72/166/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles y sobre el control de la obligación de asegurar dicha responsabilidad.

La Comisión de las Comunidades Europeas, considerando que las oficinas nacionales de seguros de los Estados miembros celebraron el 12 de diciembre de 1973 un acuerdo, al que se unieron las oficinas de Portugal y España el 14 de marzo de 1986 (no habiéndolo hecho Grecia), ha adoptado la siguiente Decisión:

A partir de 1 de junio de 1986 se suspenderá el control del seguro de responsabilidad civil en relación con los vehículos estacionados habitualmente en España o Portugal que entren en territorio de otros Estados miembros, con excepción de Grecia, así como los de otros Estados miembros que entren en territorio de España y Portugal.—Hecho en Bruselas el 16 de mayo de 1986.—Por la Comisión, COCKFIELD, Vicepresidente.

B) DISPOSICIONES DE LA NACIÓN

1. *Modificación de la Ley de Contratos del Estado*.—El Real Decreto legislativo 931/1986, de 2 de mayo (*Boletín Oficial del Estado* del día 13 del mismo mes), modifica la Ley citada para adaptarla a las directivas de la Comunidad Económica Europea, en cumplimiento de la Ley de Bases 47/1985, de 27 de diciembre. Once artículos se ven modificados en su texto y se crean otros tres artículos «bis», que se integran en esta Ley. Aparte la admisión en general de licitadores comunitarios, se impone en determinados casos la publicación de concursos en

el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. En la Disposición Final Primera se establece que los artículos de la Ley de Contratos del Estado comprendidos en este Real Decreto legislativo tendrán el carácter de legislación básica, a los efectos del artículo 149, 1, 18.º, de la Constitución, o sea, que serán de competencia exclusiva del Estado.

2. *Reforma de los procedimientos de ejecución hipotecaria.*—La Ley 19/1986, de 14 de mayo (*Boletín Oficial del Estado* del día 20 siguiente), reformando los artículos 131 de la Ley Hipotecaria y 84 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, tiene un contenido estrictamente procesal y su finalidad es poner de acuerdo dichos preceptos con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984 y la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985.

Pueden señalarse como reformas más salientes:

- En la regla 7.ª del artículo 131 se añade que también puede instar la subasta el hipotecante.
- En la regla 8.ª se exige que en el edicto figuren el tipo de la subasta y la identificación concisa de la finca, sin precisarse su descripción completa.
- Los edictos se publicarán, a elección del solicitante de la subasta, en el *Boletín Oficial* de la Comunidad Autónoma o de la provincia donde radique la finca o se siga el procedimiento, si su valor pasa de 200.000 pesetas, sin rebasar los cinco millones. Si excede, se publicará, además, en el *Boletín Oficial del Estado*. La publicación en otro medio será a petición y a costa de la parte que la solicite.
- La consignación para participar en la subasta será, *al menos*, del 20 por 100 (antes era el 10 por 100), pudiendo el Juez fijar una cifra mayor.
- En cuanto al lugar de la subasta, la regla 7.ª mantiene la norma de que se celebre ante el Juzgado que conoce del procedimiento.
- Por último, en cuanto al destino de las consignaciones, establece la nueva regla 15.ª que si son suficientes para cubrir crédito, intereses y costas, se darán al acreedor por tales conceptos; en otro caso, satisfarán primero los gastos de las subastas y después principal, intereses y costas reclamados.

3. *Inmatriculación de fincas colindantes con el dominio público marítimo.*—Se regula en el Real Decreto 1156/1986, de 13 de junio, que se ha publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del día 19 del mismo mes, y trata de evitar que las invasiones de la zona marítimo-terrestre

pretendan acogerse a la indudable protección que se deriva de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Por ello se establece que cuando se trate de inmatricular o inscribir excesos de cabida de fincas que lindan con el dominio público marítimo habrá de acompañarse certificación de la Demarcación o Servicio de Costas que acredite que no hay invasión de dicho dominio público, confiándose a la facultad calificadora del Registrador la identificación y localización de la finca.

En unas normas paralelas a lo establecido para los montes públicos, se autoriza la práctica del asiento cuando hayan transcurrido treinta días desde que se hayan pedido de oficio la certificación o los planos sin haberse obtenido respuesta de las Demarcaciones.

Según el artículo 6 y último del Real Decreto, la expedición de las certificaciones y el suministro de los planos serán gratuitos para el Registro de la Propiedad.

4. *Inversiones extranjeras en España.*—Aquí también hace uso el Gobierno de la facultad concedida por la Ley de Bases de 27 de diciembre de 1985, y para adecuar esta materia al ordenamiento jurídico comunitario, se dicta el Real Decreto legislativo 1265/1986, de 27 de junio, publicado al día siguiente en el *Boletín Oficial del Estado*. Por él se aprueba, con fuerza de Ley, el texto articulado de la de Inversiones Extranjeras en España, compuesto de 20 artículos, más cinco Disposiciones Finales y cinco Adicionales.

En lo que más directamente nos afecta, o sea, las inversiones en bienes inmuebles, el capítulo IV las regula así, en resumen:

- Siguen vigentes las limitaciones anteriores respecto a las fincas sitas en zonas estratégicas o de la defensa nacional (art. 12). Pero, según el artículo 14, la declaración de interés turístico nacional (de acuerdo con la Ley 197/1963, de 28 de diciembre) llevará aparejada la autorización, salvo las servidumbres y condiciones previstas.
- Son libres las inversiones inmobiliarias por extranjeros en España, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente (art. 13.1).
- Son también libres, pero con verificación administrativa, las inversiones por personas físicas no residentes o por toda persona jurídica extranjera, según el punto 2 del artículo 13; las adquisiciones de fincas rústicas, de solares urbanos, de locales comerciales y de más de tres viviendas o unidades de una misma división horizontal.

C) NORMAS AUTONÓMICAS

Ultimamente se han publicado las siguientes, por orden cronológico:

1. Ley de 10 de marzo de 1986, de Bases de delegación en el Gobierno de la Generalidad para la adecuación de las Leyes de Cataluña al Derecho de las Comunidades Europeas.
2. Ley Foral de 17 de abril de 1986, sobre control del Gobierno Foral de Navarra sobre las actuaciones de las Entidades locales.
3. Ley de 2 de mayo de 1986, sobre la Dehesa en Extremadura.
4. Ley de 5 de mayo de 1986, reguladora del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Jornadas de estudio sobre «Gobierno y Administración en la Constitución»*.—Organizadas por el Cuerpo Superior de Letrados del Estado y el Ministerio de Justicia, se han celebrado en Madrid, desde el 19 al 22 de mayo, en el salón de actos del Palacio de Parcent.

Inauguradas las Jornadas por el Director General del Servicio Jurídico del Estado, don José Luis GÓMEZ DÉGANO, en el primer día pronunciaron conferencias don Luis LÓPEZ GUERRA, sobre «El Gobierno», y don José Luis FUERTES SUÁREZ, sobre «Administración y Función Pública».

El día 20, don Luis MARTÍN REBOLLO expuso el tema «La responsabilidad de las Administraciones Públicas» y don Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ habló sobre «Los principios constitucionales sobre el procedimiento de las Administraciones Públicas».

Las conferencias del día 21 corrieron a cargo de don Fernando PÉREZ ROYO («La financiación de la actividad administrativa: principios constitucionales sobre el gasto público») y don Francisco RUBIO LLORENTE («Las relaciones del Gobierno y la Administración con las Cortes Generales»).

En el último día, 22 de mayo, don Rafael MATEU DE ROS trató el tema «Estados de alarma, excepción y sitio», y don Tomás DE LA QUADRA SALCEDO, «El Consejo de Estado».

Se presentaron bastantes documentadas comunicaciones sobre el tema general propuesto, cuya enumeración sería fatigosa. Sólo citamos, por ser sus autores Registradores de la Propiedad, las tituladas «Administración Pública de Derecho privado», de don José María CHICO ORTIZ,

y «El control por los Tribunales de la potestad reglamentaria (art. 106.1 de la Constitución)», de don Jesús GONZÁLEZ PÉREZ.

La clausura corrió a cargo del señor Ministro de Justicia.

2. *III Congreso Nacional del Notariado Español.*—Bajo el tema general «Notariado Español y Comunidad Económica Europea» y organizado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, se ha celebrado en Maspalomas (Gran Canaria), en los días 28 de mayo a 1 de junio de 1986, este Congreso, que ha respondido al interés que había suscitado. Asistieron numerosos profesionales del Derecho, destacando la gran altura de las intervenciones básicas, seguidas de coloquios y debates, dada la actualidad e importancia doctrinal y práctica de los temas discutidos.

Hubo dos ponencias, la primera sobre «Fuentes del Derecho comunitario europeo», a cargo del Decano de Albacete, don Rafael GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, y la segunda sobre «Eficacia en España de los documentos formalizados en el extranjero», de la que fue ponente el Notario de Madrid don Isidro LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ.

Además, se discutieron otros temas en tres mesas redondas:

- «Forma de acreditar la existencia de sociedades extranjeras», cuyo ponente fue el Notario de Jerez de la Frontera don Manuel AGUILAR GARCÍA.
- «Utilización en España de poderes extranjeros», por don José-Javier CUEVAS CASTAÑO, Notario de Reus.
- Y «Contratación ante Cónsules extranjeros acreditados en España», bajo la ponencia de don José María DE PRADA GONZÁLEZ, Notario de Madrid.

Tras la redacción de las conclusiones, su discusión y aprobación, se realizó el acto de clausura.

3. *Visita de la Universidad Católica de Puerto Rico.*—Con motivo de una visita a España del Centro de Estudios Avanzados de la Escuela de Derecho de dicha Universidad, se ha desarrollado en Madrid, durante los días 2 a 6 de junio pasado, un ciclo de conferencias sobre el tema genérico de «Nuevas tendencias del Derecho civil en España», en el que destacados juristas españoles explicaron a un nutrido grupo de profesores y alumnos de San Juan de Puerto Rico diversos aspectos de la actualidad jurídica española.

Los conferenciantes y temas tratados fueron los siguientes:

- Excmo. Sr. D. Antonio HERNÁNDEZ GIL, Presidente del Tribunal Supremo: «El contexto económico y social, político y constitucional de la España actual».
- Excmo. Sr. D. Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Magistrado del Tribunal Constitucional: «Técnica y sistemática de la codificación y la reforma del Derecho civil de España».
- Ilmo. Sr. D. Enrique FOSAR BENLLOCH, Notario de Madrid: «Pasado, presente y futuro del divorcio en España e Hispanoamérica».
- Ilmo. Sr. D. Manuel AMORÓS GUARDIOLA, Registrador de la Propiedad, Catedrático: «El régimen económico general del matrimonio y las capitulaciones matrimoniales».
- Excmo. Sr. D. Pedro AVILA ALVAREZ, Registrador de la Propiedad, Notario excedente: «Régimen económico matrimonial y Registro de la Propiedad».
- Sr. D. Antonio HERNÁNDEZ-GIL ALVAREZ-CIENFUEGOS, Abogado: «Constitución y Título Preliminar del Código Civil».

El ciclo constituyó un éxito científico y supuso un entrañable significado de comunicación con nuestros amigos hispanoamericanos, que hablan y piensan en español, como nosotros. Felicitamos a los organizadores, en especial a nuestro amigo Eduardo VÁZQUEZ BOTE, colaborador de esta *Revista*, motor de estos contactos.

4. *Curso de Derecho Agrario*.—El día 26 de junio se clausuró el XXI Curso de Derecho Agrario, que patrocina y lleva a cabo la Asociación Española del mismo nombre, cuyo Presidente es el prestigioso agrarista y Notario de Madrid don Alberto BALLARÍN MARCIAL. El Director del Curso ha sido el Catedrático de Derecho Agrario y Sociología de la Universidad Politécnica de Madrid don Juan José SANZ JARQUE, y en él, como en los otros veinte que le han precedido, se imparten clases explicando el contenido del Derecho agrario, en especial la empresa y la explotación, la propiedad y los derechos reales sobre la tierra, contratos agrarios, crédito agrario, ordenación del territorio, reforma y desarrollo, fiscalidad del campo, Derecho procesal agrario y las cuestiones palpitantes de la integración en las Comunidades Europeas. El Curso está destinado a profesionales y titulados que tienen relación con el ámbito rural y asisten numerosos funcionarios españoles, así como universitarios hispanoamericanos.

Además de los dos citados, son profesores otros prestigiosos juristas, como José Luis DE LOS MOZOS, Sebastián MARTÍN RETORTILLO, Antonio AGÚNDEZ, Antonio SOLDEVILLA y Francisco CORRAL DUEÑAS.

5. *Curso sobre Urbanismo*.—La *Revista de Derecho Urbanístico* ha organizado un Curso sobre Urbanismo, que se ha celebrado en los días 2 al 6 de junio, para ser impartido a las personas interesadas en los problemas urbanísticos, con título facultativo o en el último curso de la carrera, o con cargo directivo o técnico en entidades, organismos o empresas relacionados con la materia.

Se han impartido varias clases sobre temas jurídicos, técnicos, tributarios y registrales, bajo profesorado especialista, del cual destacamos, por razón de las materias que nos afectan, a los señores BASSOLS COMA (que trató sobre los conceptos jurídicos del urbanismo y las competencias en la materia del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones locales), SANZ BOIXAREU (sobre la propiedad y otras figuras de incidencia urbanística), CARRETERO PÉREZ (sobre régimen tributario del urbanismo) y BENAVIDES DEL REY (sobre problemática registral del urbanismo).

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sala Primera.—*Sentencia número 77 de 1986.*—Recurso de amparo número 56 de 1985.—LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO APRECIADO DE OFICIO.

Hechos.—Don Claudio Gallardo López ha interpuesto recurso de amparo contra sentencia del Tribunal Supremo que apreció de oficio la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, lo que, según el recurrente, le resulta lesivo.

Se basaba la demanda de amparo en las siguientes consideraciones de hecho: *a)* El recurrente avaló ante el Banco de España el redescuento de unas letras de cambio, por un montante conjunto de 25.000.000 de pesetas, que las Cooperativas de Viviendas San Patricio y Virgen del Mar, de Málaga, habían descontado en la Caja de Créditos del Sur, Sociedad Cooperativa, de la propia ciudad de Málaga. *b)* Llegado el momento del vencimiento de las letras y resultando éstas impagadas, el Banco de España inició un juicio ejecutivo contra el señor Gallardo, dictándose sentencia de remate y embargándose determinados bienes al ejecutado. *c)* Ejercitada por el señor Gallardo López la acción de resarcimiento del fiador contra las Cooperativas San Patricio y Virgen del Mar, recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Málaga, que condenó a las Cooperativas a consignar en el Juzgado las cantidades reclamadas, que quedarían a disposición del Banco de España si el actor aún no hubiere pagado, o de este último, si tal pago se hubiese ya efectuado. *d)* Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por la parte demandada, el mismo fue resuelto por sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, que confirmó —por lo que al presente recurso de amparo interesa— lo fallado por el Juez de instancia. Contra esta resolución interpusieron recurso de casación las Cooperativas condenadas, invocando al efecto infracción de Ley en la antedicha sentencia de la Audiencia Territorial, toda vez —se alegaba— que los aceptantes de las letras ejecutadas fueron los Presidentes de dichas Cooperativas, quienes carecían de poder para ello según la legalidad aplicable. Por ello, no podía legalmente el Presidente comprometer a la Sociedad Cooperativa, si no fuera con el acuerdo de su Consejo Rector, sin que pueda tam-

co producirse una apariencia engañosa para los terceros que se relacionan con el mismo, pues por imperativo legal carece de autonomía funcional externa. e) Con fecha 3 de diciembre de 1984 dictó sentencia la Sala Primera del Tribunal Supremo, en la que estimando que en la resolución recurrida se había cometido infracción de Ley por no haberse apreciado de oficio la situación de litisconsorcio pasivo necesario, se casó dicha resolución, disponiéndose la devolución a los recurrentes del depósito constituido. Apreció la Sala que debían haber sido demandados, junto con las mencionadas Cooperativas, sus propios Presidentes, al venir éstos directamente afectados por el objeto del proceso, ya que de apreciarse que su actividad al respecto no era vinculante a las Cooperativas tan citadas indudablemente llevaría a que fuesen personalmente responsables. En segunda sentencia, la misma Sala, y sobre la base de la decisión anterior, declaró no haber lugar a pronunciarse en orden a las pretensiones formuladas en el suplico de la demanda inicial por don Claudio Gallardo López.

La fundamentación en derecho de la demanda de amparo puede sintetizarse como sigue:

a) Considera el actor que la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo le ha deparado indefensión —con el consiguiente quebrantamiento de su derecho fundamental declarado en el artículo 24.1 de la Constitución— al haber incurrido en incongruencia, resolviendo el recurso interpuesto en virtud de consideraciones que no habían sido alegadas en momento alguno por las partes. El Tribunal Supremo —se añade— está sujeto, como cualquier otro órgano juzgador, a lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedando tal sujeción consagrada, con relevancia constitucional, en los artículos 9.1, 24.1, 53.1 y 117 y siguientes de la norma fundamental.

b) Por lo demás, la doctrina del Tribunal Supremo, interpretando el citado artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha ido configurando la exigencia de congruencia en las sentencias, doctrina aplicable al presente caso. Frente a este deber de congruencia no cabría argüir —como hace en uno de sus considerandos la sentencia recurrida— que la existencia del litisconsorcio pasivo necesario puede ser apreciada de oficio, ya que diciendo esto se contraría la misma identificación del citado artículo 359 como norma igualmente de orden público.

El Tribunal Constitucional HA DESESTIMADO este recurso de amparo, basándose en los siguientes

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.—El solicitante de este amparo funda la pretendida lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 24 de la Constitución, en el hecho de que la Sala Primera del Tribunal Supremo, en la sentencia dictada con ocasión del recurso de casación interpuesto por las Cooperativas San Patricio y Virgen del Mar, estableció *ex officio* la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, lo que le llevó a no decidir sobre el fondo del asunto. El solicitante del amparo entiende que su

referido derecho a la tutela judicial efectiva queda vulnerado por incongruencia de la sentencia y por la situación de indefensión en que se le coloca. De esta suerte, los temas que han de ser ahora examinados para decidir si la solicitud de amparo debe o no prosperar son precisamente los dos que se acaban de mencionar, esto es, la incongruencia y la indefensión, sin entrar a decidir el mayor o menor acierto que fuera del marco estrictamente constitucional el Tribunal sentenciador pudiera haber tenido al acoger el litisconsorcio pasivo necesario, la doctrina jurisprudencial sobre ella establecida en materia de casación civil, por ser tema extraño a la jurisdicción de este Tribunal.

Segundo.—La congruencia de las sentencias es un requisito de las mismas que establece el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que guarda estrecha conexión con el principio dispositivo que rige en los procesos civiles, donde las pretensiones —y las posiciones procesales, en general— de los litigantes constituyen un límite a la potestad de juzgar de los órganos jurisdiccionales, de manera que no pueda otorgarse más de lo pedido por el demandante ni conceder u otorgar cosa distinta de la por él reclamada o concederla por título distinto de aquel en que la demanda se funde.

La incongruencia que se produce cuando no se observa la norma antedicha, con la generalidad con que acaba de ser descrita, constituye vicio de la sentencia que permite su impugnación por la vía de los recursos ordinarios y, en su caso, del recurso extraordinario de casación ante los órganos superiores en el orden jerárquico del que ha sentenciado. Sin embargo, ese vicio de la sentencia no se transforma necesariamente por sí solo en vulneración de los derechos de carácter fundamental que reconoce el artículo 24 de la Constitución, pues el derecho a la tutela judicial efectiva, entendido como derecho a una sentencia de fondo motivada o fundada en derecho o a una resolución sobre admisión igualmente fundada, que conlleven la prestación de actividad jurisdiccional que el ciudadano puede reclamar, queda con ello satisfecho. Por esta razón, como este Tribunal ha tenido ocasión de proclamar, la incongruencia de una sentencia sólo entra en conexión con los derechos reconocidos por el artículo 24 cuando pueda encontrarse en el asunto, además de incongruencia de la sentencia, la situación de indefensión que el artículo 24.1 de la Constitución prohíbe, por entrañar la decisión un pronunciamiento sobre temas o materias no debatidas en el proceso respecto de las cuales, en consecuencia, no haya existido la necesaria contradicción.

A lo dicho anteriormente habrá que añadir que dada la estrecha relación existente entre incongruencia y principio dispositivo —a que nos hemos referido—, la incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir *ex officio*, como ocurre con las materias relativas a los presupuestos procesales.

Tercero.—Las premisas establecidas en el apartado anterior nos permiten llegar ahora con facilidad a la conclusión que ha de establecerse en el presente asunto:

a) No puede decirse en puridad que en el proceso del que este asunto dimana se haya producido incongruencia de la sentencia, pues correspon-

de al Tribunal, como es doctrina pacífica y nunca discutida, examinar los presupuestos de carácter procesal que son de orden público. Ha de velar el Tribunal para que su sentencia no modifique la situación jurídica de personas que no han sido parte en el pleito. Y ello es así precisamente para preservar el principio de contradicción y el derecho a la tutela judicial efectiva de estas personas. Lo que quiere decir que no puede formularse ningún tipo de agravio contra el Tribunal (suponiendo que viola el derecho a la tutela judicial efectiva de uno) cuando trata de preservar ese mismo derecho de otro; todo ello con independencia, como más arriba decíamos, del juicio que pueda merecer la doctrina jurisdiccional de la casación civil sobre el litisconsorcio pasivo necesario.

b) Resta, pues, dilucidar únicamente si se ha producido o no indefensión de don Claudio Gallardo López. La respuesta que debe darse a este interrogante es negativa. Y lo es por dos tipos de razones. Ante todo, hay que decir que la cuestión relativa a la eventual responsabilidad personal de los Presidentes de las Cooperativas (que es de donde arranca la sentencia del Tribunal Supremo para establecer el litisconsorcio pasivo necesario) había sido largamente discutida en el pleito y era cuestión sobre la cual versaba el recurso de casación que el Tribunal Supremo decidió, de manera que el actual solicitante de amparo había tenido ocasión suficiente para debatirla no sólo en las instancias, sino también en el momento de sustanciarse el recurso de casación. Por ende, ha existido debate y contradicción procesal sobre tal cuestión y no puede encontrarse en ello indefensión.

Además, la indefensión que posee relevancia jurídico-constitucional en los casos de incongruencia de la sentencia es aquella que se produce cuando la situación creada por la sentencia incongruente es inmovible y adquiere eficacia de cosa juzgada, pues la indefensión creada por una sentencia tiene siempre que medirse globalmente. Ello no ocurre en este caso. Al declarar el Tribunal que no ha lugar a pronunciarse sobre el fondo del asunto, deja abierta plenamente la posibilidad de que el demandante de este pleito vuelva a ejercer su acción en otro distinto, obteniendo, en su caso, la satisfacción de su derecho de crédito, lo que quiere decir que lo único que habrá experimentado tal derecho es un retraso en realización que al estar motivado por las razones que han quedado expuestas, no puede tampoco considerarse como indebido, en el sentido del párrafo 2.º del artículo 24 de la Constitución.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por IGNACIO DEL RÍO GARCÍA DE SOLA,
RICARDO EGEA IBÁÑEZ,
FERNANDO CANALS BRAGE,
JUAN PABLO RUANO BORRELLA y
MANUEL CASERO MEGÍAS

1. NO ES ANOTABLE UNA SENTENCIA DESESTIMATORIA DE TERCERÍA DE DOMINIO Y ESTIMATORIA DE LA TERCERÍA DE MEJOR DERECHO INSTADA POR EL DEMANDANTE RECONVINIENTE.

Resolución de 4 de febrero de 1986 (B. O. del E. de 20 de febrero).

I. Hechos.—Situación registral:

1. Don M. C. V., dueño de la finca 8.377, segregó y vendió a don J. F. R. y esposa una tierra de 12 hectáreas, 20 centiáreas, que motiva la inscripción 1.ª de la finca 12.512.

2. Siendo titular don J. F. R. se anota un embargo letra A, a favor de don F. M. O., con fecha 1 de abril de 1978, juicio ejecutivo 254/78.

3. En virtud de sentencia firme se decretó la nulidad de la venta señalada en el punto número 1, que motiva la inscripción 2.ª de la finca 12.512, deviniendo titular registral nuevamente don M. C. V.

4. Transcurrido el plazo de la anotación letra A (2), se canceló por caducidad el 7 de febrero de 1983.

5. Con posterioridad se segregaron y vendieron a terceros diversas parcelas por una superficie total de dos hectáreas, 47 áreas, 88 centiáreas, 79 decímetros y 30 centímetros cuadrados.

6. Por mandamiento de fecha 11 de marzo de 1983, dimanante de autos de juicio ejecutivo 254/1978, a instancia de don F. M. O. contra don J. F. R., se acordó anotar la sentencia que desestima la tercería de mejor dominio instada por el demandado reconviniente don F. M. O., declarando «el derecho preferente de dicho señor F. M. O. para cobrar su crédito sobre la finca embargada en juicio ejecutivo número 254/78, respecto a don M. C. V.».

Resultando que presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad de Motril, fue calificado con nota del siguiente tenor: «Dene-

gada la anotación del precedente mandamiento, por observarse el defecto insubsanable de que la anotación letra A, a favor de don Francisco Molina Olea que se practicó sobre esta finca en virtud de mandamiento expedido como consecuencia del juicio ejecutivo número 254/1978, del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Granada, y a la que se refiere este mandamiento, está cancelada, con fecha 7 de febrero del corriente año, por haber incurrido en caducidad sin haber instado su prórroga dentro del plazo de vigencia, y haberlo instado así don Manuel Castillo Villalba en instancia que se presentó a las once horas del día 3 de dicho mes de febrero, asiento 2.822, folio 290, diario 43, por lo que no cabe anotar el mejor derecho del crédito amparado por la citada anotación letra A, que se encuentra en la actualidad cancelada. Asimismo se deniega la anotación en cuanto a una cabida de dos hectáreas, 47 áreas, 88 centiáreas, 79 decímetros, 30 centímetros cuadrados, por haberse practicado diversas segregaciones que se encuentran inscritas a favor de terceras personas que no han sido parte en el procedimiento. Este defecto tiene también el carácter de insubsanable. No procede la práctica de anotación de suspensión. Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la letra C del artículo 485 del Reglamento Hipotecario.—Motril, 15 de noviembre de 1983. El Registrador.—Firma ilegible».

El recurrente, entre otras razones, alega:

1. Que el embargo no está sujeto a plazo de caducidad y menos cuando se ha declarado su plena eficacia por sentencia en tercería promovida precisamente por el actual titular registral.
2. Que la indicación del artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de que se tome anotación preventiva es a los efectos registrales frente a los terceros que puedan embargar con posterioridad o adquirir algún derecho real sobre la finca embargada.
3. Que el embargo existe y el derecho preferente subsiste sobre el resto de la finca que no se ha cedido a terceros, no alzándose el embargo hasta que no se haya liquidado la responsabilidad garantizada.
4. Que si bien es cierto que la sentencia no puede afectar a terceros que sin ser parte en el procedimiento tienen inscritas parcelas, en cuanto al resto, inscrito a favor del señor M. C. V., debió anotarse, ya que fue parte en el procedimiento.

El Registrador informó:

1. Que la Ley Hipotecaria adopta el sistema de *numerus clausus* para las anotaciones.
2. Que mientras la tercería de dominio, que tiene por objeto un «acto reivindicatorio *ex iure domini*», puede tener constancia registral por sí misma, en la tercería de mejor derecho el objeto procesal es un problema de preferencia de créditos, por lo que la sentencia, por muy firme que sea, no puede tener encaje, por sí sola, en ninguno de los supuestos concretos tipificados por el legislador como susceptibles de anotación preventiva. Y, a lo sumo, podría tener acceso al Registro en cuanto supusiese alteración jurídica de un asiento preexistente del que trae su causa.
3. Que una vez cancelada la anotación preventiva no existe el soporte jurídico que permite su reflejo registral.

El informe del Magistrado Juez de Primera Instancia consideró ajustada a Derecho la denegación recurrida, alegando que el tercerista, vigente el proceso, pudo y debió solicitar la prórroga de la anotación de embargo. El auto del Presidente de la Audiencia Territorial desestimó el recurso, aduciendo razones análogas a las alegadas por el Registrador.

II. *Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 1.º; 2.º; 1; 3.º; 38, 2; 40 y 42 de la Ley Hipotecaria, y 33 y 198 del Reglamento para su ejecución;

Considerando que la finalidad del recurso gubernativo se centra únicamente en determinar si el título presentado en el Registro es susceptible o no de ser inscrito en los libros registrales, sin poder entrar en otras cuestiones o materias que se aparten de lo que constituye propiamente su objeto, y por eso en este expediente hay que partir para su resolución del contenido que presentan los asientos del Registro y que aparece reflejado en el segundo de los resultandos;

Considerando que, a la vista del escrito de apelación del recurrente, el problema se reduce a determinar si es procedente extender la anotación preventiva de una sentencia que ha desestimado la demanda de tercería de dominio interpuesta por el que aparece ya como titular, al haber re-inscrito el dominio del inmueble a su nombre por haberse cancelado el asiento a favor de la persona a la que vendió un inmueble en virtud de otra sentencia firme que declaró la resolución de la compraventa entre estos dos últimos;

Considerando que no resulta admisible la constancia del fallo desestimatorio de la sentencia a través de la anotación preventiva solicitada, pues al ser su *numerus clausus* sólo puedan extenderse (art. 42, núm. 10, de la Ley Hipotecaria) aquellos que tengan su origen en un precepto legal que declare esa posibilidad, lo que aquí no sucede, aparte de que la anotación pretendida carecería de trascendencia práctica al no anunciar la iniciación de un procedimiento que culmine en una posible resolución judicial declarativa de la inexactitud registral, así como tampoco de una posible causa de ineficacia inscrita, que llevaría aparejada la suspensión de la eficacia protectora de la publicidad registral;

Considerando que no hay que olvidar que la anotación de embargo a favor del acreedor, instante del procedimiento judicial, aparece cancelada al no haber sido prorrogada dentro del plazo, con lo que desaparecen los efectos registrales que provocaba, y que, a la vez, el inmueble, en virtud de la sentencia firme de 11 de diciembre de 1981, aparece inscrito a nombre del antiguo titular y, por tanto, deja de estarlo a favor del deudor,

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

III. *COMENTARIO.*—El recurso que examinamos reitera la doctrina del *numerus clausus* en materia de anotaciones, ya declaradas por las Resoluciones de 3 y 14 de diciembre de 1960.

El supuesto de hecho nos presenta una situación procesal compleja, como consecuencia del ejercicio de diversas acciones: una acción ejecutiva; la deducción de una tercería de dominio; la reconvencción alegatoria de tercería de mejor derecho por el ejecutante y el ejercicio paralelo de una acción de nulidad de compraventa e inscripción que determinó la titularidad registral del ejecutado.

Junto a esta situación procesal, registralmente se produce la caducidad de la anotación de embargo ordenada en el juicio ejecutivo y se practican inscripciones a favor de terceros de partes segregadas.

El Registrador, en su nota de calificación, basa la denegación de la anotación solicitada en la cancelación, por caducidad, de la referida anotación de embargo. En el informe, sin embargo, señala como primer argumento el sistema de *numerus clausus* establecido por la Ley Hipotecaria en materia de anotaciones, reforzado por la propia naturaleza personal de la declaración de la sentencia estimatoria de tercería de mejor derecho: la preferencia sustantiva de un determinado crédito al ejecutado.

Como señala RIFA SOLER (*La anotación preventiva de embargo*, Ed. Montecorvo), «el artículo 1.927, 2.º, del Código Civil regula el orden de prelación de los créditos preventivamente anotados en el Registro, según el rango registral que ocupen. Frente a este orden de graduación se podrá oponer, no obstante, la preferencia civil contemplada en el artículo 1.923, 4.º, que limita la preferencia del artículo 1.927, 2.º, sobre los créditos de fecha posterior a la anotación, debiéndose poner de manifiesto la preferencia de los créditos anteriores necesariamente a través de una tercería de mejor derecho, que se sustanciará por los trámites del proceso declarativo ordinario que corresponda».

No obstante, el Registrador plantea en su informe la posibilidad de que el contenido de una sentencia de tercería podría tener acceso al Registro «en cuanto supusiere alteración jurídica de un asiento preexistente del que trae su causa».

Esta posibilidad parece ser rechazada por la Dirección al declarar en su tercer considerando que la anotación pretendida carecería de trascendencia práctica.

Téngase en cuenta que, a diferencia de la tercería de dominio que suspende el procedimiento recaída sentencia firme de remate, el artículo 1.536 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «si la tercería fuere de mejor derecho se continuará el procedimiento de apremio hasta realizar la venta de bienes embargados, y su importe se depositará en el establecimiento destinado al efecto para hacer pago a los acreedores por el orden de preferencia que se determine en la sentencia del juicio de tercería».

El tercerista de mejor derecho se beneficia, por tanto, de la anotación de embargo solicitada por el ejecutante vencido. Y aun cuando lo normal, dado los distintos procedimientos, sería que el procedimiento de apremio finalizara previamente al declarativo de tercería, situación contemplada por el transcrito artículo 1.536, ello no obsta para que, en caso contrario, el tercerista solicite la prórroga de la anotación de embargo practicada. Este sería el momento en que la sentencia de tercería tuviese cierto reflejo registral, pues en el mandamiento ordenando la prórroga deberá expresarse, en su caso, el cambio de anotante, en favor del acreedor preferente declarado por la sentencia de tercería.

No se olvide que la tercería es, como señala GUASP (*Derecho procesal civil*, Ed. Instituto de Estudios Políticos), un supuesto de pluralidad de partes en la que el tercero viene al proceso por su propia iniciativa y que encuentra su fundamento en la ventaja que supone para él «la eliminación de una decisión que pueda perjudicarle directa o indirectamente, ventaja que es recogida por el ordenamiento jurídico, dada la realización que éste supone de los principios de armonía y economía procesales».

Junta a esta fundamentación procesal de la teoría de mejor derecho, su fundamentación sustantiva deriva de la prioridad del Derecho material sobre el rango registral ganado por cada anotación, según resulta de los artículos 1.923, 4.º, del Código civil («Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores»), al que se remite el artículo 44 de la Ley Hipotecaria.

Así se recoge en el artículo 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al decir que «las tercerías habrán de fundarse... en el derecho del tercero a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante».

El principio del *numerus clausus* en materia de anotación o principio de reserva de ley ya se declaró por las Resoluciones de 3 y 14 de diciembre de 1960.

La primera de ellas, en su segundo considerando, declara que «para poder extender un asiento de anotación preventiva se ha de requerir que el título que le sirva de fundamento se base en alguna de las causas establecidas en el artículo 42 de la Ley», y la de 14 de diciembre reitera en su último considerando que «no han de practicarse otras anotaciones a las establecidas concretamente, de una manera expresa, en las disposiciones legales».

Este principio de reserva de ley, a pesar de estar aplicado ampliamente, ya que comprende también las anotaciones ordenadas por el Reglamento Hipotecario, ha sido vulnerado en el supuesto de los contratos de viviendas de promoción pública sujetos a condición suspensiva, en los que la Orden Ministerial del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 17 de noviembre de 1980 prevé una anotación «atípica» a favor de los adjudicatarios hasta que se cumpla la condición suspensiva de la efectiva ocupación. (Ver el trabajo de RODRÍGUEZ LÓPEZ, ficha 56, *Boletín del Colegio* de marzo de 1981, pág. 261.)

No podemos, sin embargo, dejar de destacar que la limitación en materia de anotaciones está mucho más consolidada, legal, doctrinal y jurisprudencialmente, que en materia de inscripciones. Quizá se deba a la buena técnica del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que, al menos en materia de anotaciones judiciales, ha sabido encuadrar todos los supuestos posibles que pueden producir una modificación real, acorde con una de las características principales de la anotación: enervar la fe pública registral.

I. DEL R. G.-S.

2. ACTUACIÓN DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN ANTES DE INSCRIBIR LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD EN EL REGISTRO MERCANTIL.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero de 1986 (B. O. del E. de 19 de marzo).

I. *Hechos*.—Por escritura pública autorizada por el Notario J. M. P. el 25 de noviembre de 1982, se constituyó la Compañía Mercantil T. S. A.;

presentada esta escritura en el Registro Mercantil, fue calificada con nota de denegación por estimarse los defectos: 1.º Ejecutar en la misma el que dice ser Presidente de una Junta general acuerdos de la misma cuando tal órgano, al no haber sido inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, no existe, conforme resulta de los artículos 9.º y 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas.—2.º Aun en el supuesto de poder actuar dicho organismo antes de la existencia, la certificación de los acuerdos que se ejecutan está expedida por los Presidente y Secretario de la Junta general, cargos que no aparecen inscritos a favor de ninguna persona en el Registro ni de cuyo ejercicio da fe el Notario autorizante ni se acredita en forma adecuada.—3.º Aun cuando en el negado supuesto de validez de la Junta celebrada se alegara que en la persona del compareciente y certificante J. M. P. P. concurre la calidad de Administrador único, ni en el instrumento ni en la certificación manifiesta el mismo actuar en tal condición, en cuyo caso tal simple declaración hubiera bastado para la expedición por sí solo de la certificación y aun para formular las declaraciones resultantes de la escritura sin necesidad de ella.

II. *Doctrina de la Dirección General.*—Interpuesto recurso gubernativo por el Notario, los considerandos de la Resolución son los siguientes:

Considerando que este expediente se plantea a efectos doctrinales después del acuerdo del Registrador, subsana el Notario los defectos señalados en las escrituras y solicita que se mantenga el recurso a efectos exclusivamente doctrinales. Considerando que la primera cuestión que se plantea es la de si antes de inscribirse la escritura de constitución de sociedad anónima en el Registro Mercantil pueden los órganos sociales adoptar acuerdos, en este caso concreto la Junta general de accionistas, que se ha reunido con el exclusivo objeto de subsanar defecto que se atribuía al artículo 17 de los Estatutos sociales;

Considerando que el argumento esencial en que se basa la defensa de la nota hace referencia a que mientras una sociedad no está inscrita en el Registro Mercantil no puede estimarse existente y, por lo tanto, carece de órganos que puedan actuar en funcionamiento;

Considerando que es indudable que según el artículo 6.º de la Ley de Sociedad Anónimas la sociedad anónima hasta que no esté inscrita en el Registro Mercantil no está dotada de personalidad jurídica, momento a partir del cual se ha completado todo el ciclo que se inicia con el contrato social, y goza de capacidad plena; pero ello no quiere decir que anteriormente a esta fecha no puedan ser realizadas actividades sociales o mercantiles en su propio nombre, y la propia Ley regula alguna de estas situaciones (art. 7.º LSA), si bien la somete para su validez a determinados requisitos y establece consecuencias jurídicas diversas al objeto de garantizar a aquellas personas que hubiesen contratado con los que actúan en nombre de la sociedad.

Considerando que la circunstancia que la sociedad no adquiera personalidad jurídica hasta que se halle inscrita en el Registro Mercantil no pueda ser valorada tan extensivamente que impida a los órganos sociales que ya han sido designados adoptar acuerdos antes de aquel momento y en el tiempo más o menos largo que pueda durar la fase fundacional, en la que precisamente la Ley de Sociedades Anónimas exige toda una serie de requisitos que forzosamente han de autorizarse antes de la inscripción,

si bien bajo la condición de que esta última se logre, y éste es el criterio por la Resolución de 16 de junio de 1973 en relación con una delegación de facultades hecha con posterioridad a la escritura fundacional y que tuvo acceso al Registro una vez se inscribió esta última escritura;

Considerando que el segundo defecto hace referencia a si el Presidente y Secretario de una Junta universal designados en la propia Junta carecen de facultades certificantes si por el Notario no se da fe de que están en el ejercicio legítimo de sus cargos;

Considerando que esta cuestión, como ya declaró la Resolución de 30 de enero de 1985, hay que encuadrarla dentro de la más amplia sobre el valor que hay que atribuir al acta que se redacta como punto final de todo el proceso de formación de los acuerdos sociales y en la misma cabe distinguir: a) su contenido, referido a los hechos presenciados por el autor del documento al redactarla; y b) la documentación que corresponde a la persona competente para ello por estar legitimada o por la Ley o por los Estatutos sociales o acuerdos de los accionistas (art. 61 LSA), y que normalmente va unida al ejercicio de su cargo y que en nuestro Derecho corresponde habitualmente al Secretario de la Junta con la aprobación del Presidente, quien al atestiguar la verdad del contenido de lo redactado por el primero añade una garantía más a la veracidad y exactitud de lo redactado;

Considerando que como igualmente declaró la mencionada resolución, a diferencia de otros sistemas, la redacción del acta no corresponde en nuestro Derecho a un funcionario público con el valor que todo documento de esa índole ofrece (arts. 1.217 y sigs. CC), sino que se trata de un documento privado y hace que puedan surgir problemas delicados en orden a la eficacia probatoria del documento, a la correspondencia entre los hechos documentados y el documento redactado, así como a la legitimación para redactar el acta que, como se ha indicado en la Ley de Sociedades Anónimas, se resuelve a través de las personas designadas en el artículo 61 de la misma, cuestiones todas ellas que apenas han sido objeto de atención por la doctrina y no han originado decisiones jurisprudenciales de particular interés;

Considerando que los beneficios para el tráfico y la seguridad jurídica que se derivan de la institución del Registro Mercantil ponen de manifiesto la necesidad de la máxima certeza de los documentos que tienen su acceso al mismo, ya que al no estar en juego solamente los intereses de la persona que emite la declaración, sino en general de los terceros y demás personas interesadas, sus asientos deben publicar los actos que interesan con las mayores garantías de exactitud, dadas las presunciones de veracidad y legitimación contenidas en los artículos 1.º a 3.º del Reglamento del Registro Mercantil;

Considerando que de lo expuesto se deduce que los accionistas asistentes a la Junta pudieron nombrar en la misma sesión al Presidente y al Secretario (arts. 61 LSA y 8.º de los Estatutos), y que al último le corresponde la facultad de certificar, pues a falta de disposición legal expresa, un uso mercantil prolongado en el tiempo así lo viene reconociendo, sin que el Notario pueda sustituirle en esta función ni tampoco dar fe de que fueron elegidos para esa sola Junta, salvo cuando expresamente se le ha llamado con esta finalidad y asistido a la misma;

Considerando, y en relación a este defecto segundo, procede indicar

que es igualmente imposible que pueda aseverar el Notario que el Presidente y el Secretario se encuentran en el ejercicio de sus cargos al certificar los acuerdos sociales plasmados en la escritura pública, pues es algo que escapa a su percepción, y, por otra parte, salvo en el caso concreto del artículo 108, 1, b), del Reglamento del Registro Mercantil, no hay disposición legal que imponga al fedatario esta obligación;

Considerando que el tercer defecto es expresamente formal y carece de trascendencia en este caso concreto, ya que el ejecutor del acuerdo —aunque no lo manifieste expresamente al comparecer en la segunda escritura de subsanación— no solamente es Presidente de la Junta, sino que coincide en su persona la de Administrador único de la sociedad, cargo que acepta en la primera escritura de constitución —antes de celebrarse la Junta universal—, y en su carácter de órgano de administración social es al que corresponde llevar a cabo la ejecución de lo acordado,

Esta Dirección General ha acordado revocar el acuerdo y la nota del Registrador.

· III. COMENTARIO.—Respecto a los temas tratados vamos a examinar diversas cuestiones:

A) La validez de los actos y contratos otorgados por la sociedad anónima antes de su inscripción en el Registro Mercantil (art. 7.º LSA), en oposición a los artículos 6.º y 9.º de la Ley de Sociedades Anónimas, alegados por el Registrador Mercantil.—El primer problema que se plantea es la relación entre los artículos citados: artículo 6.º, que dice que la sociedad anónima se constituye por escritura pública y se inscribe en el Registro Mercantil y que desde este momento tiene personalidad jurídica, y el artículo 7.º, respecto a la validez de los contratos en nombre de la sociedad antes de su inscripción. La nota del Registrador partía de la base que antes de la inscripción en el Registro Mercantil no existe persona jurídica y, por lo tanto, no se pueden tomar acuerdos sociales que tienen como presupuesto la existencia de una persona jurídica.

Pero respecto a la sociedad anónima, en defecto de inscripción y una vez otorgada la escritura pública, supone la existencia de lo que la doctrina llama una sociedad anónima en formación; el convenio produce efecto entre los contratantes y una de las obligaciones que nace es inscribir la escritura pública de constitución de sociedad anónima en el Registro Mercantil (arts. 13 y 16 LSA).

Existe un régimen jurídico para la sociedad anónima en formación, sociedad constituida en escritura pública y **NO INSCRITA** en el Registro Mercantil, en el que podemos distinguir tres cuestiones:

1.º Los contratos concluidos en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil; en este caso la validez de los contratos queda subordinada a dos requisitos: la inscripción de la sociedad anónima en el Registro Mercantil y la aceptación por la sociedad en un plazo de tres meses. Se plantea la cuestión de cuál es el órgano competente para ratificar, ya que nada dice la Ley de Sociedades Anónimas. Sobre esta cuestión, ALONSO GARCÍA (*La sociedad anónima no inscrita, régimen jurídico de los actos y contratos celebrados en su nombre*) cita la opinión de GARRIGUES, que considera que, en general, será el Consejo de administración, salvo en el caso límite en que éste no tenga competencia, que lo

haría la Junta general. CÁMARA considera que debe ser la Junta general. En el caso de que no se verifique la aceptación, los gestores serán responsables solidariamente.

2.º Estas consideraciones, dice URÍA, no se aplican en el caso de contratos necesarios para la constitución de la sociedad (art. 7.º, 1, LSA). En este caso, inscrita la sociedad, serán de cuenta de ella los gastos que por esta causa se originen. El artículo 7.º, 2, de la Ley de Sociedades Anónimas se refiere expresamente y regula los actos necesarios para la constitución de la sociedad.

3.º Pero fuera del texto del artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas nos encontramos con el supuesto de la resolución objeto de esta nota cuando dice que el hecho de que el artículo 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas impida a la sociedad actividades mercantiles no es obstáculo para que los órganos sociales puedan realizar su actividad, como son en el caso de la resolución citada, acuerdos de la Junta general para resolver problemas como en este caso subsanar un defecto de los Estatutos de la sociedad. Pero este mismo criterio se revela en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 1973, por la cual un Consejo de administración nombrado en la escritura y antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, dicho Consejo de administración nombraba Consejero-delegado, la resolución citada declaró inscribible el cargo de Consejero-delegado nombrado antes de la inscripción de la escritura de constitución de la sociedad anónima en el Registro Mercantil. La Resolución de 16 de junio de 1973 hace constar que para asumir obligaciones está el artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas, pero no parece que esto pueda extenderse a casos como el de nombramiento de Consejero-delegado, que se trata de un acto de regulación interna de la Ley de Sociedades Anónimas (T. CARRETERO, «Nota a la Resolución de 16 de junio de 1973», en *RCDI*, núm. 499)..

La dogmática jurídica ha explicado el precepto del artículo 7.º sobre la base del derecho de obligaciones; así, el artículo 2.331 del Código Civil italiano dice que la inscripción en el Registro de la sociedad anónima supone para ésta la adquisición de la personalidad jurídica, pero de las operaciones concluidas en nombre de la sociedad son responsables ilimitada y solidariamente aquellos que las han contraído. Hay que tener en cuenta que estas obligaciones adquieren firmeza cuando la sociedad anónima es inscrita y la Asamblea general ratifica estos contratos. FRE (*Società per azione*, 5.ª ed., pág. 99) señala que es una hipótesis del representante que obra sin poder del representado, aunque el representado sea en este caso una sociedad en formación. En nuestro Derecho, artículo 1.259 del Código Civil, ROBLOT (*T. E. D. Commercial*, I, pág. 658) recoge la doctrina de la sociedad anónima en formación y hace constar que los contratos en nombre de dicha sociedad han de ser aprobados, una vez inscrita, por la Asamblea general constitutiva. Este autor manifiesta que puede darse una explicación obtenida del Derecho de obligaciones, aunque no de una manera muy convincente; se basa en las estipulaciones en favor de tercero y en la gestión de asuntos ajenos sin mandato (en el Código Civil, artículos 1.257, 1.888 y 1.892).

B) El valor jurídico de las actas de la Junta general.—La segunda cuestión que trata la resolución citada, y que ya se había expuesto en la

Resolución de 30 de enero de 1985, es la del valor que hay que atribuir a un acta de la Junta general que se redacta al final de los acuerdos. La resolución citada dice que en las actas de las Juntas generales hay que distinguir: a) su contenido referido a los hechos presenciados por el autor del documento; y b) la documentación que corresponde a la persona legitimada para redactar y aprobar las actas de las Juntas generales.

Actas y listas de asistencia. RUBIO (*Curso de Derecho de sociedades anónimas*, pág. 232) dice que las actas y las listas de asistentes son dos documentos inseparables (arts. 61, 62 y 64 LSA). Las listas de asistencia demuestran la realidad y la legalidad de la constitución de la Junta; las actas de las Juntas generales tienen por objeto la realidad y la legalidad de los acuerdos tomados en una Junta general.

Respecto a las listas de asistencia, DUQUE («La lista de asistentes en la Junta general de la sociedad anónima», *RDM*, núms. 85 y 86) dice que la formación de la lista de asistencia es una obligación de la sociedad; su autor es el Secretario, aunque la firma del Presidente no se exija expresamente por la Ley (arts. 24 y 64 LSA). La intervención de todos los socios en la formación de la lista de asistencia mediante la firma de ellos es el criterio de URÍA. Pero también puede prevenirse en los Estatutos sociales una aprobación corporativa de la lista de asistencia mediante la aprobación en la misma Junta general o bien por el Presidente y dos Interventores en la forma que determina el artículo 62 de la Ley de Sociedades Anónimas. Cuando nada hay previsto en los Estatutos, la aprobación de la lista de asistencias debe ser hecha por la Junta general. DUQUE califica la lista de asistencia como una parte del acta, pero que se redacta con independencia y con anterioridad al acta de la Junta general se puede decir que es un acto preparatorio del acta de la Junta general.

Consecuencia de esto se puede decir que la lista de asistencia forma parte del acta de la Junta general, aunque se haga en documentos separados que se adjuntan a dicha acta. En el acta se recogen las deliberaciones y los acuerdos adoptados por la Junta general. Se lleva un libro de actas (art. 33 CC).

El acta debe ser aprobada por la propia Junta a continuación de celebrarse ésta o en el plazo de quince días por el Presidente y dos Interventores, uno que representa a la mayoría y otro a la minoría. Hay que tener en cuenta que la aprobación del acta es un requisito previo para la inscripción de los acuerdos inscribibles en el Registro Mercantil (Resolución 11 marzo 1980).

Los acuerdos inscribibles deben presentarse en el plazo de ocho días desde su aprobación para la inscripción. El acta aprobando los acuerdos tendrán fuerza ejecutiva desde su aprobación (art. 62 LSA).

Pero el contenido del acta, los hechos presenciados por el autor del documento, carecen de un análisis en el Derecho español, cosa que no ha ocurrido en el Derecho italiano, y con la máxima brevedad vamos a exponerlo. Respecto a los hechos probados por medio del acta la doctrina italiana mantienen dos tesis opuestas. La tesis de la *sinteticita verbale* (acta), en el cual el acta de la Junta general sólo contiene las decisiones de dicha Junta; en este sentido, FRE y FIORENTINO, en una tesis opuesta, se entiende que el *verbale* o acta ha de ser analítico, esto es, que el documento debe hacer constar el número de acciones de cada uno de los socios, los asistentes a la Junta general, el modo en que cada uno ha vo-

tado, la generalidad de las intervenciones de los asistentes y las resoluciones concretas de dicha Junta general (FERRARA y FERRI).

MISEROCCHI («El contenido del verbale di Asamblea nel Diritto comparato», *R. della Società*, septiembre-octubre 1969) señala que es una cuestión importante el identificar la relación entre la lista de asistentes y el acta de la Junta general. Toda la cuestión se resuelve en ver si la lista de asistencia y el acta deriva de un mismo procedimiento de documentación hecho por los mismos sujetos y que da vida a dos documentos que están separados sólo para una ordenación más fácil de los problemas o, por el contrario, los dos procesos de documentación, uno relativo a los socios que intervienen y otro a las resoluciones adoptadas, representan la misma cosa.

En el Derecho español, BROSETA (*Manual de Derecho mercantil*, página 216) dice que celebrada la Junta se redacta el acta de dicha Junta general en que se debe hacer constar la lista de asistentes, el tenor literal de los acuerdos y los votos a favor o en contra. RUBIO hace constar que la lista de asistentes y acta son documentos inseparables y que ambos tienen la misma finalidad, la documentación de los hechos y de los acuerdos tomados por la Junta general. Para SÁNCHEZ CALERO, el acta de la Junta general es un documento de singular importancia, porque es la prueba de los hechos ocurridos en ella. Forman parte del acta la lista de asistentes. Hay que tener en cuenta que la lista de asistencia determina la legitimación de los ausentes en los casos del artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas, así como el derecho de separación de ausentes o no asistentes (arts. 135 y 144 LSA).

Todo esto nos revela que el contenido del acta, según aparece en la resolución de este comentario, así como en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 3 de marzo de 1986, parece muy conciso, teniendo en cuenta la serie de problemas que pueden plantearse entre la lista de asistencia y el acta que prueba los hechos ocurridos en la Junta general.

En cuanto al autor del documento, la resolución objeto de esta nota se refiere a la persona que tenga competencia para ello por estar legitimada por la Ley, por los Estatutos o por los acuerdos de los accionistas (artículo 61 LSA). Respecto al acta de la Junta general, la Ley de Sociedades Anónimas señala tres cuestiones:

1.º La presidencia de la Junta general, que será por la persona que designen los Estatutos, en su defecto, por el Presidente del Consejo de administración y, en su defecto, por el accionista que elijan los socios asistentes a la reunión.

2.º La asistencia del Presidente, que lo es por el Secretario designado en los Estatutos o por los accionistas asistentes a la Junta general (artículo 61 LSA).

3.º La aprobación del acta, que lo será por la propia Junta, a continuación de haberse celebrado y en su defecto dentro del plazo de quince días por el Presidente y dos Interventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría (art. 62 LSA).

4.º Certificaciones (art. 66 LSA). Cualquier accionista o persona en representación de ellos puede obtener certificación de los acuerdos adoptados (art. 66 LSA). La Resolución de 19 de marzo de 1986 dice en sus considerandos, como también lo han hecho las Resoluciones de 31 de enero

de 1985 y 27 de marzo de 1986, que al no corresponder la redacción del acta a un funcionario público, es al Presidente y al Secretario a quien corresponden las certificaciones de los acuerdos. El Secretario tiene la facultad de certificar respecto a los acuerdos que figuran en el Libro de actas, por virtud de un uso mercantil, y el visto bueno del Presidente añade una garantía de veracidad y exactitud al contenido del Libro de actas; este es el criterio que sigue el Reglamento del Registro Mercantil (artículo 108, 1, b), que dice que el nombramiento de Administradores cuando se haya aceptado en la Junta general se hará constar por certificación del acta de la Junta expedida por el Secretario y visada por el Presidente, cuyas firmas deberán ser legitimadas mediante testimonio notarial específico que se expresa además el ejercicio legítimo de los cargos.

C) El tercer aspecto en el comentario de esta resolución corresponde al tema de la imposibilidad por el Notario de aseverar que el Presidente y el Secretario están en el ejercicio de sus cargos. Esta cuestión se relaciona directamente con el concepto de notoriedad, su aplicación por el Notario y su regulación en el Reglamento Notarial.

La doctrina de la notoriedad no aparece en el Derecho romano, donde los *notoria* eran denuncias de delitos dirigidas a los Magistrados. El primer desarrollo del concepto de notoriedad aparece en la obra de JUAN EL TEUTÓNICO en la *Glosa*. Hay una segunda elaboración que corresponde al Derecho canónico en la obra de S. FIESCHI y E. DE SUSA; la notoriedad se plantea en cuanto a las cuestiones procesales, pero la definición de notorio la hace ALCIATO. La precisión técnica de lo que es notorio está en Antonio DE BUODRIO. El primer tratadista que estudia esto de una manera orgánica y que lo define considerando que es notorio todo lo que constituye una prueba indubitada y terminada sobre la cual no cabe discusión. B. CAPRA define lo notorio sobre los siguientes datos: 1) El hecho constituye por sí una prueba cierta. 2) El hecho se muestra directamente a las personas. 3) Todo el pueblo o parte del pueblo puede dar testimonio. 4) Los testimonios son numerosos; y 5) Los testimonios son directos y no procede de lo que ha sido oído ni de la fama (GHISALBERTI, «Fatto notorio», *Enciclopedia del Diritto*, tomo XVI).

Notoriedad y Derecho mercantil.—NÚÑEZ LAGOS («Escrituras de apoderamiento», *R. D. Notarial*, núm. 3) expone que en España la representación mercantil tiene dos formas de manifestarse, a través del Registro Mercantil o a través del factor notorio (art. 286 CC). El artículo 286 del Código Civil establece el poder por notoriedad que lo tiene el factor que notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad; NÚÑEZ LAGOS estima que sobre la base del artículo 286 el Notario puede hacer constar que la persona que interviene en nombre de una empresa lo hace como factor mercantil.

La cuestión fundamental que se relaciona con esta nota es si la doctrina del factor notorio del artículo 286 del Código Civil se puede aplicar al Consejo de administración o al Gerente de la sociedad.

Para NÚÑEZ LAGOS en lo fundamental se puede aplicar la notoriedad en materia de sociedades. Establecida la personalidad de la sociedad mediante la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil. Determinado en los Estatutos las facultades de los Administradores. Si hay un Administrador único cabe, según NÚÑEZ LAGOS, la aplicación de la

doctrina del factor por notoriedad y también cabe si hay varios Administradores y son solidarios la aplicación de la notoriedad. Pero si hay acuerdos del Consejo de Administración, estos acuerdos son actos internos de la sociedad y no cabe la notoriedad respecto a ellos. No hay notoriedad en los acuerdos, ya que éstos no se revelan al exterior y esto es un requisito esencial para lo notorio.

Pero hay que tener en cuenta que el Reglamento Notarial no recoge en materia de sociedades la notoriedad, sino que exige el título del cual deriva la representación. El artículo 165 del Reglamento Notarial dice que cuando alguno de los otorgantes concurra en nombre de una sociedad se expresará esta circunstancia, designando la personalidad del representante, el nombre de dicha entidad y su domicilio e indicando el título del cual resulte la expresada representación. Del texto del artículo 165 del Reglamento Notarial parece que no cabe que la representación de una sociedad se acredite por notoriedad, como en el caso del factor (art. 286 CC).

Pero frente a la tesis que representa el artículo 165 del Reglamento Notarial, el artículo 257 de dicho Reglamento dice que la nota de visto y legitimado con la fecha y los elementos de autorización notarial puestas al pie de cualquier documento oficial es testimonio de que el Notario considera como auténticas por conocimiento directo e identidad con otras indubitadas las firmas de los funcionarios autorizantes y hallarse éstos según sus noticias en el ejercicio de sus cargos a la fecha del documento.

AVILA (*El instrumento público en la reforma de 1984*, pág. 141), en su comentario al 257 del Reglamento Notarial, considera que se trata de una legitimación compleja, porque se garantiza la autenticidad de la firma y el ejercicio del cargo, y que es un testimonio mixto de legitimación y acta de notoriedad; pero respecto al texto del artículo 257 del Reglamento Notarial, se hace constar esta forma especial de notoriedad, se refiere exclusivamente a funcionarios con firmas estampadas en documentos oficiales y que frente a esto la representación en materia de sociedades sólo se refiere al título (arts. 165 y 166 RN), es decir, que es muy difícil que el Notario pueda aseverar que el Presidente y el Secretario se encuentran en el ejercicio de sus cargos, porque es algo que escapa a su percepción, y como dice la resolución anotada, sólo en el caso del artículo 108, 1, b), del Reglamento del Registro Mercantil existe expresamente esta obligación por parte del Notario. Para nosotros la cuestión puede resumirse así: en materia de sociedades no cabe la notoriedad; la representación deriva sólo del título (arts. 165 y 166 RN); en materia de testimonios (art. 257 RN) se refiere exclusivamente a documentos oficiales y funcionarios, y, por último, en el caso del artículo 105, 1, b), del Reglamento del Registro Mercantil, será muy difícil de aplicación por el Notario, como se aprecia en la Resolución comentada de 27 de febrero de 1986.

R. E. I.

3. ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS SOCIALES ANTES DE LA INSCRIPCIÓN DE LA SOCIEDAD EN EL REGISTRO MERCANTIL.

EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIONES DE LOS ACUERDOS DE ESTAS JUNTAS.

TRES SUPUESTOS CONCRETOS DE REPRESENTACIÓN.

Resoluciones de 27 de febrero y 3 de marzo de 1986 (B. O. del E. de 19 de marzo).

Primera Resolución.—En el recurso interpuesto por el Notario de Madrid don José María de Prada González contra la negativa del Registrador Mercantil número 3 de esta capital a inscribir una escritura de constitución de sociedad anónima en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que en escritura autorizada por el Notario de Madrid don José María de Prada González el día 25 de noviembre de 1982, don Antonio Molina Blasco, don Angel Sánchez Díaz, don Juan José Montoro Llop y don José María de la Pisa Pino, este último en nombre propio y en representación de doña Margarita Pino Gutiérrez, constituyeron la Compañía Mercantil «Tecnómica, S. A.», otorgando luego con fecha 6 de abril de 1983, y ante el mismo Notario, una escritura complementaria de la anterior;

Resultando que presentadas ambas escrituras en el Registro Mercantil número 3 de Madrid, fue calificada la primera con nota del tenor literal que sigue: Denegada la inscripción del documento que antecede, escritura de constitución de «Tecnómica, S. A.», autorizada por el Notario de ésta don José María de Prada con fecha 24 de noviembre de 1982, que se presenta acompañada de otra complementaria autorizada por el mismo Notario el pasado 6 de abril, por observarse en esta última los siguientes defectos: 1.º Ejecutar en la misma el que dice ser Presidente de una Junta general acuerdos de la misma cuando tal órgano, al no haber sido inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, no existe, conforme resulta de los artículos 6.º y 9.º de la Ley de Sociedades Anónimas. 2.º Aun en el supuesto de poder actuar dicho organismo antes de la existencia, la certificación de los acuerdos que se ejecutan está expedida por los Presidentes y Secretario de la Junta general, cargos que no aparecen inscritos a favor de ninguna persona en el Registro, ni de cuyo ejercicio da fe el Notario autorizante, ni se acredita en otra forma adecuada. 3.º Aun cuando —en el negado supuesto de validez de la Junta celebrada— se alegara que en la persona del compareciente y certificante don José María de la Pisa Pino concurre la calidad de Administrador único, ni en el instrumento ni en la certificación manifiesta el mismo actuar en tal condición, en cuyo caso tal simple declaración hubiera bastado para la expedición por sí solo de la certificación y aun para formular las declaraciones resultantes de la escritura sin necesidad de ella. La presente nota ha sido redactada con la conformidad de mis cotitulares de Registro.—En Madrid, a seis de mayo de mil novecientos ochenta y tres.—El Registrador.—Firma ilegible;

Resultando que por el Notario autorizante se interpuso recurso gubernativo en base a las siguientes razones: que no es defendible la tesis.

de que, antes de ser inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, no existe la Junta general como órgano de la sociedad, y, por tanto, no puede reunirse y tomar acuerdos, y ello por los argumentos siguientes: a) la inscripción en el Registro de la escritura de constitución de la sociedad es obligatoria, pero el efecto de la inscripción es dotar a la sociedad de personalidad jurídica, mientras que los efectos entre partes surgen con la escritura; b) coherente con lo anterior, la propia Ley de Sociedades Anónimas, en su artículo 7.º, permite a los gestores de la sociedad realizar determinados actos y contratos incluso en nombre de la propia sociedad antes de la inscripción en el Registro, reconociendo su validez, si bien subordinada su eficacia a la ulterior aceptación de la sociedad; también la misma ley no sólo autoriza, sino impone a los fundadores la obligación de realizar todo lo necesario para obtener la inscripción de la sociedad en el Registro, lo que precisamente se ha realizado en el presente caso; c) lo anterior es perfectamente concorde con la tesis de que, aun antes de la inscripción, los socios quedan vinculados por el contrato social y pueden, por tanto, tomar acuerdos conducentes a resolver los problemas de la sociedad, ya sean como el presente, previos a la inscripción, ya de carácter urgente; d) los socios, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11, y a la vista de la nota breve y sin mayores garantías puesta por el Registrador en la copia de la escritura presentada, acordaron constituirse en Junta universal y modificar los estatutos para adaptarlos a lo señalado por aquel funcionario; e) sorprendentemente, en la propia nota del Registrador, al indicar cuál hubiera sido la forma correcta de actuar, parece olvidarse del defecto que se está examinando, y señala que la alegación de la calidad de Administrador en el certificante «hubiera bastado para la expedición por sí solo de la certificación y aun para formular las declaraciones resultantes de la escritura sin necesidad de ella»; que en cuanto al segundo defecto parece apuntar que Presidente y Secretario de una Junta universal designados en la propia Junta carecen de facultades certificantes si por el Notario no se da fe de que están en el ejercicio legítimo de sus cargos, que ni el Notario puede ni está obligado a dar fe de la anterior circunstancia, lo que se argumenta con base en los siguientes puntos: a) dado lo establecido en el artículo 61 de la Ley, en ausencia de Presidente y Secretario del Consejo de administración, la Junta tiene facultades para nombrar Presidente y Secretario de cada Junta, y aceptando la anterior no puede negarse que el Secretario de la Junta es el depositario del poder certificante, y son sus afirmaciones las que sirven de base al otorgamiento de la escritura, primero, e inscripción registral, después, sin que quepa trasladar al Notario ni en todo ni en parte esta facultad certificante; b) si lo que se pretende es que el Notario dé fe de que el Presidente y Secretario que firman la certificación la hacen en uso legítimo de sus facultades de Presidente y Secretario, lo que está exigiendo es un imposible, ya que cuando se trata del Presidente y Secretario del Consejo de administración hay, además de los efectos derivados de la publicidad registral, una notoriedad real que permite al Notario dar fe por notoriedad de que dichos Presidente y Secretario se hallan en el ejercicio de su cargo, pero muy distinta es la situación en el supuesto, legal y estatutariamente admitido, de que el Presidente y Secretario sean designados en una Junta y para esta sola Junta, lo que no puede ser acreditado por la fe pública del Notario salvo en el supuesto de que

hubiese asistido; c) en ningún precepto de nuestra legislación se exige que se acredite fehacientemente la condición de Presidente y Secretario de la Junta general a efectos de certificar los acuerdos de la Junta cuando se recogen estos acuerdos en escritura pública; que, en cuanto al tercer defecto, como no se refiere a la escritura en sí, sino a una posible alegación del recurrente, que no se realiza, no se entra a contestarlo;

Resultando que el Registrador Mercantil dictó acuerdo en que mantenía la calificación recurrida, y alegaba: que mientras que la sociedad no quede inscrita no puede considerarse existente, careciendo de órganos y menos de posibilidades de funcionamiento de éstos; que la lógica aconseja que los propios otorgantes otorguen directamente, o mediante apoderamiento, escritura de rectificación como fundadores, pero no acudiendo a la actuación de órganos sociales; que autorizar una escritura basada en una certificación expedida por dos personas cuya identidad personal es legítima, por cuyas condiciones de haber ejercido los cargos de Presidente y Secretario de cierta Junta general sólo resultan de sus manifestaciones, debe considerarse, cuando menos, una ligereza; que el real ejercicio de las funciones es difícil de acreditar cuando se trata de órganos de Juntas concretas, pero no imposible; no se puede prescindir de ello alegando dificultades, y en tal caso es deber del Registro exigir los testimonios o documentos procedentes que complementen la deficiente escritura o actuación notarial; que en la escritura complementaria el compareciente no alega ni su condición de Administrador ni la de Presidente de la Junta, aunque del texto del acta resulta que en este último concepto, por lo que precisa los oportunos poderes, no se puede admitir que implícitamente actúe como Administrador, sobre todo teniendo en cuenta la perspectiva del recurrente que acepta la posibilidad de Juntas generales antes de la inscripción de la sociedad, pues el otorgante puede haber cesado como tal;

Vistos los artículos 6.º, 7.º, 11, 21, 28, 61 y 76 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y 108 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1951; las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1964 y 31 de mayo de 1969, y las Resoluciones de este Centro de 24 de febrero de 1970 y 16 de junio de 1973, 8 de febrero de 1979 y 3 de septiembre de 1980;

Los fundamentos jurídicos se contienen en las «considerandos que se recogen en el anterior comentario a esta misma resolución, que se dan por reproducidos. En consecuencia, la Dirección General acordó revocar el acuerdo y la nota adversa del Registrador Mercantil número 3 de Madrid.

Segunda Resolución.—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona don José Villaescusa Sanz contra la negativa del Registrador Mercantil de Sevilla a inscribir una escritura de cese y nombramiento de cargos, autorizada por el recurrente;

I. *Hechos.*—Resultando que mediante escritura otorgada por el Notario de Barcelona don José Villaescusa Sanz el día 27 de julio de 1984, de elevación a públicos de acuerdos sociales, la Compañía Mercantil «Plaza Janés,

Sociedad Anónima Distribuidores Sevilla, S. A.», acepta la dimisión del anterior y nombra nuevo Administrador único a don Jochen Imhoff, compareciente de la escritura, el cual se halla especialmente facultado para este otorgamiento, «por acuerdo de la Junta universal y extraordinaria de accionistas celebrada el día 12 de julio de 1984, según certificación librada el mismo día por el Secretario, don Andrés Gómez Núñez, como Secretario, con el visto bueno del Administrador don Jochen Imhoff, cuyas firmas reputo legítimas, que me entrega y protocolizo con esta matriz...»; que la anterior certificación contiene, además de la anterior, el siguiente acuerdo: «Primero: Hacer constar que, de acuerdo con los Estatutos sociales, han sido nombrados Presidente y Secretario de la Junta don Antonio Comas Baldellou, Administrador de la sociedad, y don Andrés Gómez Núñez, en nombre y representación de 'Printer, Industria Gráfica, S. A.', accionista de la sociedad, respectivamente, que aceptan la designación»;

Resultando que presentada copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil de Sevilla, fue calificada con nota del siguiente tenor literal: «Suspendida la inscripción del precedente documento, por observarse el siguiente defecto subsanable: comparecer en el otorgamiento de la escritura el nuevo Administrador de la sociedad sin acreditar ante el señor Notario su cualidad de tal o aseverarse éste, en otro caso, que aquél o el Secretario certificante y el Presidente de la Junta que visa se hallan en el ejercicio legítimo de los cargos. Todo ello de acuerdo con el artículo 23 del Código de Comercio; los artículos 4.º, 44, 86 y 108 del Reglamento del Registro Mercantil; los artículos 165 y 166 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de 29 y 30 de noviembre de 1955.—No se toma anotación preventiva por no solicitarse.—Esta nota se extiende con la conformidad de mi cotitular.—Sevilla, a veinte de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro.—El Registrador.—Firma ilegible»;

Resultando que el Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó que, de dicha nota, y de acuerdo con el artículo 55 del Reglamento del Registro Mercantil, impugna los dos extremos siguientes: 1.º La exigencia de aseverarse por el Notario que el Presidente y el Secretario de la Junta se hallan en ejercicio legítimo de sus cargos cuando el título que se pretende inscribir es una escritura pública; y 2.º La necesidad de que el nuevo Administrador tenga que acreditar su cualidad de tal, ya que no interviene en la escritura como Administrador, ejercitando alguna de las facultades que la Ley y los Estatutos sociales confieren a los Administradores, sino como mero ejecutor de un acuerdo de la Junta general, facultado expresamente para ello; que, en cuanto al extremo primero del artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil permite la inscripción del nombramiento de Administrador que haya aceptado el cargo en Junta general mediante cualquiera de los siguientes documentos: a) testimonio notarial del acta de la Junta; b) certificación del acta de la Junta, expedida por el Secretario y visada por el Presidente, cuyas firmas deberán ser legitimadas mediante testimonio notarial específico en que se exprese, además, el ejercicio legítimo de los cargos; y c) escritura pública que acredite las circunstancias del nombramiento y la aceptación del designado; que al no especificar el citado artículo el modo de acreditar tales circunstancias, en la práctica se otorga la escritura en base a los acuerdos de la Junta general, mediante incorporación a la matriz de la correspondiente certificación, con firmas

que el Notario autorizante considere legítimas; que frente a esta tesis tradicional el señor Registrador Mercantil exige que el Notario acredite que Secretario y Presidente de la Junta se hallan en el ejercicio legítimo de sus cargos, siendo tal exigencia contraria a Derecho por las siguientes razones: 1.ª, porque nos encontramos ante un supuesto de escritura pública de nombramiento de cargo (art. 108, núm. 3, del Reglamento del Registro Mercantil), no ante un caso de inscripción de nombramiento de Administrador por simple certificación del acta de la Junta (art. 108, núm. 1, b, del Reglamento del Registro Mercantil), cuyos requisitos no se pueden aplicar analógicamente al supuesto anterior; 2.ª, porque la tesis del señor Registrador conduce al absurdo de exigir mayores requisitos a la escritura pública que al testimonio por exhibición del Libro de actas de la sociedad, caso en el que ni hace falta acreditar el ejercicio de los cargos de Presidente y Secretario, ni legitimar las firmas que constan en el libro; y 3.ª, porque es posible inscribir en el Registro Mercantil cualquier circunstancia excepcionalmente importante para la sociedad, en base a un acuerdo de la sociedad, certificado por el Secretario y visado por el Presidente, siempre que se hayan cumplido los requisitos legales, entre los cuales no se encuentra que el Notario dé fe de ejercicio legítimo de dichos cargos; que la razón por la que el legislador no exige la expresión del ejercicio legítimo de los cargos en el caso del artículo 108, 3, del Reglamento del Registro Mercantil no es otra que la de la imposibilidad material de que el Notario pueda acreditarlo; en cuanto a las Resoluciones de 29 y 30 de noviembre de 1955, que no son aplicables a este caso, puesto que ni la legislación vigente al tiempo de dictarse las resoluciones contempladas aisladamente la posibilidad de escritura pública a que se refiere el actual 108, número 3, del Reglamento del Registro Mercantil, ni el supuesto era semejante al aquí debatido, pues se trataba de un testimonio notarial del certificado del acta de la Junta; en cuanto al extremo segundo de la nota —que haya comparecido el Administrador de la sociedad sin acreditar su cualidad de tal—; que el nuevo Administrador comparece no en virtud de su cargo, ni en el ejercicio de facultades que la Ley o los Estatutos le confieren, sino como mero ejecutor de un acuerdo de la Junta general; que aun cuando se admitiese que la Junta general sólo puede ejecutar sus acuerdos a través de un órgano de administración debidamente inscrito tal doctrina no podría aplicarse a este caso, puesto que la sociedad no tiene ningún Administrador en ejercicio de su cargo inscrito en el Registro Mercantil;

Resultando que el señor Registrador Mercantil dictó acuerdo manteniendo en todos sus extremos la nota recurrida, y expuso: que si el Administrador no comparece en su calidad de tal, sino como mero ejecutor del acuerdo de la Junta, por exigencia del artículo 1.280 del Código Civil, en relación con el número 6 del artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil, su comparecencia requerirá el correspondiente poder, como reconocen las Resoluciones de 9 de junio y 3 de septiembre de 1980; que la comparecencia del señor Imhoff como Administrador se deduce de su intervención en nombre de la sociedad, ya que, de no haberlo entendido así la nota hubiera sido denegatoria —por ausencia de poder debidamente inscrito— y no de suspensión; que el problema planteado en este recurso se reduce a determinar si el propio Administrador único puede comparecer como tal en representación de una sociedad, usando para ello de una certificación expedida por quien se dice haber sido designado Secre-

tario de la Junta que adoptó el acuerdo relativo al nombramiento de aquel Administrador, que es, además, quien estampa su visto bueno en la misma, pese a haberla presidido el Administrador cesante; que, pese al error material sufrido en la redacción de la nota —al hablar de Pre-sidente que visa en lugar de Administrador que visa—, el sentido de aquélla no se altera, pues expresa que o bien el Administrador acredita su cualidad de tal, o bien, en otro caso, el Notario debe no sólo legitimar las firmas, sino aseverar que el Secretario certificante y el Administrador que visaba le constaba se hallaban en el ejercicio legítimo de sus cargos; que el laconismo del artículo 108, número 3, del Reglamento del Registro Mercantil ni puede interpretarse como una reforma o derogación de las normas notariales contenidas en los artículos 165 y 166 del Reglamento Notarial, sino, al contrario, una remisión a ellas, por ser un terreno que escapa al contenido de aquél, sin que todo lo cual suponga la exigencia de mayores requisitos para la escritura que para el testimonio por exhibición como declaran las resoluciones invocadas en la nota; que aunque el principio de tracto sucesivo no juega en el ámbito mercantil con la intensidad que en el hipotecario, ello no puede llevarse al extremo de desconectar totalmente el Registro Mercantil de un relativo enlace, situación que no se da en el presente caso, pues ni el Secretario nombrado por la Junta, que expide la certificación, ni el nuevo Administrador que la visa tienen ni han tenido, según el Registro, ningún cargo en la sociedad, por lo que, ante la ausencia de ese mínimo enlace, el Notario deberá hacer constar que le constaba el ejercicio legítimo del cargo por el compareciente o por los certificantes del acuerdo, o bien, en su defecto, haberse asegurado de ello con vistas del Libro de actas;

Vistos los artículos 23 del Código de Comercio; 61 y 62 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951; 4.º, 44, 86 y 108 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956; 165 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de este Centro de 17 de julio de 1956, 27 de marzo de 1957, 21 de septiembre de 1984, 31 de enero de 1985 y 27 de febrero de 1986;

II. Doctrina de la Dirección General.—Considerando que en este recurso hay que resolver si es inscribible el acuerdo social adoptado en Junta universal en el que se acepta la dimisión del Administrador único de la sociedad, y se designa en su lugar para este cargo a otra persona que lo acepta, y que es quien comparece a otorgar la escritura pública correspondiente y en donde se protocoliza la certificación del Libro de actas relativo a este acuerdo que aparece expedida por el Secretario de la Junta y visada por el nuevo Administrador único designado, mientras que en la Junta celebrada aparecería presidida por el Administrador único que iba a dimitir.

Considerando que como ya tiene declarado este Centro directivo en el acta redactada como punto final de todo el proceso de formación de acuerdos sociales hay que distinguir, en primer lugar, su contenido, referido a los hechos presenciados por el autor del documento al redactarla, y esta función corresponde realizarla al Secretario de la Junta que —o bien designado por los Estatutos o bien por los accionistas— asiste al Presidente (art. 61 de la Ley);

Considerando que igualmente es función del Secretario certificar de los acuerdos sociales que figuran en el Libro de actas, tanto si correspon-

den a la época en que ocupa el cargo como a otras anteriores, y todo ello en virtud de un uso mercantil —acompañado del visto bueno del Presidente, normalmente el actual—, quien al atestiguar la verdad del contenido de lo redactado por el primero añade una garantía más a la veracidad y exactitud del contenido del mencionado Libro de actas;

Considerando que en el presente caso, según el acta protocolizada y unida a la escritura pública de cese de Administrador único y nombramiento de otro nuevo para sustituirle, aparece presidiendo la Junta en que se adoptaron estos acuerdos, el Administrador que presentó la dimisión, mientras que la certificación expedida en relación a este acuerdo lo está por el mismo Secretario de la Junta que continúa en su cargo y visado por el nuevo Administrador único, en lugar del dimitido, lo que es posible dado que siempre la certificación es un acto formal posterior al acuerdo, que transcribe el contenido del Libro de actas, y que habrá de ser expedida y visada por quienes en ese momento estén legitimados para realizarlo;

Considerando que, tal y como se ha declarado en las Resoluciones de 31 de enero de 1985 y 27 de febrero de 1986, y resumiendo su contenido, al no corresponder en nuestro Derecho la redacción del acta a un funcionario público (art. 61 LSA), es al Presidente y Secretario a quien corresponde la facultad de certificar, sin que el Notario pueda sustituirles en esta función, ni tampoco de que fueron elegidos para esa sola Junta, salvo cuando expresamente se les haya llamado con esa finalidad y asistido a la misma, así como tampoco puede aseverar que tanto el Presidente como el Secretario se encuentran en el ejercicio de sus cargos al certificar los acuerdos sociales, pues es algo que escapa a su percepción, y, por otra parte, salvo en el caso muy concreto (núm. 1, *b*, art. 108 del Reglamento del Registro Mercantil) que no es el supuesto concreto, presente, no hay disposición legal alguna que imponga al fedatario esta obligación;

Considerando, por último, que es también doctrina de este Centro la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Mercantil del cargo de Administrador, y la no inscribibilidad de los actos que pueda otorgar hasta tanto se verifique aquélla, quedando a salvo cuando se trate de actos internos de la sociedad, para los que el nombramiento de Administrador es eficaz desde su aceptación (art. 72), si bien aun en estos casos la omisión de la previa inscripción constituye un defecto subsanable mediante la presentación de los documentos adecuados en el Registro Mercantil;

Considerando, no obstante, que no hay que olvidar que en este supuesto singularísimo de existencia de un Administrador único quedaría paralizada la sociedad por falta de inscripción de su órgano de gestión, si no se admitiera que el propio y único designado —nombramiento válido (art. 72 de la Ley)— y con plenos efectos en la esfera interna no pudiera comparecer ante Notario, para que a través de la correspondiente escritura pública pudiese tener acceso a su designación al Registro Mercantil, y quedar en este aspecto normalizada la situación de la sociedad,

Esta Dirección General ha acordado revocar el acuerdo y la nota del Registrador.

COMENTARIO.—El azar o la necesidad ha reunido estas dos resoluciones en un mismo *BOE*, y la recepción expresa de la primera por la segunda facilita un comentario simultáneo de los puntos en contacto, que son los dos últimos.

I. El primer problema planteado es, pues, el de la posible actuación de los órganos sociales antes de la inscripción de la sociedad anónima en el Registro Mercantil.

1. Es éste un tema ínsito en el debate sobre las sociedades «irregulares» que parece prestarse a la especulación, habida cuenta la dedicación que ha merecido a la doctrina, y respecto del que las tesis pueden contarse por autores. (Pueden verse los Manuales de GARRIGUES, LANGLE, BROSETA, RUBIO, URÍA y GIRÓN TENA; los Estudios de CÁMARA, y trabajos específicos como SUÁREZ LLANOS: «Sociedad anónima en formación. Efectos de la escritura antes de la inscripción registral», en *RDP*, 1964, pág. 680; «La sociedad en constitución», de Francisco VICENT CHULIÁ, en *RCDI*, número 518, enero-febrero 1977; «La validez de los actos y contratos otorgados por las sociedades mercantiles antes de su inscripción en el Registro Mercantil», por Luis FIGA FAURA, en *RDN*, núm. 96, abril-junio 1977; «La gestión de negocios de la sociedad anónima en proyecto y en constitución», de Jaime MOREY UMBERT, en *RCDI*, núms. 545, 551 y 558, años 1981, 1982 y 1983, y «La sociedad anónima no inscrita. Régimen jurídico de los actos y contratos celebrados en su nombre», de Ricardo ALONSO GARCÍA, *Cuadernos Civitas*, 1986.)

Quizá porque de ahí se sigue la dificultad de hallar soluciones generales válidas para los distintos supuestos, quizá por lo que supone de economía para mi limitada capacidad, entiendo que debe fijarse previamente, en términos muy concretos, el objeto del recurso: una Junta general, universal, de una sociedad anónima no inscrita acuerda modificar sus Estatutos (art. 17), con objeto de subsanar un defecto apreciado en su calificación por el Registrador Mercantil. Se trata, pues, de una relación interna de los intervinientes en el negocio de constitución —en un sentido amplio, si se quiere—, y una relación de autoorganización que modifica el primitivo contenido negocial —forzadamente si también se quiere— en cuanto al elemento institucional de la persona jurídica en creación, utilizando los propios mecanismos orgánicos previstos para esa persona jurídica.

La distinción doctrinal entre el aspecto contractual y el institucional a la hora de la constitución de la sociedad, esto es: el objeto o finalidad del contrato es dar vida a la sociedad; el objeto o finalidad de los Estatutos es dotar a aquélla de vida orgánica, no obsta a que se defienda el carácter negocial de los Estatutos, tanto a la hora de su creación —forman parte del contrato, se integran en la escritura— como después cuando sirven para reglamentar la vida corporativa. La vinculación de los futuros accionistas puede fundamentarse tanto en la publicidad como en la Ley general —interés general *versus* interés particular—, no propiamente en el consentimiento tácito de los fundadores.

Es, pues, ajena al objeto del recurso la discusión más querida por la doctrina acerca de la relación de la sociedad no inscrita —en proyecto, en constitución, irregular, de hecho — con los terceros, entendiéndose por tales todos aquellos no intervinientes en el negocio de constitución que son «parte» de alguna relación jurídica contraída con la sociedad. Y esta extrañeza obedece no tanto al hecho de que incuestionablemente difícil

será que las relaciones de una sociedad no inscrita con terceros sean objeto de recurso gubernativo contra el Registrador Mercantil —aunque en el fondo sea la esencia del Registro Mercantil la que esté en discusión: coexistencia de hecho entre apariencia y publicidad, sustitución de la publicidad real por la oficial, publicidad y publicación... (v. el sugestivo trabajo, sobrado de agresividad, de FIGA FAURA citado)—, como a la circunstancia unánimemente admitida por la doctrina de la diferencia de los intereses en juego —y aun dentro de ella con profundas matizaciones en función de circunstancias subjetivas: la voluntad permanente o no de operar al margen del Registro Mercantil, la buena o mala fe acerca de sus pronunciamientos; e incluso objetivas: la conciliación de los artículos 2.º y 3.º del RRM y 24 y 29 del Código de Comercio, la presunción de conocimiento de la no inscripción que conlleva la carga de la consulta del Registro.

El apunte de expresados problemas tiende, pues, a sentar el principio de la imposibilidad de sentar principios generales válidos con independencia de los concretos intereses en disputa; y si se me permite, animar a los publicistas «creadores» en la difícil tesitura de recoger la primera Directiva.

El informe del Notario descansa sustancialmente en la idea de la efectividad *inter partes* de la escritura social; sin embargo, no da la razón de que de ahí se siga la posibilidad de utilizar los órganos de la sociedad en creación más que a través de la referencia al artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas, que regula los actos y contratos realizados por los gestores de la sociedad en nombre de ésta antes de su inscripción; por otra parte, parece considerar esencial el carácter universal de la Junta para la actuación que realiza.

El Registrador aduce la conclusión, contundente y tristemente esterilizadora, de que si la sociedad no existe no existen órganos sociales, añadiendo que «la lógica aconseja» sean los propios otorgantes quienes formalicen escritura de rectificación, y al calificar como consejo de la lógica lo que en verdad es la única salida que queda a los accionistas, se descubre un cierto complejo de culpa ante la infranqueabilidad del obstáculo de la falta de personalidad jurídica.

En el visto de la Dirección son atinentes a este punto los artículos ya clásicos 6.º, 7.º, 11, 21 y 28 de la Ley de Sociedades Anónimas; las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1964 y 31 de mayo de 1969, y las Resoluciones del mismo Centro de 24 de febrero de 1970 y 16 de junio de 1973.

CÁMARA (v. obra citada, 2.ª ed., pág. 203) resume así expresadas sentencias: «La sociedad no inscrita, aunque carente de personalidad jurídica, es válida entre los socios y les vincula. La obligación que el artículo 13 impone a los fundadores de hacer todo lo necesario para obtener la inscripción de la sociedad implica que ésta antes de la inscripción es válida. De este artículo se desprende, dice el Supremo, no sólo la validez inicial del contrato, sino la obligación que pesa sobre los otorgantes de llenar los requisitos necesarios para su plena virtualidad.»

Sin embargo, difícilmente puede concluirse de ellas que los órganos sociales se manifiesten antes de la inscripción de la sociedad. De hecho, en la primera el razonamiento del Alto Tribunal descansa en que «todos los socios tuvieron conocimiento del contrato celebrado y lo ratificaron», y la segunda viene a decir que los fundadores quedan obligados por la

escritura a la realización de cuantos actos fueren necesarios para la debida constitución, no pudiendo ninguno de ellos desligarse de los compromisos contraídos so pretexto de una «no inscripción», que le es tan imputable como a los restantes socios.

La Resolución de la Dirección General de 24 de febrero de 1970 admitió la inscripción de una sociedad anónima que, con arreglo a lo establecido en el artículo 3.º de sus Estatutos sociales, dio comienzo a sus operaciones en fecha anterior al otorgamiento de la escritura de constitución; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas.

La Resolución de la Dirección General de 16 de junio de 1973 admitió la inscripción de una escritura por la que el Consejo de administración de una sociedad delegaba sus facultades en uno de los consejeros y que fue autorizada antes de la fecha en que se inscribió la constitución de esa sociedad en el Registro Mercantil.

La Dirección explica en el primer considerando que el recurso se plantea a efectos doctrinales, resume en el segundo la cuestión debatida —en términos más amplios, según puede verse, de los que yo he creído de rigor—, recoge en el tercero la tesis en defensa de la nota y la combate en los considerandos cuarto y quinto.

Sorprende, por de pronto, que se utilice para ello el artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas, que es precisamente uno de los más firmes apoyos de la doctrina que defiende la imposibilidad de actuación de los órganos sociales antes de la inscripción, pues habla de contratos celebrados «en nombre de la sociedad» y no «por la sociedad», y califica de «gestores» a los que actúan en tales. Así, EMILIANO CANO («Los mandatarios verbales en la constitución de sociedades y en la Junta constituyente», en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, págs. 1244 y 1246), quien remacha: «El ente social no existe hasta que tal inscripción se produce, y, por tanto, no cabe hablar de voluntad social, sino de actos de los gestores o de los fundadores.»

Es, pues, en el considerando quinto donde la Dirección centra su postura: «la circunstancia de que la sociedad no adquiere personalidad jurídica hasta que la escritura de constitución no se haya inscrito en el Registro Mercantil no puede ser valorada tan excesivamente que impida a los órganos sociales —que ya han sido designados junto con toda la organización interna de (*sic*) la propia escritura fundacional— adoptar acuerdos antes de aquel momento... si bien bajo la condición de que esta última (la inscripción) se logre».

Se apunta, pues, el Centro directivo a modernas consideraciones en torno al valor y alcance de la «persona jurídica», que vienen a poner coto a la desmesura de una simple ficción. Sobre la sólida base de los estudios de Federico DE CASTRO y de PUIG BRUTAU, FIGA FAURA (*ob. cit.*, pág. 94) expresa: «la personalidad jurídica es poco menos que un *flatus vocis* en el que se engloban fenómenos de muy diversa naturaleza y alcance. La personalidad jurídica es un simple expediente técnico con el cual o bien se unifica hacia el exterior un grupo humano, o bien se erige o constituye un centro abstracto de conexión de relaciones jurídicas. Los efectos de la utilización de tal expediente técnico están, en cada caso, determinados por la normativa jurídica de la que, dada su variedad, no puede inferirse, por inducción, ninguna formulación general.»

Partiendo del mismo contenido de atribución de personalidad jurídica,

CÁMARA (*ob. cit.*, pág. 217) había anticipado el contenido de la resolución: «tampoco parece imposible que los órganos sociales tomen decisiones, con trascendencia corporativa, cuando se ha superado el primer estadio de la fase fundacional, o al tiempo de alcanzar éste, *sub conditione* de que la inscripción se logre», y en nota a pie de página admite que la primera Junta general a que deben someter su nombramiento los Administradores nombrados en el acto fundacional (art. 15 LSA) se celebre antes de la inscripción.

Así pues, como ya he adelantado, la Dirección prescinde de toda distinción entre partes y terceros para establecer una posibilidad general de actuación de los órganos sociales, sabedora sin duda alguna de que la sociedad va a ser inscrita en el Registro Mercantil. Así, en el caso concreto que nos ocupa se articula un curioso silogismo: A) Es válido si se inscribe. B) Debe inscribirse. C) Luego es válido.

A mi modo de ver, y respecto de los terceros —esto es, los no intervinientes en el negocio de constitución que se vinculan a la sociedad como parte de alguna relación jurídica—, es dudoso que pueda afirmarse la validez *ab initio* de los acuerdos corporativos de la sociedad en constitución. Lo que no quiere decir que dichos actos no puedan existir, porque es ridículo negarse a la realidad. La publicidad del Registro Mercantil no es tan maximalista que haga inexistentes los hechos. Un hecho existe o no existe como fenómeno aprehensible sin que los libros puedan afirmar o negar —todo lo más, recoger— su existencia. Cosa bien distinta es que ese hecho se entienda, en la configuración normativa realizada por el legislador, como válidamente emanado por una sociedad anónima (debidamente constituida), pero ello no conduce a concluir que esos hechos —aun no queridos por el legislador— carezcan de eficacia. Evidentemente, la actuación de hecho del órgano social —sea el de administración, sea la Junta— tendrá una trascendental importancia por lo que supone de alteración de los intereses en presencia, a la hora de resolver en justicia un conflicto planteado por la actuación irregular de una sociedad. Incluso habrá que precisar entonces si la apariencia creada por esa sociedad (?) reviste tal entidad que a los ojos del tercero el acto emana de una sociedad anónima (debidamente constituida), o si conoce la situación de «pendencia» en que se encuentra, arrostrando sus consecuencias. En este sentido, la inscripción de la sociedad no constituye ni condición para la validez de la actuación del órgano social, ni tan siquiera condición para su eficacia; es simplemente el respiro de que la actuación irregular de la sociedad no se va a plantear al cerrarse el círculo de los intereses en juego.

(Insisto en lo de «actuación irregular» porque no me es dable entrar en imposibles deslindes entre la presociedad, sociedad en proyecto, sociedad en constitución, sociedad irregular, sociedad de hecho, la imposible sociedad anónima irregular. . Para mí que el legislador no ha querido que la sociedad «actuara» hasta tanto no estuviera inscrita en el Registro Mercantil; otra actuación debe calificarse de anómala en la mente del legislador, y a partir de aquí la casuística es tan desbordante que creo conveniente evitar los principios generales, como no sean los de equidad y justicia.)

Por ello pienso que deben limitarse las consecuencias de la doctrina de la Dirección a la cuestión que estrictamente la origina: una cuestión interna y exclusiva de los socios —constituyentes de la sociedad.

Parece razonable que los socios, con independencia de que la sociedad que pretenden crear haya adquirido o no personalidad jurídica, utilicen los mecanismos corporativos de aquélla para resolver los problemas que les atañen como miembros, y que si esos acuerdos han de trascender al exterior se haga por los mecanismos de representación a los que voluntariamente se han sometido en la escritura pública. No hay duda, por otra parte, de que el trasfondo de la relación societaria es una comunidad de bienes (arts. 1.665 CC y 116 CCo), y se encuentran ejemplos de que cuando esa comunidad adquiere un cierto carácter organizativo (así, la propiedad horizontal) se manifiesta a sí misma y hacia el exterior a través de sus órganos, aun careciendo de personalidad jurídica.

Además, no parece contrario a la Ley de Sociedades Anónimas que la fundación simultánea se realice en una especie de tracto continuado. La fractura que existe entre el artículo 11, *h*), y el resto de la normativa sobre aquélla da pie a ello, como puso de relieve Tirso CARRETERO (v. sus «Comentarios a la Resolución de la Dirección General de 16 de junio de 1973», en *RCDI*, núm. 499/1973): «si en el acto constitutivo no se designan las personas de los Administradores tendrá que haber una Junta general sin convocatoria (¿quién convocaría?), al amparo del artículo 55».

No ha repugnado a la doctrina esa posibilidad en la fundación sucesiva —quizá por la inercia del término—, en la que se ha admitido la existencia de nuevas Juntas, posteriores a la llamada por la Ley «constituyente» —que han de reunir los requisitos de mayoría y *quorum* exigidos por el art. 22 LSA—, aunque para ello acuda a la ficción de considerarlas continuación de la primera, aplicando analógicamente el artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas (así, CÁMARA, GIRÓN TENA).

Como precisa CÁMARA (*ob. cit.*, pág. 535, nota al pie): «No se debe exagerar el alcance de la expresión 'en un solo acto' que aparece en el artículo 9.º de la Ley de Sociedades Anónimas para caracterizar la fundación simultánea. En rigor, lo que se propone el precepto es contraponer este tipo de fundación a la fundación sucesiva 'por suscripción pública de las acciones'. La norma, pues, debe entenderse en el sentido de que el requisito de la unidad de acto se predica de la suscripción y en su caso desembolso del capital social, exigible en la fundación simultánea y de imposible cumplimiento en la fundación sucesiva.»

De las dos resoluciones antes citadas del vistos sólo la segunda constituye en puridad precedente de la presente.

La referencia a la de 24 de febrero de 1970 no creo tenga otra virtualidad que la de despejar, hasta cierto punto, una duda o, más bien, una omisión de lo que era presupuesto inexcusable para resolver en tan amplios términos como hace la Dirección: saber cuál era la fecha de comienzo de las operaciones fijado en la escritura.

Es estrictamente la Resolución de la Dirección General de 16 de junio de 1973 la base de la ahora comentada. Y me produce íntima satisfacción comprobar que mi lectura de la misma coincide con la del añorado Tirso CARRETERO (*ob. cit.*, pág. 1522): afirma la Dirección «que la falta de personalidad jurídica de la sociedad antes de la inscripción la impide asumir obligaciones frente a tercero en ese período anterior; pero no impide los actos de regularización del régimen interno de la sociedad»; y más abajo: «lo importante es ver si el Centro directivo, aunque con consideraciones insuficientes, acierta en lo fundamental al separar los negocios de la sociedad con el exterior de aquellos otros que se dirigen a conformar cons-

titucionalmente la sociedad misma, los cuales pueden y casi deben otorgarse antes de la inscripción de la sociedad».

E incluso pudieran citarse otras resoluciones que se mueven en la misma dirección. Así, la de 22 de febrero de 1980 admitió que la sociedad, a cambio del precio de compra de locales para ella antes de su inscripción, adjudicara a los gestores un número de acciones equivalente a su importe, «ya que hay actos que son presupuesto necesario para poder constituir la sociedad y que de exigir la previa existencia formal de ésta no podrían ser realizados». En el fondo, por lo que hacía estrictamente al ámbito del Registro Mercantil, se planteaba un problema de aportación que, de prosperar la tesis contraria, haría tambalear, por educación al absurdo, la consagrada naturaleza constitutiva de la inscripción de la sociedad anónima.

Y aun la Resolución de 13 de julio de 1984, que consagra la llamada «Junta general constituyente» para el nombramiento de Administradores en la escritura fundacional, criticada por la doctrina (v. Emiliano CANO, *ob. cit.*, y Salvador MÍNGUEZ SANZ, Comentario en *RCDI*, núm. 571, noviembre-diciembre 1985), azuzada por las consecuencias poco respetuosas para el espíritu, como mínimo, del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas. (No puede darse validez a una Junta general antes de la erección de la persona jurídica como ínsita en un proceso constitutivo, y a la hora de los efectos concluir que no es acto constitutivo.)

El mismo VICENT CHULFA (*ob. cit.*, págs. 103 y sigs.), que con anterioridad a la expresada resolución criticaba la práctica notarial que ésta viene a consagrar («en realidad, la Junta general, como órgano social, no existe antes de la inscripción de la sociedad anónima en el Registro»), páginas atrás recogía la de 16 de junio de 1973 para afirmar que los Administradores nombrados en Junta constituyente —aunque después lo refiere a cualquier clase de fundación— «no pueden iniciar la explotación del objeto social antes de la inscripción de la sociedad. Pueden, sin embargo, como verdadero órgano social, celebrar otros negocios de su competencia, como la delegación de funciones o facultades y el apoderamiento, ya que éste constituye un acto interno de autoorganización que no implica relación con los terceros».

No obstante, como ya se habrá observado, existe un importante matiz diferencial en el caso ahora resuelto. Se trata por descontado de una relación de autoorganización, pero que modifica el primitivo contenido negocial. En un sentido propio puede decirse que el negocio es alterado por quien no ha sido parte en su creación. Algo apunta el Registrador Mercantil, pero con tan poco brío que lamentablemente pasa en silencio.

CÁMARA (*ob. cit.*) es el único, que yo haya visto, que trata directamente el problema, y como el caballo de Atila deja poco espacio para el espi-queo. Sigámosle, pues.

En la página 205, por nota al pie, deja caer «que igualmente la Junta, cumpliendo los requisitos necesarios para la modificación de Estatutos, puede corregir los defectos que en ellos haya advertido el Registrador, salvo que, excepcionalmente, la rectificación exija unanimidad», desarrollándolo en la 527 y siguientes.

Distingue CÁMARA entre menciones necesarias: arts. 11, 3, LSA, y 102 RRM; y menciones potestativas: las establecidas voluntariamente. De las menciones necesarias la única cuya falta acarrea la nulidad del contrato es el objeto social; las demás o bien pueden ser integradas acudiendo a

mecanismos interpretativos —son las que llama menciones pseudonecesarias: plazo y forma de convocar y constituir Juntas, parte del capital social no desembolsado y modo en que han de satisfacerse los dividendos pasivos, duración, domicilio y fecha de comienzo de las operaciones— o, en todo caso, la posibilidad de completar el contrato, entendida como simple subsanación, equivale, si efectivamente se completa, a estimarlo retroactivamente perfeccionado.

En el supuesto de que los Estatutos sean susceptibles de ser completados, tratándose de fundación simultánea, será necesario el consentimiento de todos los accionistas, lo que es perfectamente congruente con el carácter contractual del acto constitutivo; no obstante, cuando se trate de la omisión de menciones pseudonecesarias o susceptibles de ser fijadas por vía interpretativa, podría quizá ser suficiente el acuerdo mayoritario adoptado con los requisitos exigidos para la modificación de Estatutos.

En cuanto a la nulidad de las menciones potestativas —por contravenir alguna disposición legal de carácter imperativo—, salvo que de los propios Estatutos resulte otra cosa y aun cuando pudiera imaginarse que la cláusula nula era esencial para el accionista que sin ella no habría entrado a formar parte de la sociedad, admite que la mayoría en oportuna Junta, aun antes de la inscripción, modifique la mención estatutaria nula.

Resume así su pensamiento: «La necesidad del convenio entre los fundadores para que los Estatutos nazcan postula, como antes hemos sostenido, que ante un texto estatutario incompleto sea necesario el consentimiento de todos los fundadores para completarlos. Porque unos Estatutos incompletos, es decir, unos Estatutos que no contengan todas las menciones necesarias, no son todavía Estatutos. Mas si se trata de la nulidad de una mención potestativa, la desaparición de la misma no nos sitúa ante unos Estatutos incompletos, sino frente a unos Estatutos distintos.»

El único cabo que CÁMARA no amarra es precisamente si el necesario consentimiento de todos los fundadores puede expresarse en la práctica mediante la voluntad unánime manifestada en Junta universal, aunque sea en base a la presunción de identidad que resulta de la prohibición del artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas. (En este Registro provincial condenado «tal vez con el tiempo a ser orillado como recipiente reducido y falto de calidad que no permite ni siquiera el ensayo del arte de la buena cocina» no he leído el trabajo de M. BROSETA y F. VICENT *La prohibida transmisión de acciones antes de la inscripción de la sociedad anónima en el Registro Mercantil*, Valencia, 1975, del que quizá pueda extraerse otra conclusión.)

No cabe negar, pues, al ilustre Notario su ecuanimidad y su esfuerzo, de los que habrá que hacer buen acopio ante las circunstancias de cada caso concreto, evitando los apriorismos ante temas que, por mor de una ley megalómana, no pasan de ser a los ojos perplejos de la mayoría de los socios de la mayoría de las sociedades una enojosa e indescifrable traba.

2. No cabe cerrar este punto sin hacer una brevísima referencia al último inciso de la nota del Registrador, cuando dice que la simple declaración del compareciente de actuar como Administrador único «hubiera bastado para la expedición por sí solo de la certificación y aun para formular las declaraciones resultantes de la escritura sin necesidad de ella».

El Notario no deja de aprovechar la dicción literal de la frase para sorprenderse del descuido del Registrador. Dando por supuesto que «ella» se refiere a la certificación (o aun a la Junta), en cualquier caso parece

difícil defender que no existe Junta, pero sí órgano de administración; y surgen otros problemas en los que no es dable entrar, ya que la imprecisión de los datos puede llevar a conclusiones erróneas. Sería muy interesante conocer exactamente el «pretendido defecto» —palabras de la Dirección— atribuido al artículo 17 de los Estatutos, para estudiar si es posible encomendar la interpretación de los Estatutos al órgano de administración, y aun si puede extenderse a correcciones o rectificaciones que no alteren los contenidos, y aun si sobra todo lo que hasta aquí he escrito.

II. La segunda de las cuestiones que se plantean —segundo de los defectos de la primera nota y único de la segunda— se refiere en un sentido amplio al ejercicio de la fe social. Cuestión ésta que, en palabras de la Dirección, «apenas ha sido objeto de atención por la doctrina y no ha originado decisiones jurisprudenciales de particular interés». Aunque ello evidentemente es así (en cuanto a doctrina, tratan más de la Junta que de la fe social los trabajos de J. F. DUQUE sobre la lista de asistentes en la RDM de 1962, y «El acta de la Junta general de accionistas. Su aprobación y efectos», de Cirilo MARTÍN RETORTILLO, en ADC, 1954; reflexiones —breves, lamentablemente— de J. M. PIÑOL AGUADÉ, «Normas, doctrina y usos en la representación de las anónimas», BCNR, núm. 100, marzo 1975; de E. CANO, «Los Estatutos de la sociedad anónima. Sus problemas más frecuentes», en BCNR, núm. 171, septiembre 1981, y Pedro AVILA ALVAREZ, «La calificación mercantil de la representación documental», en *Curso de conferencias sobre Registro Mercantil*, ICNRP, 1971; y recientemente sobre «Legitimación de las certificaciones o acuerdos de la Junta general [o Consejo]. Artículo 108 RRM», de J. A. RUIZ RICO, en RCDI, núm. 567, marzo-abril 1985), y aunque cabría completar el esquema aludiendo a la inexistencia de normativa en la legislación, en la que tan sólo se hallan vaporosas referencias de refilón, sin embargo es indudable que toda la actuación de la sociedad gira en torno a, o más bien se apoya en, dicho ejercicio y que causa no pocos quebraderos a los Registradores Mercantiles, temerosos del quebranto. «Afortunadamente —nos reconforta PIÑOL AGUADÉ (v. ob. cit., pág. 258)— no hemos comprobado se nombrara a Barribás Presidente de un Consejo, ni sabemos de ninguna sociedad que se haya encontrado disuelta o emitiendo obligaciones sin tener el menor conocimiento de ello, salvo por los asientos del Registro.»

1. El primer aspecto, y probablemente el único en la intención de los Registradores, versa sobre la extensión de la fe notarial respecto a las firmas de los certificantes del acuerdo social.

Las manifestaciones de los Notarios recurrentes son de legítima defensa: es imposible la legitimación que se pide en el supuesto de que la propia Junta haya procedido al nombramiento de cargos, y además la regla 3.ª del artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil no lo exige cuando la inscripción se realice en virtud de escritura pública. El Notario del segundo recurso arguye para remachar que es posible inscribir en el Registro Mercantil cualquier circunstancia excepcionalmente importante para la sociedad, en base a un acuerdo de la sociedad, certificado por el Secretario y visado por el Presidente, siempre que se hayan cumplido los requisitos legales, entre los cuales no se encuentra que el Notario dé fe de ejercicio legítimo de dichos cargos. Tan obvia afirmación parece desconocer la situación fáctica y mental del Registrador Mercantil que se dispone, a regañadientes según se ve, a publicar en la hoja de la sociedad el acuerdo del que se certifica y que se documenta por per-

sonas que la misma hoja no publica tengan algo que ver con aquélla; lo que no sucede en los casos a los que alude el Notario en que la Junta, para la plasmación de su acuerdo, se valdrá del representante de la sociedad, orgánico o voluntario, previamente inscrito.

Los peligros de esta desconexión entre el Registro y el certificado latén en los acuerdos de los Registradores Mercantiles, quienes intentan demostrar que la constancia del ejercicio legítimo del cargo es factible a través de «los testimonios o documentos procedentes» (primer acuerdo) o por «haberse asegurado de ello con vistas del Libro de actas» (segundo acuerdo). De donde se desprende que no es ajena a ellos la convicción de la imposibilidad de acreditar un «hecho» —nombramiento en Junta— si no es por su percepción, y su preocupación porque el Notario, más próximo a los interesados y con mayor capacidad de maniobra, «se esfuerce» en la mayor garantía de la certificación. La inclusión en la nota de calificación por el Registrador Mercantil de Sevilla de dos resoluciones anteriores a la reforma del Reglamento del Registro Mercantil es suficientemente expresiva.

Las reticencias de los Registradores Mercantiles son comprensibles cuando, como en este caso, su calificación opera en cierto modo sobre el vacío. Cuando la estructura organizativa de la sociedad se ve alterada en base a las manifestaciones de dos (una) personas de las que lo único que se sabe es que sus nombres corresponden a sus firmas, es legítima la duda de que el documento goce —como exige la primera de las resoluciones— de la «máxima certeza», de tal modo que el acto ingrese «con las mayores garantías de exactitud, dadas las presunciones de veracidad y legitimación contenidas en los artículos 1.º a 3.º del Reglamento del Registro Mercantil».

La Dirección General acoge, como era de prever, los argumentos de los recurrentes; y digo como era de prever sin otra doble intención que la de expresar que probablemente sea ésta, mal que nos pese, la única vía práctica en tanto se produce la reclamada e imprescindible regulación de la fe social y del Libro de actas.

Sorprende, en cualquier caso, cómo la Dirección, después de exigir la máxima certeza al documento inscribible, se decanta sin más, y sin lamentaciones, por exonerar al Notario de todo deber en la garantía de la certificación; y singularmente cómo se pasan por alto las Resoluciones de 29 y 30 de noviembre de 1955, expresamente incluidas por el Registrador Mercantil de Sevilla en la propia nota, que ni tan siquiera son citadas en el vistos. (Por cierto que el contenido de éstos irá apareciendo a lo largo del comentario, siendo quizá farragoso un intento ahora de resumen.)

La inteligencia de expresadas resoluciones era, sin embargo, esencial a los términos del recurso; primero, por constituir el precedente directo e inmediato del artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, y segundo, porque parecen prestarse a lecturas diversas, y así fueron citadas en apoyo de su tesis por el Notario en el recurso que dio origen a la Resolución de 30 de enero de 1985, a la que luego habré de referirme y que es la auténtica madre de las presentes.

El último de los considerandos de las dichas resoluciones, después de excluir de la exigencia de la escritura pública el acuerdo en que se manifieste la voluntad social de designar a un determinado Administrador, concreta: «siendo, por tanto, documento bastante, para el caso de

quienes aceptaron en el seno de la Junta, en primer lugar y según el citado artículo 66, párrafo 2 (LSA), el testimonio notarial del acta, por exhibición del libro correspondiente con las garantías que ofrece, por su inmediación, dicho libro, previsto en el artículo 33 del Código de Comercio; y, en segundo lugar, también la certificación del acta por el Secretario de la Junta con el visto bueno del Presidente, legitimadas ambas firmas por testimonio notarial específico de legitimación, que incluya la consideración del ejercicio legítimo del cargo por quien lo expide, nunca, en cambio, el simple testimonio por exhibición que, como el que ha sido calificado —único que debe ser tenido en cuenta en el recurso, conforme a los arts. 75 y 76 RRM—, no incluya dicha legitimación o la afirmación hecha por el Notario de que el certificado está debidamente expedido y, consiguientemente, no añada una superior calidad a la intrínseca del documento testimoniado».

Así pues, lo querido, salvo en el supuesto del testimonio por exhibición del Libro de actas, era un juicio del Notario sobre el valor de la certificación que le otorgara una «superior calidad». Sin embargo, difícilmente puede deducirse de ahí que esta exigencia de la certificación no opera cuando el acuerdo se solemniza en escritura pública. A lo sumo puede decirse que la resolución no asume la cuestión, y más bien me inclino a pensar que en la mente de la Dirección estaba que ningún Notario solemnizaría públicamente un acuerdo de no constarle la legitimación de los firmantes de la certificación.

Así entendido, cobra perfecto significado el punto 3.º del artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, cuando admite la inscripción del nombramiento de Administrador en virtud de «escritura pública que acredite las circunstancias del nombramiento...» Parece, pues, correcto entender que no cumplen el precepto aquellas escrituras que se limiten a solemnizar un acuerdo y no consten fehacientemente de ella las circunstancias del nombramiento; a menos que se entienda que el juicio de capacidad que realiza el Notario respecto del compareciente incluye la legitimación con que actúa y por ende la legitimación de los que le designan, y es dudoso pensar que los Notarios quieran pechar con esa carga.

Por otra parte, si la legitimación es imposible para la escritura también lo será para la certificación, y no resulta convincente concluir que ésta sólo será utilizable cuando pueda ser utilizada. El Reglamento sitúa las tres vías en un mismo plano. Las resoluciones comentadas no se hacen eco de la cuestión; la evidencia de la imposibilidad es el argumento protector (?) de la escritura; las certificaciones quedan abandonadas a la suerte de un ulterior recurso.

Y este silencio es tanto más sorprendente cuanto que la Resolución de 30 de enero de 1985 —antecedente directo y citado por ser idéntico el supuesto— intentó una benévola interpretación del apartado b) del artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, exonerando a los Notarios de aquella carga, a mi juicio no demasiado infundada, al reducir la legitimación a la recepción de una manifestación: «... la práctica notarial y registral ha venido aceptando como medio de acreditar la circunstancia del apartado b), artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, a través de una interpretación acorde con la finalidad del precepto, y equiparar la situación de representación orgánica propia de toda persona jurídica con los casos de representación voluntaria, en donde el fedatario no puede aseverar que el poder conferido se encuentra en vigor

al otorgarse el acto por ser una circunstancia que escapa a su percepción, y por eso se limita a dar cumplimiento a lo ordenado en los artículos 164 y 166 del Reglamento Notarial, todo ello unido a la legitimación derivada de la presentación del título acreditativo de la representación por el Apoderado que supone la presunción de encontrarse el mismo vigente, y en este sentido es como ha de entenderse la exigencia del referido artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que una interpretación rigurosamente literal del precepto conduciría a un imposible.»

Sin embargo, la equiparación es más que dudosa. El representante de la sociedad —sea orgánico o voluntario— presentará al Notario el título del que deriva su representación, convenientemente inscrito en principio; realizará las manifestaciones sobre la subsistencia de ese título y posteriormente la publicidad registral y la buena fe del tercero consumarán el acto. En el supuesto de nombramiento de Administradores, la manifestación opera no sólo sobre la subsistencia —hechos negativos—, sino asimismo sobre la existencia del propio título de representación. Demasiado viaje para tan pequeña alforja.

J. A. RUIZ RICO (v. *ob. cit.*) ha estimado la espiral de la legitimación hasta cerrar el laberinto. Para salir de él, a juicio de la doctrina, hay que caminar hacia la profesionalización del fedatario social o hacia el mayor control y rigor en la llevanza del Libro de actas, cuya sola existencia es mucho suponer en las sociedades precisamente abundantes en Juntas universales, y aun en su caso, «dado el nulo control en su diligenciamiento judicial, acudiendo a Presidentes y Secretarios de Juntas, la posibilidad de fraudes no es excluible» (PIÑOL AGUADÉ, *ob. cit.*).

No es hora de analizar ese libro tal como ha quedado tras la reforma del Código de Comercio (Ley de 21 de julio de 1973), no tanto por la dispersión como por el hecho de que puede reducirse a un «se llevará», pero sí recalcar que la única posible garantía pasa por su exhibición. Claro es que en este caso el Notario probablemente recurra a testimoniar directamente el libro conforme al apartado a) de tan repetido artículo 108.

La conclusión paradójica es que la escritura pública aparece como válvula de escape ante la dificultad de formalizar simples documentos privados, y aun cuando al Notario recurrente (segundo recurso) le parezca «absurdo exigir mayores requisitos a la escritura pública que al testimonio por exhibición del Libro de actas de la sociedad», a mí me parece lamentable que la garantía del Notario no derive de su autoridad y de su misión de fehaciencia, sino del delito de falsedad en documento público. (Amén de que tampoco sería atrevimiento pensar que la falsedad se cometa en los asientos registrales.)

2. Quizá la simultánea resolución de recursos planteados en tan distintas fechas obliga a la Dirección a resolver previamente algo que propiamente nadie había alegado: si las certificaciones aparecen expedidas por aquellos a quienes corresponde hacerlo.

Aun cuando las certificaciones son expedidas por personas diferentes —concretamente el visado lo hace en el primer recurso el Presidente de la Junta, y en el segundo, en el que resulta de los hechos que la certificación es expedida precisamente en el mismo día que la Junta celebrada lo hace el Administrador nombrado en la Junta— los Registradores no hubieran opuesto obstáculo alguno de haber acreditado el Notario su ejercicio legítimo.

De entrada, pues, el tema se presta a la opinión y supone en realidad un reflejo de las múltiples combinaciones que en la práctica se producen y se vienen admitiendo. En rigor, ni la Ley de Sociedades Anónimas ni, con mayores reservas, el Reglamento del Registro Mercantil atribuyen a cargo alguno la facultad de certificar los acuerdos sociales. De hecho, las resoluciones comentadas son abundantes en palabras como: «normalmente», «habitualmente», «uso mercantil», «uso mercantil prolongado en el tiempo».. El artículo 61 de la Ley de Sociedades Anónimas nos dice escuetamente quiénes serán Presidente y Secretario de las Juntas, y el artículo 62 establece las formas de aprobación y la eficacia del acta aprobada; el artículo 24 de la misma, no citado, sí encomienda a Presidente y Secretario de la Junta constituyente en la fundación sucesiva la autorización del acta de aquella, pero ni dice nada de las certificaciones ni existen otras personas que pudieran autorizarla, ni aquella se incorpora por naturaleza a un libro. El artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, apartado 1, letra *b*), abunda en el presupuesto de que es a la Junta a la que corresponde nombrar los Administradores; está pensando obviamente en «cargos» estables cuya legitimación fuera factible no en personas que asumen ocasionalmente «funciones», y tampoco dice que sean expresamente aquellos que presidieron la Junta en la que se produjo el argumento, argumentos todos tan endeblez como los de aquellos que pretenden elaborar la teoría de la fe social sobre tan escueta dicción literal.

De todos modos creo que la primera de las resoluciones peca de no haber intentado la construcción de una teoría general, de tal modo que, aun cuando la segunda cita expresamente a la primera, viene en el fondo a desdecirla o cuanto menos a ampliarla.

Si quisiera intentarse esa construcción se debería partir, a mi modo de ver, de la equiparación que, con técnica notarial, realiza Pedro AVILA (v. *ob. cit.*, págs. 81 y sigs.) entre el acta y la matriz y la certificación y la copia.

Que el acta es equiparable a la matriz obrante en el protocolo —Libro de actas— no cabe duda después de las Resoluciones de la Dirección de 23 de julio y 11 de agosto de 1958, de 16 de noviembre de 1961 y de 11 de marzo de 1980, que se adscriben a aquella doctrina que exige la aprobación del acta antes de la inscripción de los acuerdos en el Registro Mercantil —entendiendo que el «podrá» del art. 62 LSA se limita a las dos formas de aprobación que prevé, corrigiendo la viciosa práctica de someter la aprobación del acta a la siguiente Junta—, y puesto que el acta no puede vivir fuera del libro más que en circunstancias verdaderamente excepcionales (así, Resolución de la Dirección General de 11 de febrero de 1970). (Podría, en consecuencia, considerarse viciosa la práctica de la certificación de «acuerdos» en abstracto y toda otra que no se hiciera por referencia al Libro de actas que implicara no tanto la existencia del libro como la aprobación del acta por su incorporación a aquél.)

La autorización del acta y su llevanza al libro corresponden, pues, única y exclusivamente a los Presidente y Secretario de la Junta, bien sean «estatutarios» —designados nominativamente o por referencia al órgano de administración—, bien elegidos concretamente por y para la Junta de que se trate.

Las certificaciones de las actas del libro serán expedidas en consecuencia por aquellos a quienes incumba la exteriorización de la sociedad,

a cuya custodia queda confiado aquél —legitimación por la posesión, si se quiere—. No es descabellado afirmar que las funciones —que no cargos, palabra dotada de un sentido de estabilidad— de Presidente y Secretario de la Junta se extinguen con ésta. Pensar que conservan la facultad certificante de la Junta que han presidido, no obstante las vicisitudes del tiempo, parece ciertamente anómalo.

Por lo tanto, las certificaciones se expedirán por: el Secretario, con el visto bueno del Presidente de la sociedad —o de la Junta—, orgánicamente establecidos en los Estatutos; el Secretario, con el visto bueno del Presidente del Consejo de administración; uno de los Administradores con el visado del otro; el Administrador único por sí solo.

Aunque en la doctrina pese, quizá en demasía, la literal dicción del artículo reglamentaria, ésta se soslaya en la práctica admitiendo las certificaciones expedidas por el Administrador (ver las atinadas observaciones de E. CANO, *ob. cit.*, págs. 877 y sigs.), y ejemplo claro es el segundo de los recursos, en el que la certificación se expide además en el mismo día de celebración de la Junta.

Encomendar la fe social a un órgano permanente tiende a la estabilidad y profesionalización de su ejercicio, objetivos de la doctrina como mejora de aquélla, y responde a la práctica cada vez más frecuente de nombrar Secretarios no consejeros y de reunir las funciones de Secretario y Letrado asesor. Podría decirse que de este modo el título de la representación y la representación misma coinciden en el propio órgano, lo que posibilita en mayor medida la obstrucción por éste de la voluntad social; sin embargo, puesto que la Junta carece de mecanismos propios de exteriorización de su voluntad, o, dicho más propiamente, ésta corresponde al órgano de administración-representación, el riesgo de disputa es intrínseco a la sociedad y la Junta, como expresión de la voluntad social, posee resortes para hacer desaparecer el obstáculo.

Por otra parte, la solución contraria conlleva el mayor riesgo de la pluralidad de ejercientes de la fe social. En el fondo, y prescindiendo ahora de las actuaciones «accidentales» o «en funciones», éste era el problema que se ventilaba en el aireado asunto «Koipe» (Resolución de la Dirección General de 21 y 24 de septiembre de 1984). Certificación del Secretario de la Junta *versus* certificación del Secretario del Consejo. La Dirección, con regate de fino estilista, resolvió que no eran contradictorias, sino complementarias.

Evidentemente, el recuerdo a Juan Palomo que ya apuntaba PIÑOL AGUADÉ (v. *ob. cit.*) es más que posible. Pero, como dice E. CANO (v. *ob. cit.*), es inaceptable centrar la garantía en el número de las personas implicadas: «no es tan importante el número de firmas, sino la garantía que las mismas suponen». No creo por ello que deba causar tantas preocupaciones la Resolución de la Dirección General de 22 de febrero de 1980: «aun no estando establecido en ningún precepto con carácter general el que las certificaciones de los acuerdos sociales sean expedidas por el Secretario con el visto bueno del Presidente, en algún caso concreto tanto la Ley (art. 24) como el Reglamento del Registro Mercantil (art. 108, b) establecen que se expidan formalmente de esta manera, con lo cual se acomodan al criterio general establecido en otras disposiciones legales, y se garantiza a través del visado presidencial la idoneidad y legitimidad de quien aparece ejerciendo el cargo de Secretario». Forzoso es decir que el Notario defensor del artículo estatutario desechado partió de la dis-

tinción, antes propugnada, entre el acta —matriz— y la certificación —copia—. No creo que la Dirección venga a desconocer implícitamente esa posibilidad; de la lectura del considerando transcrito se desprende fácilmente que se piensa en el ejercicio estable de un cargo, y no ocasional de una función.

Como tampoco creo que la expresada resolución venga a alterar la doctrina sentada por las de 17, 25 y 26 de abril de 1972; si bien normalmente las certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Juntas generales de las sociedades anónimas deben expedirse por el Secretario con, el visto bueno del Presidente, es indudable que cuando ambos cargos recaen en una misma persona no cabe negar validez a las certificaciones expedidas sólo por ella; y si, como ocurre en el presente caso, el Secretario-Presidente es a la vez el Administrador único de la sociedad, tampoco puede decirse que exista incompatibilidad para que, con este último carácter, ejecute el acuerdo social. En el fondo aquella resolución lo que viene a decir es que cuando existan Presidente y Secretario «orgánicos» —de la sociedad o del Consejo—, el visado del primero no es materia negociable.

III. El tercer tema que surge de las resoluciones comentadas hace referencia a la representación de la sociedad. Hay que limitarse a tres supuestos concretos que se apuntan por aquéllas.

1. Ya hemos dicho que el tercer defecto contenido en la nota del Registrador en el primer recurso no se entiende demasiado bien. Literalmente parece referirse a que el Administrador por sí solo, alegando su calidad de tal, hubiera podido realizar lo que la Junta universal no podía hacer, y en este sentido es entendido por el Notario, quien, después de sorprenderse de la contradicción, arguye con lógica que no es propiamente un defecto, sino una respuesta anticipada a una posible alegación que no realiza.

Interpretado el defecto así, no cabe duda que el acuerdo del Registrador altera en cierto modo el sentido de la nota al precisar que el compareciente no alega su condición de Administrador ni la de Presidente de la Junta.

La Dirección dedica a este defecto un solo considerando, el último, en el que, después de calificarlo de «expresamente formal» y «carente de trascendencia en este caso concreto», deja sentadas dos afirmaciones aparentemente sorprendentes.

La primera es que «el ejecutor del acuerdo es el Presidente de la Junta, a quien se encarga cumplimente el acuerdo social».

El tema de la representación orgánica ha dado lugar a múltiples resoluciones en época reciente (31 de marzo de 1979, 9 de junio y 3 de septiembre de 1980, 6 de septiembre de 1982, 29 de septiembre de 1983, 30 de enero y 4 de marzo de 1985; alguna de ellas objeto de más profundos comentarios, en los que se precisa su concepto y caracteres y se aporta importante bibliografía: así, Ricardo EGEA, Resolución de 31 de marzo de 1979, en *RCDI*, núm. 538, mayo-junio 1980, y José Manuel GARCÍA GARCÍA, misma resolución, recogidos en sus sentencias comentadas del Tribunal Supremo. Derechos reales e hipotecario).

Fundamentalmente, las resoluciones citadas, más que a establecer el concepto de representante orgánico —en el sentido de precisar qué personas físicas se incardinan en la sociedad de tal modo que puede decirse que ésta obra por sí misma—, tiende a regular sus consecuencias respec-

to de personas en que aquélla se da por entendida: principalmente, inaplicación de los artículos 1.280 y 1.713 del Código Civil. De aquellas pocas que tratan de fijar su ámbito es la citada en los vistos de 3 de septiembre de 1980, que, partiendo del precepto estatutario: «para representar a la sociedad tendrán que firmar dos de los tres Gerentes», resuelve que no puede comparecer uno solo de ellos a ejecutar un acuerdo de la Junta en virtud de una certificación del acta de ésta.

Con este antecedente es difícil que se pueda concluir que la persona designada por la Junta como su Presidente puede comparecer en calidad de tal a formalizar exteriormente los acuerdos de aquélla. El calificativo «orgánica», como *tertium genus* de las representaciones, no puede hacernos olvidar que el sustento es ostentar la representación de la sociedad; con la denominación de orgánica se corre el peligro de asociar inconscientemente la representación al órgano y colegir, con evidente desmesura, que cualquiera de éstos ostenta aquélla. El Presidente ocasional de una Junta puede calificarse, con muy buena voluntad, de órgano, pero nunca de representante.

Por otra parte, en la práctica se produce un cierto desenfoque de la cuestión hacia el título de la representación; se dice: el representante voluntario opera en virtud de poder —documento público—; el representante orgánico, en virtud de certificación del acuerdo —documento privado—; siendo así que el énfasis debe ponerse en el ámbito de la representación: en la voluntaria corresponde estrictamente al poderdante; en la orgánica el ámbito «mínimo» queda predeterminado por la Ley (artículos 11 LSRL y 76 LSA), escapando a la competencia del poderdante. De aquí se sigue que el órgano que adopta un acuerdo puede encomendar, en el certificado que acredite aquél, su plasmación hacia el exterior en el oportuno documento público, bien al representante orgánico, bien al Apoderado voluntario a quien se hubiere conferido la facultad de representar a la sociedad.

Incluso puede afirmarse que al Presidente del Consejo de administración, en defecto de otra previsión estatutaria, como representante nato del mismo, corresponde elevar a públicos los acuerdos de aquél o de la Junta sin necesidad de delegación alguna en el certificado acreditativo del acuerdo. Y lo mismo cabría concluir en el caso de Administrador único si se me permite decir, sin mayores explicaciones, que en el espíritu del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, no obstante la dicción literal del segundo inciso del primer párrafo, está excluir la disociación entre administración y representación. En la práctica se ha consagrado el sistema de «delegación» en la certificación como dudosa fórmula de elección entre los miembros del Consejo.

2. La segunda afirmación es que, aunque no lo manifieste expresamente, coincide en la persona del ejecutor del acuerdo la de Administrador único de la sociedad, y en su carácter de órgano de administración social es al que corresponde llevar a cabo la ejecución de lo acordado.

Las particularidades del caso planteado llevan a la Dirección a sentar esta conclusión, que difícilmente podrá generalizarse. Una cosa es que el compareciente exprese (arts. 164 y sigs. RN) el título de su representación, aun cuando por la naturaleza de aquél quepa calificar ésta de orgánica, y otra cosa muy distinta es la innecesariedad de que, como antes se ha visto, la certificación acreditativa del acuerdo redunde en la atribución de su exteriorización en la persona-representante orgánico.

Deja, pues, la Dirección abierto el problema de si la omisión del título de representación en la escritura constituye mero problema reglamentario o si es defecto que impide la inscripción, singularmente cuando de los libros del Registro resulte legitimado el ejecutor del acuerdo para la comparecencia que realiza. Me inclino a pensar que el principio esencial de buena fe, en cuanto al desconocimiento de vicisitudes extrarregistrales, es exigible a todos los intervinientes, e impone en todo caso al representante la exhibición de su título y la manifestación de su creencia en la subsistencia de la representación.

3. La última afirmación sentada procede del segundo recurso: el Administrador no inscrito puede comparecer ante Notario a fin de procurar la inscripción de su nombramiento.

Parte, en principio, la Dirección de la distinción entre la esfera interna y la externa en cuanto a la actuación del Administrador no inscrito, recogiendo el sentir de las Resoluciones de 17 de julio de 1956 y 27 de marzo de 1957, expresamente citadas en los vistos, que establecieron que no es admisible la comparecencia ante Notario del Administrador no inscrito, salvo cuando se trate de actos internos de la sociedad para los que el nombramiento de Consejero es eficaz desde su aceptación (art. 72 LSA), si bien, aun en estos casos, la omisión de la previa inscripción constituye un defecto subsanable mediante la presentación de los documentos adecuados en el Registro Mercantil.

Sin embargo, si se compara el penúltimo considerando de la resolución comentada con el sentir de estas últimas se aprecia una alteración sustancial. De hecho en la presente resolución no se observa diferencia alguna entre los aspectos interno y externo de la actuación del Administrador no inscrito, que quedan en ambos casos sometidos al requisito de la previa inscripción, al dar por sentada la posible comparecencia ante Notario para otorgar actos relativos a la esfera externa, lo que era objeto de singular prohibición en las resoluciones precedentes.

En el fondo la Dirección viene a consagrar las profundas analogías que la aplicación práctica del artículo 95 del Reglamento del Registro Mercantil tiene con las del manifestamente ignorado artículo 313 de la Ley Hipotecaria.

F. C. B.

NOTA DE LA REDACCIÓN.—La primera de estas resoluciones ha sido comentada, como se puede ver, por nuestro colaborador Ricardo EGEA IBÁÑEZ, en páginas anteriores.

Aunque haya el riesgo de repetición, insertamos el nuevo comentario de Fernando CANALS, porque enlaza dos resoluciones en un estudio común, tal como lo publicamos. Este es el motivo de la duplicidad.

4. AUN EN EL CASO DE QUE SE ADMITA QUE EL ALBACEA CONTADOR-PARTIDOR TIENE FACULTADES LEGALES PARA LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN, DICHAS FACULTADES HAN DE ENTENDERSE MODALIZADAS POR LA FINALIDAD DE CONSEGUIR LA EJECUCIÓN DEL TESTAMENTO Y LIMITADAS POR LA NECESIDAD DE DAR EFECTIVIDAD A LAS DISPOSICIONES DEL TESTADOR.

Resolución de 19 de marzo de 1986 (B. O. del E. de 25 de abril).

I. *Hechos*.—El Notario de Cartagena don Juan Romero-Girón Deleito autorizó, con fecha 24 de mayo de 1983, una escritura de división material o extinción de condominio, verificada mediante la constitución en régimen de propiedad horizontal de un edificio sito en Cartagena, compareciendo en aquélla don José Antonio y don Juan Manuel Luque Torres, como titulares, respectivamente, de un 30 y un 20 por 100 en el edificio común, y don Salvador Jiménez Jiménez, como Albacea y Contador-partidor de don Matías Torres López, representando a la herencia yacente de este causante, que es titular del 50 por 100 restante de dicho edificio común, e interviniendo igualmente en la escritura calificada doña María Torres López, en concepto de legataria de la indicada cuota indivisa del 50 por 100 correspondiente a don Matías Torres López en el indicado edificio, admitiéndose en la escritura calificada que la intervención de esta legataria «no es al objeto de recibir la entrega de su legado, pues, al no haberse practicado aún las operaciones particionales, no se ha acreditado la existencia o no de acreedores que son preferentes a los legatarios, sino que interviene exclusivamente al objeto de consentir la valoración y adjudicación a la herencia de los locales o departamentos». Además, hay que tener en cuenta que en el testamento de don Matías Torres López se ordena, entre otros extremos que no interesan, un legado a favor de su esposa del derecho de habitación del piso cuarto de la casa número 20 de la plaza del Rey, de Cartagena; otro legado de la mitad indivisa de dicha casa, a su hermana María Torres López, e instituye herederos universales a su esposa —que con lo que recibe por el legado y por esta institución quedará pagada por su cuota viudal—, dos hermanas y una serie de sobrinos carnales, y finaliza designando Albacea Contador-partidor de su herencia a don Salvador Jiménez Jiménez, a quien, además, autoriza para efectuar la entrega de legados.

Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, fue calificada con nota del siguiente tenor: «Suspendida la inscripción por el defecto subsanable de faltar el consentimiento de la comunidad de herederos y legatarios del copropietario fallecido, entre ellos su viuda, cuyo legado en pago de legítima del número 5, cláusula 1.ª, del testamento de dicho condeño queda imposibilitado por la actuación del Albacea y Contador-partidor (arts. 1.259, 402, 901 y 1.057 CC; Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1956, 11 de abril de 1967, 9 de febrero de 1970 y 8 de mayo de 1954, y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de abril de 1945, 27 de febrero de 1982 y 14 de septiembre de 1964). Cumplido el artículo 485, c),

del Reglamento Hipotecario.—Cartagena, 17 de septiembre de 1983.—El Registrador (firma ilegible).»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo, alegando: Que el representante de la herencia ha sido designado por el causante como Albacea, Comisario y Contador-partidor, de donde resulta claramente la voluntad del testador de concentrar en una sola persona todas las facultades posibles de un ejecutor testamentario universal; que la extinción del condominio de una finca cuya mitad indivisa pertenece a la herencia es un acto de menor trascendencia económica que la liquidación de la sociedad de gananciales, operación que puede practicar el Contador-partidor junto con el cónyuge viudo; que una situación de herencia yacente no puede impedir que la división material se practique cuando la solicita quien tiene derecho a pedirla; que la herencia yacente, representada por el Contador-partidor, no puede resultar perjudicada, dado que los derechos que el causante ostentaba en la finca han sido objeto de legado y la legataria comparece en la escritura para consentir y aprobar la valoración y división material; que se incorpora a la escritura valoración parcial acreditativa de que la mitad adjudicada a la herencia yacente cubre el 50 por 100 del valor del edificio; que, en todo caso, es aplicable el artículo 405 y los correlativos de la partición de la herencia, de modo que los acreedores, en el hipotético y anómalo supuesto de que tuvieran que dirigirse contra la legataria, no resultan perjudicados por la división, conservando sus derechos contra la totalidad de la finca, que alcanzan incluso a solicitar la impugnación de la división practicada; que en la escritura calificada no se efectúa entrega del legado, sino que se pospone al momento en que, una vez satisfechos los acreedores hereditarios, si los hubiese, pueda efectuarse legalmente; que no es obstáculo el legado a la viuda de un derecho de habitación, pues si lo único que el testador ostentaba es una mitad indivisa de todo el edificio, mal puede legar un derecho de habitación referido a un piso concreto, sobre el que no ostentaba el pleno dominio; que, cualquiera que sea la solución aplicable a esta cuestión, directa o analógicamente, es evidente que el marco de la división material de la finca en *pro indiviso* no es el adecuado para resolverlo; que no puede alegarse que el Albacea Contador-partidor podría practicar la extinción del condominio, pero no la división horizontal, pues se trata de un solo acto, y, en todo caso, queda en pie el argumento fundamental de que a la comunidad de herederos le es indiferente los pisos que se adjudiquen a la herencia, pues, sean cuales sean, pertenecerán a la legataria.

El Registrador informó lo siguiente: Que no cuestiona la posibilidad de practicar la extinción del condominio, sino únicamente la persona o personas facultadas para realizarla en representación o interés de la herencia; que la atribución al caudal relicto de bienes concretos de valor inferior al que tenía su preexistente cuota abstracta es algo que escapa casi totalmente a las posibilidades de la calificación registral, de donde también resulta la importancia de que la extinción de condominio aparezca realizada por las personas plenamente facultadas para ello; que el Albacea Contador-partidor sólo le ha conferido, expresamente, el testador la facultad de entregar legados, sin que entre las facultades legales figure la de representar a la herencia; que las facultades de los albaceas, incluso conferidas por el testador expresamente, no pueden perjudicar las

legítimas ni eliminar la intervención de los legitimarios cuando realicen actos de disposición o gravamen de inmuebles de la herencia, que no puede suplir esta falta de facultades del Albacea Contador-partidor en orden a la extinción del condominio, la intervención de la legataria de la cuota indivisa del edificio, pues no pudiendo tomar por sí posesión de la cosa legada, ni inscribir su legado en el Registro de la Propiedad, tampoco puede intervenir en la extinción del condominio pretendiendo su inscripción en el Registro; que, estando de acuerdo en que el marco de la división material de la finca en proindivisión no es el adecuado para resolver el problema que plantea el legado de habitación, no parece adecuado que, sin realizarse interpretación alguna, y por la vía de los hechos consumados, se impida la eficacia del legado de aquel derecho por la actuación del legatario voluntario gravado y el Albacea.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Albacete dictó auto en el que confirmaba la nota de calificación, reiterando que el Albacea Contador-partidor no está facultado para dividir materialmente la finca en la que una mitad *pro indiviso* corresponde a la herencia.

El Notario recurrente apeló contra el auto presidencial.

La Dirección General confirmó el auto apelado y la nota del Registrador.

II. *Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 400, 403, 406, 899, 901, 902 y 1.057 del Código Civil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1954, 25 de enero de 1956 y de febrero de 1970, y las Resoluciones de este Centro de 11 de septiembre de 1907, 28 de abril de 1945, 19 de julio de 1952 y 27 de febrero de 1982.

Primero. La cuestión principal que se plantea es la relativa a las facultades del Albacea Contador-partidor, en orden a la división material de un edificio en el que la comunidad hereditaria tiene una participación indivisa, mediante la constitución en régimen de propiedad horizontal y extinción de comunidad con los restantes copropietarios, así como la adjudicación de pisos y locales en pago de sus cuotas.

Segundo. Al no existir previsión testamentaria acerca de las facultades del Albacea Contador-partidor, salvo la entrega de legados, sólo le corresponderán, además de esto último, las establecidas por la Ley, lo que requiere examinar si el acto realizado se encuentra o no dentro de los que puede realizar por sí solo o si, por el contrario, necesita el consentimiento de los herederos y en particular del cónyuge legitimario.

En orden a lo cual si justamente el acto libremente decidido por el Albacea Contador-partidor va a tener como efecto, convenido por él, que el piso que el testador quería para habitación de su viuda sea adjudicado a otro comunero, no puede entenderse que dicho Albacea Contador-partidor esté facultado, pues, aun en el supuesto mismo de que se considere que el Contador-partidor, como ocurre en la Ley 340 de la Compilación de Navarra, esté autorizado para la división de la cosa común, siempre las facultades conferidas habrían de entenderse modalizadas por la finalidad de conseguir la ejecución del testamento y, por tanto, limitadas, en todo caso, por la necesidad de dar efectividad a las disposiciones del testador.

III. COMENTARIO.—I. Delimitación previa del contenido de las figuras jurídicas del Albacea y Contador-partidor.

El Albacea.

a) Concepto.

Albacea es la persona encargada por el testador —carga en todo caso testamentario— de realizar su última voluntad y, asimismo, vigilar, en general, el cumplimiento de aquélla.

b) Facultades.

Hay que distinguir:

1.º Facultades voluntarias, es decir, que tienen su origen en la voluntad del testador.

El testador, conforme al artículo 901 del Código Civil, puede conferir al Albacea cualquier facultad que estime oportuna y no sea contraria a lo establecido en las leyes.

Y de las leyes surgen los siguientes límites:

— El carácter personalísimo del testamento, que de ningún modo puede realizar el Albacea.

— El testador no puede otorgar al Albacea más facultades de las que él mismo tiene. Este no tiene potestad, por tanto, para desvirtuar la voluntad del causante (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1980) ni llegar más allá de las posibilidades de ésta.

— El testador no puede, a través del Albacea, perpetuar su persona una vez fallecido.

— Deben quedar siempre a salvo los derechos de los legitimarios.

En consecuencia, hay que entender que el Albacea puede recibir del testador las siguientes facultades:

— Representar a la herencia.

— Poseer los bienes hereditarios.

— Contar y partir. Como señala ALBALADEJO, el Albacea es un Contador-partidor, pues una de las funciones integrantes de la ejecución testamentaria es la de contar y partir el caudal relicto (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XII, vol. II, pág. 217).

— Ser árbitro de los conflictos que pudieran surgir entre los interesados en la sucesión.

— Entregar legados. Aunque teniendo en cuenta que, si hubiera legitimarios, dicha entrega no podrá realizarse sin la previa partición hereditaria, salvo que tales legitimarios prestaren su consentimiento a la entrega (Resolución de la Dirección General de 27 de febrero de 1982).

— Administrar los bienes hipotecarios. Es decir, cobrar créditos, intereses, cancelar hipotecas, etc.

— Enajenar los bienes de la herencia, aunque con dos condicionamientos:

Primero: tal concesión ha de realizarla el testador de manera suficientemente clara (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1947).

Segundo: en la enajenación no será necesaria la intervención de los herederos voluntarios —salvo que el testador dispusiera lo contrario—.

pero sí la de los legitimarios o herederos forzosos (así lo ha determinado la Dirección General en repetidas resoluciones, entre las que cabe destacar las de 19 de julio de 1952 y la de 8 de mayo de 1943; dice esta última: «Considerando... que del contexto de la cláusula discutida, en la cual se emplea el verbo 'vender' sin limitación alguna después de referirse el testador a los bienes relictos, de las amplias facultades conferidas al Albacea Contador-partidor y del carácter universal del título, que abarca los inmuebles como los muebles, se deduce sin duda alguna que don ... se hallaba autorizado para otorgar la escritura de compraventa, sobre todo si se tiene en cuenta que los herederos son mayores de edad y no gozan de la condición de legitimarios...»).

— Segregar, dividir y agrupar bienes hereditarios, así como hacer declaración de obras nuevas sobre ellos. Sin embargo, entiendo que con la limitación a que se refiere precisamente el último considerando de la resolución que comento, es decir, «dar efectividad a las disposiciones del testador».

— Constituir régimen de propiedad horizontal. En mi opinión, dicho acto es claramente dispositivo [argumenta PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, 1982, pág. 247) que se trata de un acto dispositivo, ya que mediante dicho régimen el dominio sobre el edificio queda modificado en cuanto se desintegra en tantos dominios como pisos o locales; a lo que pienso que cabe añadir que la complejidad, cada vez mayor, de los regímenes de propiedad horizontal, con un compromiso grande de obligaciones por parte de los constituyentes, reclama para ellos el grado más riguroso de capacidad], por lo que le será de aplicación lo dicho para la enajenación de bienes.

Y concluyo este punto diciendo que el llamamiento como Albacea universal, sin especificar más o con todas las facultades que tiene el testador, implica la atribución más amplia de posibilidades, conforme y dentro de los límites del artículo 901 del Código Civil.

2.º Facultades legales. Si el testador no atribuye facultades al Albacea, éste tendrá aquellas que determina la Ley, es decir:

- Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador (art. 902, 1).
- Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito de los herederos (art. 902, 2, CC).
- Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él (artículo 902, 3, CC).
- Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes (art. 902, 4, del Código Civil).
- Promover la venta de los bienes muebles —y, no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos— si no hubiese en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aportaren del suyo (art. 903 CC).
- Vender los bienes de la herencia y distribuir su importe en los términos que establece el artículo 747 del Código Civil, cuando el testador dispusiera de todo o parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas.

en beneficio de su alma de modo indeterminado y sin especificar su aplicación.

— Llevar a efecto las disposiciones realizadas por el testador a favor de los pobres en general, dentro de los términos que establece el artículo 749 del Código Civil.

El Contador-partidor.

a) Concepto.

Contador-partidor —o también denominado «Comisario», por el origen histórico de esta figura— es aquella persona a quien el testador, el Juez o los mismos interesados en la herencia encomiendan la partición de ésta.

b) Facultades.

Entre otras, ostenta las siguientes:

- Interpretar el testamento
- Inventariar los bienes hereditarios.
- Valorarlos.
- Determinar el haber correspondiente a cada interesado.
- Reducir legados.
- Fijar legítimas.
- Colacionar bienes.
- Liquidar la sociedad conyugal juntamente con el cónyuge supérstite.
- Entregar legados, a pesar de que el artículo 885 del Código Civil sólo habla de «heredero o Albacea», pues tal facultad entra dentro de la general de adjudicar bienes de la herencia en pago de derechos hereditarios. No obstante, con las limitaciones vistas para el Albacea.

— Dividir los bienes hereditarios. Creo que puede admitirse esta facultad (así lo hace, respecto a Navarra, la Ley 340 de su Compilación: «... o para intervenir en la división de bienes a los que aquél tuviere derecho»), aunque con las limitaciones que señala el último considerando de esta resolución y que ya he recogido al estudiar las facultades del Albacea.

- Adjudicar bienes en pago de derechos hereditarios.

— Adjudicar bienes para pago de deudas del causante, a alguno o a todos los herederos (Resoluciones de la Dirección General de 29 de abril de 1913 y 20 de septiembre de 1933). Sin embargo, no podrá adjudicar bienes a extraños, tanto en pago como para pago de deudas, pues se trataría de actos de enajenación que van más allá de las simples facultades particionales que ostenta el Contador-partidor; igualmente hay que entender enajenaciones las adjudicaciones en pago de deudas —las admitidas eran «para pago»— realizadas a favor de los herederos.

Y termino este apartado relativo a la delimitación de los campos de actuación del Albacea y del Contador-partidor advirtiéndole que todo ello ha de entenderse sin perjuicio de las especialidades forales, en las que no entro por no afectar al supuesto de que se trata.

II. El Albacea Contador-partidor ante el supuesto planteado.
En dicho supuesto encontramos:

— Una escritura de extinción de la comunidad existente sobre un edificio, verificada mediante la división y constitución del mismo en régimen de propiedad horizontal.

— La citada comunidad romana la integraban: don José Antonio Luque Torres, con una cuota de un 30 por 100; don Juan Manuel Luque Torres, con una cuota de un 20 por 100, y don Matías Torres López —causante de la sucesión—, con una cuota de un 50 por 100.

— En el otorgamiento de la escritura comparecen los dos primeros condóminos, así como don Salvador Jiménez Jiménez, en concepto éste de Albacea Contador-Partidor de don Matías Torres López; comparece, igualmente, doña María Torres López, en concepto de legataria de la indicada cuota indivisa del 50 por 100.

— Interesados en la herencia de don Matías Torres López son los siguientes:

1. La viuda de don Matías Torres López, como heredera universal instituida juntamente con otros, legitimaria respecto a su cuota usufructuaria, y legataria del derecho de habitación del piso cuarto del edificio objeto de la constitución en régimen de propiedad horizontal (el testador establece que el pago de la cuota viual se hará con lo recibido por la institución de heredero y por el legado).

2. María Torres López, hermana del testador, en concepto de legataria de la cuota del 50 por 100 que correspondía al causante en el edificio que ahora se pretende constituir en régimen de propiedad horizontal.

3. Otros hermanos y primos del testador, que éste también instituyó herederos, y cuyos derechos no afectan al problema planteado.

Respecto a todo lo cual debe tenerse en cuenta:

— Que, como señala la Dirección General, «al no existir previsión testamentaria acerca de las facultades del Albacea Contador-partidor, salvo la de entrega de legados, sólo le corresponderá, además de esto último, las establecidas por la Ley». Y, salvo mejor opinión, entiendo que la Ley no atribuye al Albacea Contador-partidor la posibilidad de dividir y constituir un edificio en régimen de propiedad horizontal (acto de un alcance y trascendencia mucho mayor que la simple división material, como ya expuse anteriormente).

— Que aunque el testador hubiera facultado al Albacea para dicho acto de división horizontal, el cónyuge supérstite, como legitimario que es —y por las razones también anteriormente apuntadas—, debe prestar su consentimiento.

— Que dicho cónyuge viudo, igualmente por su condición de legitimario, debe consentir la entrega de legados efectuada antes de la partición (Resolución de la Dirección General de 27 de febrero de 1982: «Considerando que la facultad concedida al testador en los artículos 858 y 859 del Código Civil para gravar a los herederos forzosos con mandas y legados se halla limitada, cuando existen herederos forzosos, por los artículos 813 y 817 del mismo Cuerpo legal, al disponer que no puede aquél privar de

su legítima a los herederos, sino en los casos expresamente determinados por la Ley, ni imponerle sobre ella gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie, y que las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de dichos herederos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fuesen inoficiosas o excesivas... se deduce que aun cuando la entrega de los legados puede hacerse por los Albaceas, si éstos se hallan autorizados para ello por el testador, por permitirlo así el artículo 885 del Código Civil, para que aquélla pueda tener lugar debe preceder la liquidación y partición general de la herencia, porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador, y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos, a no ser que los expresados herederos concurren también a la entrega o manifiesten su conformidad con que ésta se efectúe sin cumplir dicha formalidad, pues al constituir una garantía y un derecho en favor de los mismos, claro es que pueden renunciar a él, si tienen la necesaria capacidad legal»).

— Que, como dice la Dirección General en su último considerando, «si justamente el acto libremente decidido por el Contador-partidor va a tener como efecto, convenido por él, que el piso que el testador quería para habitación de su viuda sea adjudicado a otro comunero, no puede entenderse que el Contador-partidor esté facultado, pues aun en el supuesto mismo de que se considerase que el Contador-partidor, como ocurre en la Ley 340 de la Compilación de Navarra, esté autorizado para la división de la cosa común, siempre las facultades conferidas habrían de entenderse modalizadas por la finalidad de conseguir la ejecución del testamento y, por tanto, limitadas, en todo caso, por la necesidad de dar efectividad a las disposiciones del testador».

IV. CONCLUSIONES.—1.ª Entre las facultades legales del Albacea no se encuentra la de dividir materialmente la cosa común; sí podría estar entre las atribuidas por el testador, lo que aquí no hizo. También podría entenderse con facultades para ello —siguiendo el ejemplo de la Ley 340 de la Compilación de Navarra— al Contador-partidor, aunque sometido dicho acto, en todo caso, a la limitación de «entenderse modalizado por la finalidad de conseguir la ejecución del testamento y por la necesidad de dar efectividad a las disposiciones del testador».

2.ª A lo que hay que añadir que la división horizontal va más allá de la división material, por lo que, en todo caso, será necesario el consentimiento de los herederos forzosos o legitimarios (aunque esto es una mera opinión personal).

3.ª La entrega de legados antes de la partición exige el consentimiento de los legitimarios, dada la protección que les otorga el artículo 813 del Código Civil.

J. P. R. B.

5. NO ES NECESARIA LA APROBACIÓN JUDICIAL DE LA PARTICIÓN HEREDITARIA, EN LA QUE LOS HIJOS MENORES SE ENCUENTRAN REPRESENTADOS POR EL DEFENSOR JUDICIAL DESIGNADO AL EXISTIR CONTRAPOSIÇÃO DE INTERESES CON SU PADRE.

Resolución de 4 de abril de 1986 (B. O. del E. de 6 de mayo).

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don Ignacio Solís Villa contra la calificación del Registrador de la Propiedad número 13 de la misma localidad, por la que se deniega la inscripción de una escritura de operaciones particionales;

Resultando que en escritura autorizada por el Notario recurrente el día 2 de julio de 1984 se formalizaron las operaciones particionales causadas por el fallecimiento de doña María Teresa Moras Vicente; que la causante, que no había otorgado testamento, estaba casada en únicas nupcias con don José Santiago Doncel Moras, de cuyo matrimonio dejó dos hijos menores de edad, llamados José Jaime y José Ignacio Doncel Moras; que habida cuenta de la oposición de intereses entre el viudo y los dos hijos menores tras los trámites pertinentes se nombra defensor judicial de dichos menores a su tía materna doña María del Carmen Moras Vicente; que la escritura fue otorgada por el viudo, en su nombre propio, y por el citado defensor judicial, en nombre y representación de los indicados menores;

Resultando que presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 13 de Madrid fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento en el Registro de la Propiedad de Madrid número 13, porque estando los hijos menores de edad representados por el defensor judicial, es necesaria para la validez de la partición la aprobación judicial. No se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado expresamente. Madrid, 21 de febrero de 1985. Hay una firme ilegible.—Rubricada.—Un sello del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, inutilizado con un sello en tinta que dice 'Registro de la Propiedad número 13. Madrid'.» Con posterioridad se solicitó anotación preventiva de suspensión, que fue practicada en el tomo 693 del indicado Registro, libro 11 de la Sección primera, folio 220, finca número 5.281, anotación letra B, según se acredita con nota al pie del título de fecha 25 de abril de 1985;

Resultando que el Notario autorizante de la escritura calificada interpuso recurso gubernativo y alegó: Que el artículo 1.060 del Código Civil se modifica por la Ley de 13 de mayo de 1981, estableciendo en su redacción originaria que «cuando los menores de edad estén sometidos a la patria potestad y representados en la partición del padre o, en su caso, por la madre, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial», y, sin embargo, tras la reforma citada, dicho precepto dice que «cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial», por lo que el sentido de la reforma parece claro al establecer una norma general para cualquier supuesto en que los menores o incapacitados estén «legalmente representados»; que el artículo 163 del Código Civil se refiere

al defensor judicial cuando el padre o la madre tenga un interés opuesto al de sus hijos en algún asunto, y para tal caso señala que se les nombrará a éstos un defensor «que los represente en juicio y fuera de él», tratándose, pues, de un representante *ad hoc* del menor y que como tal su actuación en materia de partición cae plenamente dentro del supuesto al que se refiere el artículo 1.060 del Código Civil, y al tratarse precisamente de un representante como regla general el legislador se ve obligado a regular de modo especial la extensión de la figura a casos en que no hay representación legal posible, y así el inciso final del párrafo primero del artículo 163 del Código Civil establece que «se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar», estando claro que en este segundo caso del defensor no representa sino que completa la capacidad del menor emancipado, que como tal siempre actúa por sí y nunca representado legalmente, mientras que el menor no emancipado sí que está representado por el defensor judicial; que la Ley 13/1983, por la que se reforma la tutela, modifica, entre otros, el artículo 271 del Código Civil, que en su apartado cuarto exige autorización judicial para que el tutor pueda «realizar la partición de la herencia o la división de una cosa común, las cuales, una vez practicadas, requerirán además la aprobación judicial», y de esta manera al tutor, pese a ser representante legal, no le será aplicable el artículo 1.060 del Código Civil, ya que hay una norma especial para el supuesto que, por lo tanto, constituye una excepción a la regla general del artículo 1.060 del Código Civil, siendo difícil entender que el artículo 271, 4, del mismo texto legal haya venido a modificar la regla general del artículo 1.060 para los restantes casos distintos del tutor, y así a los padres les será aplicable el artículo 1.060 del Código Civil y también al defensor judicial que se nombre cuando aquéllos tengan intereses contrapuestos con el hijo sometido a su patria potestad; que a lo sumo podría discutir si es aplicable el artículo 1.060 al defensor que se nombre cuando el conflicto de intereses se presente con el tutor, pero éste no es el caso a que se refiere este recurso;

Resultando que el Registrador de la Propiedad informó: Que el único caso en que el Código Civil habla de representación legal es en el artículo 162, cuando dice que «los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados», con las excepciones que enumera, y que, por tanto, del artículo citado se deduce que los padres que no ostenten la patria potestad por ser los hijos, por ejemplo, mayores incapacitados, no tienen la representación legal, siendo esto claro, ya que en este caso se organiza la tutela y los padres son llamados a tutores en segundo lugar, después del cónyuge que conviva con el incapacitado (art. 234 CC); que conforme a lo anterior cuando el Código Civil, en su artículo 163, establece que «siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados se nombrará a éstos un defensor judicial que los represente en juicio y fuera de él», y no dice que los represente legalmente en el sentido del artículo 162; que, por tanto, el artículo 1.060, en su redacción de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se está refiriendo a los no emancipados

del artículo 162, debiéndose la diferente redacción al haber cambiado en el Código Civil el criterio anterior de que la patria potestad la ejercerá primeramente el padre y, en su defecto, la madre, mientras que ahora se ejerce conjuntamente por ambos (art. 156 CC actual), que son los que tienen la representación legal; que a todo lo anterior haya que añadir que, conforme al artículo 271, número 4, del Código Civil, el tutor, además de autorización judicial, necesita que la partición realizada requiera autorización judicial, sin que se exceptúe el caso de que sean los padres los tutores nombrados; que el nuevo artículo 302 del Código Civil establece que el «defensor judicial tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez, al que deberá rendir cuentas de su gestión una vez realizada», pareciendo claro que el Juez ha de aprobar la gestión realizada; que de todo lo anterior resulta claro que el defensor judicial como el tutor no puede estimarse incluido en el artículo 1.060 del Código Civil, por: a) ser necesaria la intervención judicial, ya que tiene que intervenir para nombrar quién será el defensor judicial, y b) para comprobar si las atribuciones que le confirió han sido cumplidas, ya que tiene el defensor que rendir cuentas al Juez (art. 302 CC);

Resultando que el excelentísimo señor Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid estimó el recurso interpuesto por el Notario recurrente, y en base a los mismos argumentos expresados por éste revocó la nota del Registrador;

Resultando que el Registrador de la Propiedad se alzó del auto presidencial e interpuso recurso de apelación ante este Centro, insistiendo en los mismos argumentos del escrito de defensa.

Doctrina de la Dirección General.—Vistos los artículos 162, 163, 271, 4; 302 y 1.060 del Código Civil y la Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985;

Considerando que en este expediente se plantea la cuestión de si es necesaria la aprobación judicial de una partición hereditaria en la que los hijos menores se encuentran representados por el defensor judicial designado al existir contraposición de intereses con su padre;

Considerando que el artículo 1.060 del Código Civil establece que no será necesaria la aprobación judicial siempre que los menores estén legalmente representados, lo que supone una ampliación de su contenido respecto a la situación anterior a la Ley de Reforma de 13 de mayo de 1981, ya que hasta entonces el precepto se limitaba a enumerar exclusivamente a los padres del menor, mientras que ahora tiene lugar en todos los casos en que estén debidamente representados;

Considerando, en consecuencia, que al ostentar el defensor judicial el carácter de representante legal para la conclusión de un acto concreto (artículo 163 CC), es claro que en la partición en que intervenga representando al menor no debe seguir, como indica la Circular citada en los vistos, como presupuesto de eficacia la aprobación judicial, aparte de que no hubiese tenido razón de ser el modificar el artículo 1.060 del mencionado Cuerpo legal por la citada Ley de Reforma, si se hubiese querido mantener invariable su contenido; considerando que la posterior reforma de la materia de tutela por la Ley de 24 de octubre de 1983 no incide en lo anteriormente indicado, ya que la indudable antinomia que ahora se produce entre el artículo 271, 4, y 1.060 hay que referirla exclusivamente

al caso en que en la herencia se encuentra interesado un tutelado, pero no afecta al ámbito de representación del defensor judicial que actúa en nombre del menor,

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.

COMENTARIO.—Resuelve esta resolución un interesante problema que se planteó tras la reforma del artículo 1.060 del Código Civil por Ley de 13 de mayo de 1981, problema que se agudizó tras la reforma de los artículos reguladores de la tutela por Ley de 24 de octubre de 1983. El problema es bien simple, y lo plantea el primer considerando: ¿es necesaria la aprobación judicial de las particiones en que los menores (o incapacitados) son representados por el defensor judicial? Leyendo la resolución el supuesto y su solución parecen de una claridad absoluta: si establecemos un silogismo cuya premisa mayor sea que las particiones en que los menores estén legalmente representados no requieren aprobación judicial (considerando segundo) y la premisa menor que el defensor judicial es un representante legal (considerando tercero), no hace falta ser un experto en lógica aristotélica para sentar la conclusión: la partición en que intervenga el defensor judicial en representación del menor no requiere aprobación judicial.

La solución, sin embargo, no es tan simple como pueda parecer, entre otras razones, porque las premisas de que parte el silogismo enunciado son por lo menos discutibles. Que la solución es dudosa lo demuestra no sólo el hecho de que se haya planteado el recurso, sino también la diversidad de opiniones doctrinales vertidas, y la Circular de la Fiscalía del Estado citada en los vistos, sobre la que luego volveré.

Con anterioridad a la reforma de 1981, el antiguo artículo 1.060 del Código Civil (que disponía que cuando los menores de edad estén sometidos a la patria potestad, y representados en la partición por el padre, o en su caso la madre, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial) y su relación con el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya planteó alguna duda, que fueron resueltas por la jurisprudencia en el sentido de que la partición en que intervenía el tutor no requería tampoco la aprobación judicial (así, por ejemplo, las Resoluciones de 31 de mayo de 1911, 3 de mayo de 1946, etc.).

La Ley de 1981 modificó la redacción del artículo 1.060, que pasa a disponer que cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial, lo que de inmediato planteó la duda de si su redacción incluía al defensor judicial (en caso de menores sometidos a la patria potestad, art. 163 CC; el supuesto de que la tutela ha sido regulado por el artículo 271, 4, CC, como veremos). Resulta curioso resaltar cómo tras la reforma de 1981 la interpretación del artículo 1.060 parece evidente para los diferentes autores, tanto en uno como en otro sentido, aceptando una u otra postura, pero sin razonarla. Citaré como ejemplos: a favor de la no necesidad de aprobación judicial se manifestó ALBALADEJO (en su *Curso de Derecho civil*, vol. V: *Derecho de sucesiones*). LACRUZ BERDEJO y SANCHEO REBULLIDA, por el contrario, creen necesaria la aprobación judicial (*Elementos de Derecho civil*, vol V: *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1981, pág. 137), diciendo expresamente que si interviene el defensor judicial la partición requiere dicha aprobación, citando al respecto el artícu-

io 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y diversas sentencias del Tribunal Supremo, todas anteriores a 1981. Luis DÍEZ PICAZO y Antonio GULLÓN (*Sistemas de Derecho civil*, vol. IV, Madrid, 1983, págs. 727 y 728) no resuelven en ningún sentido, limitándose prácticamente a copiar el artículo, sin interpretarlo.

Todos estos eminentes tratadistas adoptan posturas contrapuestas, pero sin explicarlas. En este mismo sentido mi compañero FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ (*Boletín del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad*, número 172, octubre 1981, págs. 1036 y 1037) da igualmente por supuesto la no necesidad de aprobación judicial, entendiendo que el nuevo artículo 1.060 abarca indudablemente los tres casos de representación legítima, como son la de padres, tutores y defensor judicial, añadiendo que sólo respecto de este último puede hablarse de novedad (su opinión está expresada mucho antes de la reforma de la tutela de 1983, que como luego veremos varía el criterio para los tutores), planteando a continuación un supuesto de Derecho transitorio.

Otros autores sí han creído necesario fundamentar sus posturas. Veamos algún ejemplo en uno u otro sentido: el Notario Emilio CASASÚS HOMET (*Revista de Derecho Notarial*, 125-126, julio-diciembre 1984, págs. 371 a 378) se muestra rotundo al entender que no es necesaria la aprobación judicial, citando como argumentos fundamentales el ser el defensor judicial un auténtico «representante legal», y el hecho de ser su representación casuística, por lo que ya existe el previo control judicial, lo que hace innecesaria la posterior aprobación. Este mismo autor entiende que en el supuesto del defensor judicial del artículo 299 del Código Civil (sustituto del tutor), tampoco hace falta aprobación judicial, en base fundamentalmente al último de los argumentos expuestos (sobre este punto volveré luego). Tesis contraria «apunta» mi compañero REY PORTOLÉS (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 550, mayo-junio 1982, en sus llamados «Comentarios a vuelapluma de los artículos de Derecho sucesorio reformados por la Ley de 1981», págs. 582 y sigs., en nota a pie de página, en la que anuncia un futuro estudio del nuevo art. 1.060 CC, que conociendo su erudición es una pena que no haya aparecido aún). Este autor, sin excluir una respuesta afirmativa cuando realice dicho estudio, alega, sin embargo, como argumentos a favor de la no inclusión del defensor judicial en dicho artículo los siguientes: la duda de si es representación legal genuina la conferida para un negocio concreto y no para cuantos puedan afectar al menos a una determinada esfera (personal, patrimonial o ambas) del representado; la de si debe equipararse a los padres una persona que si normalmente será aquella a la que corresponde la tutela legítima, también puede ser otro pariente más lejano o un extraño; la de si debe ser de mejor condición un defensor judicial que, una vez nombrado, no estaría sujeto a control ulterior, que un tutor que sí precisa de autorización del Consejo de familia (antiguo art. 269, 7, y Resolución de 30 de octubre de 1943). Este argumento se ve hoy en día reforzado por el artículo 271, 4, del Código Civil, tras la reforma de 1983, como veremos. Y, finalmente, la de si realmente puede decirse que no es necesaria la «intervención» judicial (como dice el art. 1.060, que habla de intervención además de aprobación) en una partición donde para designar al defensor judicial ya ha debido producirse necesariamente (art. 163, 3, del Código Civil).

La cuestión, que, como digo, ya de por sí planteaba serios interrogantes, se «oscureció» aún más tras la reforma de la tutela por Ley de 24 de octubre de 1983, disponiendo el actual artículo 271, 4, que el tutor necesitará autorización judicial: ... para realizar la partición de la herencia o la división de la cosa común, las cuales, una vez practicadas, requerirán además la aprobación judicial. Es decir, que mientras que el artículo 1.060 excluye de la necesidad de aprobación judicial las particiones en las que los menores o incapaces estén legalmente representados (por tanto, también por el tutor), el artículo 271, 4, exige dicha aprobación para los tutores. Creo que no ofrece duda alguna que para el caso de particiones en que intervenga el tutor debe prevalecer el artículo 271, 4 (como precepto específico aplicable), y, por tanto, exigir la aprobación judicial. Pero ¿qué ocurre en el supuesto de que el tutor tenga intereses contrapuestos con su representado y se proceda a nombrar un defensor judicial, al amparo de los nuevos artículos 299 y siguientes del Código Civil? Como es sabido, estos preceptos crean la figura del defensor judicial para el supuesto de contraposición de intereses entre el incapacitado y el tutor. A dicho defensor judicial, ¿le será aplicable el artículo 1.060 (sin exigir, por tanto, la aprobación judicial de la partición en que intervenga) o el 271, 4 (exigiendo dicha aprobación)? Ya queda expuesto antes cómo CASASÚS HOMET entiende aplicable el artículo 1.060 a este supuesto. Solución contraria, sin embargo, sienta la Circular de la Fiscalía del Estado de 25 de abril de 1985, citada en los vistos.

Esta Circular fue dictada en consulta formulada por un Juzgado de Primera Instancia sobre necesidad o no de la aprobación judicial en una partición en que un heredero mayor de edad incapaz es representado por el defensor judicial, por incompatibilidad del tutor, hermano y coheredero del incapaz representado. Prescindiendo del examen que hace la Circular de la legislación anterior a 1981 y paso directamente a estudiar la solución que establece para los artículos hoy vigentes tras las reformas de 1981 y 1983. Distingue la Circular entre el defensor judicial que sustituye al padre (o madre) o al tutor. Para el primer supuesto adopta la misma solución que la resolución, estableciendo que en el actual artículo 1.060 basta para excluir la necesidad de la aprobación judicial con que los menores estén legalmente representados en la partición, y esta condición se cumple tanto si intervienen en ella los padres como el defensor judicial de menores.

Afirma a continuación que tampoco era necesaria dicha aprobación en caso de incapaces representados por el tutor antes de la reforma de 1983, pero hoy en día, a la vista de los artículos 271, 4, y 299 y siguientes, tras resaltar la antinomia entre los artículos 1.060 y 271, 4, entiende que la misma se manifiesta, pero contraída a los representantes legales del incapacitado, tutor y en su caso defensor judicial. En los demás casos de representación legal el artículo 1.060 producirá todos sus efectos. Así, las representaciones legales derivadas de la patria potestad, ya sea la de los padres o el defensor judicial, presentes en la partición, no precisan que ésta sea aprobada judicialmente, pero el tutor y EL DEFENSOR JUDICIAL están sujetos al requisito de la aprobación judicial para que la partición en la que hayan intervenido representando al incapacitado sea válida y eficaz. A continuación, la Circular añade, para fundamentar esta necesidad de aprobación judicial en caso de defensor judicial que susti-

tuya al tutor, que el ámbito de la representación del defensor judicial no puede separarse del contenido y límites de la representación legal del tutor; de una parte, porque aun cuando el artículo 302 establece que el defensor judicial tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez, éstas no podrán exceder de las que la Ley confiere al tutor, por lo que la necesidad de aprobación judicial es un acto imperativo, no dispensable; y de otra, porque en razón a su naturaleza el defensor se configura como sustituto provisional del tutor en la representación para actos determinados (arts. 221, 2; 229, 1, y 229, 2) o en general (arts. 249 y 256), y lógicamente sus facultades no pueden exceder de las del transitoriamente sustituido.

A la vista, por tanto, de la presente resolución y de la citada Circular, en la actualidad los artículos 1.060 y 271, 4, del Código Civil deben interpretarse en el sentido siguiente:

PARTICION EN QUE EL MENOR ES REPRESENTADO POR EL PADRE O MADRE O POR EL DEFENSOR JUDICIAL, por contraposición de intereses entre el menor y sus representantes: no requieren aprobación judicial (Circular y resolución).

PARTICION EN LA QUE EL INCAPACITADO ES REPRESENTADO POR EL TUTOR O DEFENSOR JUDICIAL que sustituya a aquél por contraposición de intereses: requieren aprobación judicial (Circular de la Fiscalía, que supongo será seguida por la Dirección General, si el supuesto llega a plantearse en recurso, ya que la actual resolución no resuelve expresamente en cuanto al supuesto del defensor judicial que sustituya al tutor).

Nos encontramos, pues, con el absurdo de que el defensor judicial necesitará o no de aprobación judicial según sustituya al padre (o madre) o al tutor; absurdo, digo, porque en principio no se alcanza a ver por qué esta discriminación para el caso de que sustituya al tutor, cuando el nombramiento obedece a las mismas razones (contraposición de intereses entre representado y representante), y se realiza por la autoridad judicial con iguales garantías, por lo que resulta ilógico que la solución posterior sea diferente.

Pero no acaban ahí los absurdos. En la actual regulación de la tutela, el padre o la madre pueden ser llamados a la tutela (art. 234, 2, CC). Es cierto que la institución de la patria potestad prorrogada (art. 171) hará muy remota esta posibilidad, pero de hecho puede darse en la realidad (basta, por ejemplo, que no se reúnan los requisitos que fija dicho artículo 171). Para el supuesto de que el padre o la madre sean llamados a la tutela y por contraposición de intereses con su hijo se nombre un defensor judicial, la partición en que intervenga dicho defensor, ¿requerirá o no la aprobación judicial, es decir, será aplicable el artículo 1.060 o el 271, 4, del Código Civil? Entiendo que con la interpretación dada por la citada Circular debe aplicarse este último precepto, y por lo tanto exigir la aprobación judicial, al nombrarse el defensor judicial por incompatibilidad del tutor, aunque éste sea el padre. Todas estas contradicciones ponen de relieve una vez más la falta de coordinación entre sucesivas reformas del Código Civil, que obliga a adoptar interpretaciones muy forzadas, que en muchos casos conducen a situaciones absurdas, como hemos visto.

Una observación final: en las particiones en que intervenga el defensor judicial, que no requieran aprobación judicial, habrá que examinar

con especial cuidado que dicho defensor no se extralimite en las facultades que se le hayan conferido, sin que en ningún caso pueda realizar actuaciones que excedan de la simple partición. En este sentido, CASASÚS HOMER (trab. cit., pág. 378) acertadamente concluye que lo que excediere del concepto pura y estrictamente particional, como por ejemplo adjudicaciones para pago de deudas, excesos de adjudicación abonados en dinero, etc., resultarán sujetas al requisito de la autorización judicial que el artículo 166 del Código Civil exige a los padres y el 271 a los tutores, y que debe lógicamente exigirse a quien, como el defensor judicial, les suple en la representación. Añade este autor que si al solicitar el nombramiento del defensor judicial se instara que el nombrado fuera facultado para tales actos, y el Juez le facultara para ello, resultaría innecesaria la ulterior aprobación judicial (salvo que el defensor sustituya al tutor, como establece la Circular examinada, en contra del parecer de este autor), siempre que las facultades se especifiquen lo suficiente como para delimitar claramente la esfera de actuación del defensor. Si tales facultades no se le han atribuido, concluye CASASÚS, habría que someter la partición o aprobación judicial, que cumpliría los mismos fines que las autorizaciones judiciales exigidas a padres o tutores. No obstante esta última aseveración me parece por lo menos dudosa, dado el carácter previo que tiene la autorización judicial.

M. C. M.

6. NO ES PRECISO DETERMINAR NORMAS SOBRE FUTURA RENOVACIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE HACE UNA RENOVACIÓN ÍNTEGRA DEL MISMO Y SE NOMBRAN LOS CONSEJEROS POR TIEMPO INDEFINIDO.

Resolución de 7 de abril de 1986 (B. O. del E. de 9 de mayo).

I. *Hechos*.—En escritura de 22 de enero de 1982, autorizada por el Notario don José María de Prada, se elevaron los acuerdos adoptados en Junta general extraordinaria por la sociedad «Tesfer, S. A.», de aceptar la dimisión del Consejo de administración y proceder a una nueva elección de todos sus cargos, siendo nombrado Presidente, don Roberto; Vicepresidente, don Jorge, y Secretario, don Andrés Yacobi Strasser, quienes aceptan el cargo, así como el de Consejeros-delegados. El Consejo de administración, en reunión de 14 de enero de 1985, acordó por unanimidad ratificar el nombramiento de los cargos antes indicados, y el 4 de febrero de 1985, ante el Notario de Madrid don Julián María Rubio de Villanueva, se elevaron a escritura pública los anteriores acuerdos de ratificación.

Presentada en el Registro Mercantil copia de la primera escritura, complementada con la segunda, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento, complementada por el otorgado en Madrid el día 4 de febrero de 1985 ante el Notario de la misma don Julián María Rubio de Villanueva, número 254

de protocolo, al no constar la exigencia fijada por el artículo 73, apartado primero, de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, sobre renovación parcial de los miembros del Consejo de administración. No se practica anotación preventiva por no haber sido solicitada. Málaga, 13 de noviembre de 1985.—El Registrador, Francisco Mesa Martín.»

El Notario interpone recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alega: El Registrador no discute la validez de los acuerdos tomados, ni los requisitos formales del documento, sino exclusivamente la falta de constancia expresa de la exigencia del artículo 73, 1, de la Ley de Sociedades Anónimas, y dicha constancia no es necesaria por las siguientes razones:

Primera.—El artículo 73 establece la forma de renovar el Consejo, lo que debe tenerse en cuenta, pero ello no implica que al hacer los nombramientos deba recogerse expresamente su cumplimiento.

Segunda.—Que no conoce el Notario ningún caso en que se haya exigido la referida constancia, por lo que la práctica profesional viene a demostrar que no se considera necesario.

Tercera.—Que es en los Estatutos sociales donde se ha de hacer constar la necesidad y la forma de llevar a cabo la renovación parcial del Consejo de administración, pero entiende que no es necesario recogerlo porque es una exigencia legal, y la Junta general, por su parte, además, puede hacerlo sin limitarse a lo establecido en los Estatutos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 de la misma Ley, dando cumplimiento por esta vía al artículo 73, sin entrar en si es necesario o no que conste en los Estatutos; en el caso presente, ni el Notario que autorizó la constitución de la sociedad ni el Registrador que la inscribió consideraron que en los Estatutos figurase que se exigiera la constancia de la forma de renovación en acto distinto de la constitución o modificación de los Estatutos, lo que significa que el Registrador actual califica *a posteriori* lo hecho por el Notario y Registrador anteriores, en contra del principio establecido en el artículo 1.º del Reglamento del Registro Mercantil, y este precepto veda al Registrador entrar a juzgar si los Estatutos están o no ajustados a Derecho, así como intentar *a posteriori* el que mediante una escritura se complete lo que considera un defecto de aquellos Estatutos.

El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación en todos sus extremos y expresó que el inciso segundo del artículo 73, 1, de la Ley es imperativo y la escritura calificada no señala plazo de renovación alguno de los Consejeros nombrados. Esta imperatividad se basa: en la conveniencia de que no quede sin Administradores una sociedad, y la de asegurar la unidad de gestión, y la propia Dirección General, en las Resoluciones de 9, 11 y 13 de junio de 1980, entre otras, exige siempre el requisito de la renovación parcial del Consejo. Por otra parte, el objeto de la calificación es la escritura de 22 de enero de 1982, y el funcionario calificador no discute la existencia de la compañía mercantil, que es un dato previo.

II. *Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 73 y 75 de la Ley de Sociedades Anónimas:

1. En este expediente hay que determinar si en una escritura de nombramiento de Consejeros, en la que se renueva íntegramente, el Consejo de administración al haber dimitido todos los anteriores miembros, constituye un obstáculo para la inscripción de los cargos nombrados el no haberse hecho constar expresamente lo ordenado en el artículo 73, 1, de la Ley sobre su renovación parcial.

2. La cuestión, tal como aparece planteada, según la documentación que se ha presentado —limitada únicamente al acto de nombramiento de Consejeros—, parece deducirse, de una parte, que tal nombramiento lo ha sido por tiempo indefinido, de acuerdo con los Estatutos sociales, por lo que la mención solicitada sería innecesaria, y de la otra, que no se ha contravenido ninguna norma de los mencionados Estatutos sobre el particular.

Esta Dirección General ha acordado revocar el acuerdo y la nota del Registrador.

III. COMENTARIO.—1. La renovación parcial del Consejo de administración se halla en el ojo de la tormentosa discusión sobre la «duración» de los Administradores de la sociedad anónima en Derecho español. Más abajo se expresan los principales datos del debate, y el avisado lector hará bien en agradecer la prontitud de la información y en beber directamente de las fuentes.

Las palabras de la Ley de Sociedades Anónimas no favorecen la convergencia, y sería erróneo pensar que la Babel bíblica necesitó de la diversidad de lenguas.

Cabe decir que el artículo 72 y el 73, párrafo 2, exigen un plazo al nombramiento, y que lo presupone el párrafo 1 del último al imponer la renovación parcial; cabe decir que el plazo se limita por el artículo 72 a los Administradores designados en el acto constitutivo y que la renovación parcial y la cooptación sólo operarán cuando se dé el supuesto de hecho, pero éste no se impone; cabe decir que el adverbio «indefinidamente» califica al verbo «reelegir» o también a la locución verbal «poder ser reelegidos», y que como adverbio de modo califica la forma en que «podrán ser reelegidos»; cabe decir «por plazo indefinido» —aquel que no tiene término determinado o conocido—; cabe decir «un número indefinido de veces»; cabe decir que lo indefinido es lo inacabable; cabe decir que tampoco las reelecciones son inacabables; cabe decir que, «sin embargo», da idea de contradicción, de adversación o de excepción, que reelección no se opone a designación y que a lo determinado sí se opone lo indefinido; cabe decir que la fundación simultánea no es acto, sino contrato; cabe, pues, decir, que sólo es «acto constitutivo» la Junta constituyente en la fundación sucesiva; cabe decir que, *a contrario sensu*, los Administradores no designados en el acto constitutivo podrán ejercer su cargo por un plazo mayor de cinco años, o sin sujeción a plazo, y no podrán, sin embargo, ser indefinidamente reelegidos, o no podrán, sin embargo, ser reelegidos, o podrán ser definitivamente reelegidos; cabe decir que la redacción definitiva de la Ley, en relación con el anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos, ha suprimido el plazo para los Administradores no nombrados en el acto constitutivo y a su compás se ha establecido la disposición transitoria novena; cabe decir que no hay

eliminación de plazo, sino de diferencias entre unos y otros Administradores; cabe decir que el silencio sobre los nombrados fuera del acto constitutivo obedece a la necesaria autoorganización (art. 11, *h*) bajo el principio de temporalidad.

Las palabras son de barro, como los hombres, moldeables por otras palabras a su vez moldeables por otras, en una borgiana sucesión de espejos «indefinidos».

Quizá la fórmula de representación proporcional en el Consejo sea el peso que desequilibre la balanza. Justo es reconocer que su protección ha sido precisamente la que ha llevado al Tribunal Supremo a prohibir los nombramientos por tiempo indefinido. Sin embargo, se ha dicho, el cauce resulta excesivo al fin pretendido.

La representación proporcional, en buena medida debido a su origen impostado, aparece como un elemento perturbador en la normativa de la sociedad anónima: modifica el fundamental principio de mayoría, condiciona el de libre revocación —obligada a la justa causa o configurada como derecho de veto de la persona en el puesto reservado del Consejo— y altera la cooptación en las vacantes ocasionales.

Tampoco parece que pueda configurarse como derecho irrenunciable, primero, porque no se dirige propiamente a garantizar a la minoría la buena marcha de la sociedad frente a posibles «manejos» de la mayoría, sino a repartir los puestos del Consejo entre los distintos grupos de poder, y además porque, establecido en proporción al número de Consejeros, queda a la discreción de la sociedad su plasmación práctica. En efecto, puede ser discutible su exclusión expresa por los fundadores en los Estatutos, pero nadie discute la obtención de este resultado por vía indirecta —bien mediante el nombramiento de Administrador único, bien mediante la fijación de un número reducido de Consejeros—. (Los remedios propuestos: Coadministrador judicial, aplicación de la fórmula en el supuesto de pluralidad de Administradores solidarios..., tienen difícil eco.)

El adquirente de acciones con este derecho cercenado no podrá quejarse; la publicidad registral le advierte la limitación que afecta al bien que adquiere. Los problemas resultan de la modificación del régimen de administración tendente a cercenar esa posibilidad; si existen acciones estampilladas —se ha ejercido anteriormente el derecho— podría pensarse en una aplicación analógica del párrafo 2 del artículo 85 de la Ley de Sociedades Anónimas, aunque no constituya propiamente modificación de Estatutos, acuerdo adoptado por la mayoría de estas acciones con los requisitos del artículo 84. Respecto de las acciones no estampilladas puede defenderse que no podrá adoptarse válidamente acuerdo si en la propia Junta se forma algún grupo con derecho a puesto en el Consejo; es dudoso que deba cumplirse el requisito de la previa comunicación, pues propiamente no se trata de nombramiento de Consejero, y del orden del día puede no verse con claridad la maniobra; ello con independencia del *quorum* necesario para la adopción del acuerdo, siendo muy discutible la fórmula estatutaria, consagrada por la Dirección, de disyuntivas o alternativas en los órganos de administración.

De todo ello debe seguirse la imposibilidad de que el llamado derecho de representación proporcional nos obligue a decantarnos por una u otra tesis en punto a la duración de los Administradores.

En definitiva, no creo que del articulado de la Ley de Sociedades Anó-

nimas resulte que la «temporalidad» sea una característica esencial a los Administradores en Derecho español. De hecho, aquélla se expresó en su origen como lo opuesto a lo vitalicio, incurriendo en la tautología de calificarlos de esencialmente revocables. Suma inútil de «esencialidades» cuando la propia naturaleza jurídica de la relación sociedad-Administrador es de difícil aprehensión.

El tema es, pues, en buena medida apriorístico, aunque la dificultad de conciliar los diferentes intereses en presencia explique las contradicciones y zigzagueos de la jurisprudencia.

La temporalidad, como duración predeterminada del cargo —a la que indudablemente está abocada la normativa española en trance de adaptarse a la comunitaria—, corresponde a un estadio avanzado de sociedad de marcado corte capitalista, en la que la «dirección» se articula como una organización profesional que goza de un verdadero derecho al plazo de ejercicio, de tal modo que la revocabilidad se halla restringida (justa causa, indemnización...) y los cambios de rumbo en la marcha de la sociedad se reservan al momento de la reelección.

La duración indefinida se ajusta más a sociedades de tipo familiar o de escaso capital y escasa organización técnica, en la que una o varias personas asumen con anuencia de los demás socios la gestión *sine die* de los asuntos sociales, de tal modo que opera como contrapeso la revocación *ad nutum*, libre y sin trabas.

Nuestra Dirección General se ha inclinado decididamente por esta última fórmula, alentada sin duda por el peso de las estadísticas —confiando quizá en que la próxima adaptación a la normativa comunitaria ajuste al mismo tiempo el modelo que hoy no sabe cumplir la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada—, y agobiada seguramente por la dificultad de dar una salida airosa al grave problema de la actuación de los Administradores caducados, que supone, según se ha escrito, «el fracaso total de la publicidad registral mercantil en su faceta más inexcusable: que el Registro publique en todo momento las personas que ostentan la representación de la sociedad», bajo el régimen de una legislación que carece de sanciones especiales para el incumplimiento de la obligación de la Junta general anual y que incluso se ha olvidado de incluir la renovación de los Administradores caducados y la confirmación de los nombrados por cooptación como cometidos obligados de la Junta general ordinaria anual.

El artículo 72, 1, de la Ley de Sociedades Anónimas se integra coherentemente en esta tesis, de modo que como dice la última de las resoluciones recogidas: «la renovación parcial del Consejo sólo cabe referirla a los supuestos en que se ha señalado un plazo de duración legal o estatutario, pero no en los casos de designación indefinida».

2. El recurso se muestra un tanto desmadejado.

En la relación de hechos falta algo tan esencial como la normativa de los Estatutos sobre la duración de los Administradores, e incluso puede pensarse que incomprensiblemente (art. 59 RRM) no han sido tenidos en cuenta cuando la Dirección se mueve en términos tan imprecisos: «según la documentación que se ha presentado —limitada únicamente al acto de nombramiento de Consejeros—, parece deducirse... que no se ha contravenido ninguna norma de los mencionados Estatutos sobre el particular».

En su nota el Registrador expresa que «no consta la exigencia fijada por el artículo 73, apartado 1, de la Ley de Sociedades Anónimas», si bien en su informe apunta que la escritura calificada «no señala plazo de renovación alguno de los Consejeros nombrados». El problema, en consecuencia, era doble: falta de plazo de nombramiento, falta de previsión de renovación.

El informe del Notario —o su transcripción en el *BOE*— resulta algo confuso, primero, porque no queda claro si entiende que la forma de renovación parcial debe figurar o no en los Estatutos (ni aun si figuraba en este caso), y segundo, porque parece encomendar a una obligada revocación (art. 75) el cumplimiento del precepto legal (art. 73), confundiendo renovación y reelección.

La Dirección resuelve la inscripción del documento, sin dar la razón ni a uno ni a otro, mediante un argumento nuevo al que lo único que puede reprocharse, según se ha dicho, es su ambigüedad: parece que el nombramiento lo ha sido por tiempo indefinido y que no ha contravenido ninguna norma de los Estatutos sobre el particular.

Los artículos 11, 3, *h*), de la Ley de Sociedades Anónimas y 102, *h*), del Reglamento del Registro Mercantil exigen que en los Estatutos se determine el «modo de proveer las vacantes» en el órgano de administración. Sin embargo, la propia Ley regula la provisión ordinaria —elección por la Junta (art. 71)— y extraordinaria —cooptación provisional por el Consejo (art. 73)—. De aquí que aunque autores nada desdeñables se inclinen por interpretar aquellos en el sentido de que la cooptación —ya que no el intocable principio de elección por la Junta— es materia regulable en los Estatutos, sin embargo, la mayoría se inclina a pensar que deben ser referidos al establecimiento de plazos y forma de renovación de los Consejeros.

La postura jurisprudencial al respecto no es tajante.

La Resolución de la Dirección General de 13 de abril de 1981 exige que se determinen los Administradores que han sido elegidos por el plazo máximo de cinco años, así como a quién le corresponde cesar a los tres (fórmula de renovación prevista en los Estatutos).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1981 establece que en caso de silencio en los Estatutos y en el nombramiento de los Administradores sobre el plazo de ejercicio se aplicará el artículo 72, 1, de la Ley de Sociedades Anónimas supletoriamente.

Las Resoluciones de la Dirección General de 24 y 26 de noviembre de 1981 entienden, en cambio, que el silencio de los Estatutos y de la escritura de constitución de la sociedad en cuanto a la duración del cargo de Administrador no autoriza a aplicar el plazo máximo del artículo 72, 1, de la Ley de Sociedades Anónimas. Y añade: «en el supuesto de limitación del plazo de actuación del Administrador tanto legal como estatutario, al ser obligada la renovación parcial del Consejo, según dispone el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas, habrá de prevenirse en los Estatutos la forma en que habrá de tener lugar».

Las Resoluciones de la Dirección General de 25 de febrero y 1 de marzo de 1983 vienen a admitir que el plazo (no sometidos al art. 72, 1, LSA) puede tanto ser fijado por los Estatutos como por acuerdo de la Junta.

La Resolución de la Dirección General de 16 de septiembre de 1983 afirma que establecida en Estatutos la forma de renovación parcial no

es forzosa la exacta determinación de los Consejeros que han de cesar en cada plazo, dejándose su cumplimiento concreto al momento en que proceda hacer los nuevos nombramientos.

La Resolución de la Dirección General de 23 de julio de 1984 establece: «dado que el artículo 22 de los Estatutos sociales únicamente establece que el plazo del cargo de Administrador tenga una duración de cinco años y no contiene ninguna norma sobre su renovación parcial, debería haber sido ésta fijada por la Junta para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas».

La Resolución de la Dirección General de 21 de mayo de 1986, después de manifestarse como arriba ha quedado expresado, admite que en el caso resuelto los fundadores, al amparo de lo establecido en el artículo 11, número 5, de la Ley han establecido los plazos y forma de renovación como pacto social de la escritura de constitución de la sociedad.

La constatación estatutaria del plazo y forma de renovación del Consejo de administración atribuye a éste un cierto orden y estabilidad al quedar sometida su alteración al artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas (aunque la exigencia de *quorum* calificado no creo sea la fórmula de salvaguardia de las «minorías» para el ejercicio del derecho de representación proporcional, que creo debe mejor encontrarse, según antes se ha dicho, en la protección de los grupos con derecho a puesto en el Consejo que en la Junta puedan formarse.) Sin embargo, puede parecer excesivo que la Junta, en trance de renovación del Consejo y de una fijación de plazo más acorde con sus intereses, se vea obligada a reunir el *quorum* necesario para la modificación de estatutos (no hay que olvidar —aunque obviamente no sea lo mismo cesar que elegir— que la renovación de los Administradores no necesita figurar en el orden del día cuando proceda como consecuencia de la censura de cuentas.)

En todo caso, me atrevo a decir que unos Estatutos que se limitaran a transcribir el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas (posibilidad de nombramiento por tiempo indefinido, en la interpretación de la Dirección) no encontrarían demasiados obstáculos para su inscripción, y desde luego éstos no prosperarían a la vista de las decisiones jurisprudenciales reseñadas; de modo que la fórmula de la renovación parcial quedaría a la Junta que realizara un nombramiento por tiempo determinado.

En conclusión, creo que la postura más acorde con el parecer de la Dirección es que el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas viene a prohibir la simultaneidad en la caducidad de los nombramientos de los Consejeros, lo que no ocurre en los realizados por tiempo indefinido, por lo que en el caso de quedar sometidos a plazo por imperativo legal o estatutario, o por decisión de la propia Junta, dicho plazo no puede ser idéntico para todos los nombrados, y en el caso de que de momento no se quieran determinar las concretas personas que hayan de cesar en cada período deberá expresarse la forma de renovación parcial.

(Inciso final y ruego: En el caso de que el número de Administradores sea impar, no utilizar la fórmula de que «la mitad cesará. .», a pesar de la analogía que pueda guardar con el «mitad más uno» del art. 78 LSA. Confiar a la Junta que ha de renovar a la mitad de los Consejeros la enojosa determinación de si debe cesar uno más o uno menos contradice el elemental principio de que las cosas se deben hacer bien)

DOCTRINA.—Además de los manuales al uso, pueden verse:

BROSETA PONT: «La necesaria reforma del Consejo de administración español ante la sociedad anónima europea», en *Estudios homenaje a Federico de Castro*. Madrid, 1976, I, pág. 837.

CÁMARA: Además de sus *Estudios de Derecho mercantil*, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1978», en *RDM*, número 152, abril-junio 1979, pág. 275.

CANO FERNÁNDEZ: «El artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas», en *RCDI*, núm. 531, marzo-abril 1979; «Comentario a la Resolución de la Dirección General de 9 de junio de 1980», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 160, septiembre 1980, y «Los Estatutos de la sociedad anónima. Sus problemas más frecuentes», en el mismo *Boletín*.

CARID FOSSAS: «La designación de Administradores en la escritura de constitución», en *R. J. de Cataluña*, 1976, pág. 439.

CORTÉS DOMÍNGUEZ: «La temporalidad del cargo de Administrador en la sociedad anónima», en *RDM*, núms. 153-154, julio-diciembre 1979, página 411.

CARRETERO, Tirso: «Comentarios a la Resolución de la Dirección General de 24 de mayo de 1974», en *RCDI*, núm. 504, 1974, pág. 1143.

CASTILLO TAMARIT: «Reflexiones sobre la admisibilidad de nombramiento de Administradores de una sociedad anónima por tiempo indefinido», en *RCDI*, núm. 545, julio-agosto 1981, pág. 963.

CRISTÓBAL MONTES: «La administración de la sociedad anónima y sus problemas actuales», en *ADC*, julio-septiembre 1976.

DURÁN CORSANEGO: «La renovación del Administrador de la sociedad anónima en la doctrina de la Dirección General», en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*.

GARRIGUES-URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*.

IRIARTE CALVO: «Administradores nombrados al constituirse la sociedad», en *RDN*, núm. 101, enero-marzo 1981.

LANZAS GALVACHE: «Comentarios a diversos artículos de la Ley de Sociedades Anónimas (art. 72) y de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 205, octubre 1984.

MENÉNDEZ: «Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima», en *Estudios en homenaje a Uría*, 1978.

MÍNGUEZ SANZ: «Comentarios a la Resolución de la Dirección General de 13 de julio de 1984», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1985.

DE LA MOTTA MONREAL: Ponencia presentada al Congreso de Derecho Notarial celebrado en Valencia, por referencia, no publicada.

SENÉN DE LA FUENTE: «La protección de las minorías y la administración de la sociedad anónima», en *RDM*, 1953, pág. 33.

JURISPRUDENCIA.—*Sentencias del Tribunal Supremo* (han sido tomadas de los antedichos trabajos doctrinales): 31 diciembre 1930, 28 junio 1934, 3 mayo 1956, 31 mayo 1957, 20 abril 1960, 23 febrero y 20 noviembre 1967, 31 enero, 29 septiembre y 29 noviembre 1969, 22 febrero 1970, 30 abril 1971, 22 octubre 1974, 10 junio 1978 y 30 junio 1981.

Resoluciones de la Dirección General: 26 febrero 1953; 18 abril 1958; 24 junio 1968; 8 junio y 16 noviembre 1972; 13 marzo y 24 y 30 mayo 1974; 12 mayo 1978; 18 junio 1979; 9, 11 y 13 junio 1980; 13 abril, 15 septiembre y 24 y 26 noviembre 1981; 25 febrero, 1 marzo y 16 septiembre 1983; 13 y 23 julio 1984, y 7 abril (comentada) y 21 mayo 1986.

F. C. B.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI,
RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

DERECHOS REALES

DIVISION DE COSA COMUN. VENTA EN PUBLICA SUBASTA. CONCEPTO DE INDIVISIBILIDAD. Artículos 396, 401, párrafo 2, y 404 del Código Civil (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 18 de esta capital, conforme a las siguientes consideraciones:

Que, por el contrario, son de acoger los motivos segundo y tercero, ambos formulados al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y respectivamente fundamentados en aplicación indebida de la Ley de Propiedad Horizontal de fecha 21 de julio de 1960, así como los artículos 396 y 401, párrafo segundo, del Código Civil, en su vigente redacción establecida por la citada Ley, y violación del párrafo primero del artículo 401 y artículo 404 del Código Civil, en cuanto determinan que los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerlo resulte inservible y los condueños no conviniere en que se adjudique a uno de ellos, indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio, porque basada la sentencia recurrida, como expresamente se pone de manifiesto, en el tercero de sus considerandos, «en atención a los informes técnicos obrantes en autos» (folios 37 y 86 a 89), se trata de un aspecto de hecho que es lo a considerar por haber quedado incólume en casación; y revelando claramente esos dictámenes periciales que para llevar a cabo entre demandante y demandados la división del inmueble de que se trata en los dos locales independientes se precisaría, dada la poca embocadura del local, dar dos accesos indepen-

dientes determinante de dificultad que podía ser solucionada de varias maneras, bien creando un zaguán para ganar espacio de acceso, adelantando el portal de uno de los locales, etc., con un coste diferente, cuya valoración concreta estaría en función de los diferentes presupuestos, siendo lógicamente unos de mayor coste que otros, apreciación siempre subjetiva que surge cuando el resultado obtenido en función de unos planteamientos previos se han efectuado sin superar los presupuestos económicos, así como que la partición presentada con idéntico reparto superficial desmerece, no estimándose suficiente para llevar a cabo las obras precisas la cantidad presupuestada de 95.000 pesetas, pues a ella habría que añadir los repasos de pintura y pavimento que afectarían a todas las plantas, partidas de instalación eléctrica y de fontanería con sus correspondientes acometidas, contadores, ayudas de albañilería, etc., ya que al dividir los locales tendrían que funcionar con líneas independientes, a lo que habría que sumar el beneficio industrial, honorarios facultativos, tasas, etc., conduce a la apreciación de que se dan las circunstancias precisas para viabilizar la pretensión formulada mediante la demanda inicial de venta en pública subasta de la casa número 5 de la calle Fuente del Berro, de Madrid; hoy número 7, con subsiguiente reparto del precio que se obtenga por mitad entre demandante y demandados, ahora, respectivamente, recurrente y recurridos, por darse las circunstancias de hecho y jurídico de esencial indivisibilidad de dicha cosa común que determinan la precisión de tal solución, ya que si, como tiene declarado esta Sala, las apreciaciones sobre la divisibilidad o indivisibilidad en tal aspecto no es en realidad un hecho, sino un concepto valorativo deducible de unos hechos (Sentencia de 11 de junio de 1976), dependiendo la consideración de esa circunstancia no sólo de indivisibilidad real, sino también en el de indivisibilidad jurídica, configurada ésta bien por resultar inservible la cosa para el uso a que se destina (Sentencia de 25 de noviembre de 1932), bien su anormal desmerecimiento si se produce la división (Sentencia de 17 de marzo de 1921), ora la originación de un gasto considerable a los partícipes (Sentencia de 14 de junio de 1895), esa manifestación de indivisibilidad jurídica se produce en el supuesto ahora contemplado, desde el momento que la característica del inmueble en cuestión, incrementada por haber venido siendo destinado todo él, en proyección unitaria, a bar-restaurante, requiere, para una división entre los copartícipes, la realización de obras que, además de costosas para los partícipes, producirían desmerecimiento; todo lo cual significa que no se da la situación y característica de susceptibilidad de aprovechamiento independiente con salida propia, ni las características de no resultado inservible a que aluden los artículos 396 y 401 del Código Civil como causa impeditiva de la venta pública solicitada que como módulo extintivo de la comunidad de bienes ampara el artículo 400 del mencionado Cuerpo legal sustantivo, ante la falta de convenio de los condueños a que se adjudique el precitado inmueble a uno de ellos mediante la oportuna indemnización a los demás.

COMENTARIO.—Aborda esta sentencia —que se mueve en la misma línea de la de 11 de junio de 1976, recogida en esta *Revista*, núm. 526, páginas 550-551— la cuestión de cuándo una finca es divisible o indivisible a los efectos de los artículos 401 y 404 del Código Civil. El concepto de

indivisible —y su contrario— puede considerarse desde diversos puntos de vista, que, fundamentalmente, se pueden reducir a tres: físico, jurídico y económico.

El punto de vista físico se fija en el aspecto real de la cosa o bien que se pretende dividir, es decir, atiende a la realidad física o material.

El punto de vista económico atiende a que la cosa o el bien no sufra una notable minusvaloración o desmerezca mucho por la división material, equiparando a este desmerecimiento el que para efectuar tal división material haya que efectuar unos gastos u obras desproporcionados.

El punto de vista jurídico atiende a que el procedimiento sea el adecuado conforme a la naturaleza jurídica del bien objeto de la división; de modo que no sería susceptible de tal división material una vivienda o local que formase parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal si la división no era consentida por todos los copropietarios, por afectar al edificio en su conjunto, o es preciso establecer servidumbres sobre bienes de terceras personas que no las consienten.

De estos tres criterios, el Tribunal Supremo rechaza, con acierto, el primero, para recoger, combinándolos, los otros dos, al desechar el que llama aspecto real, para fijarse en el denominado aspecto valorativo.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ELEMENTOS COMUNES.—CUOTAS (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1985).

Declara que los sótanos de un inmueble pueden ser elemento común o privativo, según resulte de la escritura de división horizontal o del acuerdo unánime de los propietarios del inmueble. Y que cuando las cuotas asignadas a los demás pisos y locales del inmueble descritos como fincas independientes suman cien centésimas, los sótanos, no descritos como tales fincas independientes en el título constitutivo de la propiedad horizontal, han de reputarse elementos comunes, aunque no se diga que son accesorios de las viviendas o locales. Carácter de elemento común que puede ser objeto de cambio por voluntad de los interesados, siempre que se manifieste en Junta de propietarios y adoptando el acuerdo por unanimidad.

F. C. L.

RETRACTO DE COMUNEROS.—CONTRATO DE ASISTENCIA Y PENSIÓN ALIMENTICIA (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandante y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, que había confirmado sustancialmente la

del Juzgado de Primera Instancia de Mahón, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que, sin embargo, lo que el desarrollo del motivo propone a esta Sala no es propiamente un error de hecho, sino otra interpretación divergente de la de la Audiencia, del contrato de 12 de enero de 1980, objeto de la escritura de esa fecha que se aduce como documento auténtico, pues, en efecto, se razona en el desarrollo de este motivo que la Audiencia reputa el mismo *intuitu personae*, siendo que las prestaciones a que la cesionaria queda obligada «no merecen nunca la calificación de personalísimas» y «son posibles de realizar mediante un simple desembolso económico, sin movilizar para nada la cuestión personal o afectiva» a tal punto que se cuida en el contrato de estipular que las prestaciones comprometidas han de entenderse «sin alcance de prestación directa y personal no voluntaria por parte de la cesionaria», enfatizando en que «todas las conductas se reconducen al mero deber de sufragar los servicios relacionados, a los que, por cierto, incluso se les pone tasa, pues convienen en 70.000 pesetas mensuales, valor, se dice, de la pensión a satisfacer»; concluyendo este motivo que en modo alguno se pactó allí «prestación personalísima»; motivo este cuarto que debe ser desestimado por cuanto lo que propone el mismo no es un error de hecho, sino un tema de interpretación, y quizá mejor de calificación del contrato de 12 de enero de 1980, planteando propiamente el punto de si un contrato del contenido que ofrece la escritura pública de esa fecha constituye la «compra o dación en pago» que forma parte del supuesto de hecho del artículo 1.521 del Código Civil, por ser el necesario antecedente del derecho de retracto legal de comuneros ejercitado en el juicio de que el recurso dimana, siendo éstos aspectos propios del número primero del artículo 1.692, y no del séptimo, por lo cual debieron traerse a la consideración de esta Sala por el dicho cauce del número primero y aduciendo la infracción, por el concepto que correspondiera, de los preceptos atinentes a la interpretación de los contratos o al régimen del estipulado.

Que los tres primeros motivos bien pueden estudiarse conjuntamente, pues, si bien se mira, todos ellos propugnan, desde puntos de vista relativamente distinguibles, afirmar la equivalencia entre el contrato de 12 de enero de 1980 y la «compra o dación en pago», «enajenación» o «venta» que vitaliza el ejercicio de la acción de retracto de comuneros, arguyéndose a ese designio, en el motivo primero, la errónea interpretación del párrafo primero del artículo 1.522, «al estimarse que el contrato de renta vitalicia no entra en dicho precepto», siendo que habla de «enajenación» de la cosa común a un extraño, citando diversas sentencias, efectuando citas doctrinales y concluyendo que si debe «descartarse del marco de aplicación del artículo 1.522, por la propia naturaleza de la relación, la contratación a título gratuito, no parece que lo mismo deba ocurrir con el contrato de renta vitalicia que tiene carácter oneroso»; siguiendo el motivo segundo argumentando, en la misma línea, que constituye interpretación errónea del artículo 1.521 el referirlo únicamente a los contratos conmutativos, cuales son la compra y la dación en pago, excluyendo los aleatorios, puesto que este artículo 1.521 ha de relacionarse con el 1.522, en que se habla más ampliamente de «enajenación», sin distinguir entre la conmutativa y la aleatoria, siendo que «no es la aleatoriedad, en términos generales y absolutos, sino el carácter infungible o personalísimo

de la contraprestación lo que debe excluir a determinado negocio jurídico del retracto»; citándose finalmente en el motivo tercero la doctrina de esta Sala en su Sentencia de 9 de diciembre de 1964, para predicar su inaplicabilidad al presente caso por referirse dicha sentencia a otro precepto que los artículos 1.521 y 1.522 del Código Civil, pues se trataba en ella de un retracto arrendaticio regulado en el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; de suerte que, en suma, todo el recurso se reduce y contrae al punto de si el contrato de 12 de enero de 1980 constituye o no el supuesto de la «compra o dación en pago» del artículo 1.521 o de la «enajenación» del 1.522 del Código Civil.

Que para encarar esa cuestión a que se reduce el recurso, forzoso se hace recordar las cláusulas del tan repetido contrato de 12 de enero de 1980, en el cual la cesión de la mitad indivisa de las cinco fincas de las cuales es copropietario el demandante y recurrente la efectúa su hermana, la demandada C. O. B., a la cesionaria demandada y recurrida su prima M. B. C., mediante una contraprestación a cargo de ésta y en beneficio de aquélla, definida en las siguientes cláusulas: «Segunda: La contraprestación de la cesión que se efectúa en la cláusula anterior consistirá en el conjunto de prestaciones siguientes que la cesionaria viene obligada a satisfacer a la cedente tanto en salud como en enfermedad: prestación alimenticia, en el amplio sentido previsto en el Código Civil, o sea alimentación, vestido y asistencia médica; prestación médica, o sea los servicios a cargo de facultativos que fueran precisos según los casos y la de los medicamentos que el tratamiento médico supusiere; internamiento en clínica o casa de salud o residencia, de acuerdo con la condición y hábitos de la pensionista, así como al nivel o grado de confortabilidad en que habitualmente ha vivido. En general, toda la atención que precise la cedente en orden a su vida y salud y dentro del nivel de vida que le es propio»; precisándose en la escritura, luego de enunciadas las prestaciones asumidas por la cesionaria, que «las prestaciones que anteceden se realizarán por la cesionaria atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso en relación con la cedente, suponiendo para la primera el deber de proporcionar y sufragar los servicios, alimentos, cuidados, medicamentos y asistencias que sean precisas, atendiendo al grado de salud o enfermedad de la cedente, sin alcance de prestación directa y personal no voluntaria por parte de la cesionaria»; y es «atendiendo a las circunstancias de presente y al alcance que las prestaciones deben comprender en este momento» que «se valora la pensión a satisfacer en la suma de 70.000 pesetas mensuales», previniéndose que «esto no obstante, esta cuantía será objeto de revisión a petición de la cedente y puesta al día según justifique sus necesidades y el aumento de los costos o de las prestaciones a percibir», instaurándose la intervención del Obispo de Mahón por parte de la cedente y de otra persona a designar mediante acta notarial por parte de la cesionaria para efectuar cada revisión que proceda y siguiendo finalmente una cláusula tercera en la que el caso de incumplimiento con el efecto resolutorio que le es propio y con devolución de las fincas a la cedente sin obligación por su parte de reembolso alguno por razón de las pensiones ya percibidas, se habrá de apreciar por el mismo Obispo de Mahón y por el Decano del Colegio de Abogados de Baleares en el concepto de arbitradores.

Que las cláusulas recordadas denotan que el contrato litigioso ofrece una indudable y por ello incuestionada nota de aleatorio, manifestada

en que si de parte de la cedente la prestación consistió en la transmisión del dominio de la mitad indivisa de las cinco fincas, la contraprestación de la cesionaria significada en el conjunto de las alimenticias en sentido lato, asistencia médica y hospitalaria y «en general» cuantas atenciones «precise la cedente en orden a su vida y salud y dentro del nivel de vida que le es propio», por durante el resto de la vida de la dicha cedente, aproximan lo convenido al esquema del contrato de renta vitalicia de los artículos 1.802 a 1.808, debiendo desenvolverse en tracto temporal, y es por ello que se prevea que, no obstante valorarse el conjunto de dichas prestaciones en una cantidad alzada de 70.000 pesetas mensuales, pero «esta cuantía será objeto de revisión a petición de la cedente y puesta al día», dándose intervención a ese designio a dos personas, el Obispo de Mahón y otra a designar por la cesionaria, siendo esta nota la que ciertamente inclina a rechazar la tesis del recurso, que no es otra, según se comprobó ampliamente, que la de equivaler dicho contrato al de compra o a la dación en pago, pues siquiera conlleve la transmisión del dominio de las fincas y, por lo tanto, la posición del cedente sea la misma en las tres figuras: compraventa, dación en pago y contrato del contenido del contemplado en el juicio, pero no puede predicarse la misma sustancial identidad desde el lado del cesionario, pues constituyen contraprestaciones ciertamente reluctantes a su homologación entre sí, la de pagar un precio cierto en dinero o signo que lo represente (en lo que las obligaciones del comprador consisten esencialmente, supuesto al que es reconducible la dación en pago) y el desenvolvimiento, a lo largo de la vida de la cedente, de un conjunto de prestaciones que, aun vertidas al pago de cantidades de dinero efectivo, ya que se excluye paladinamente en cuanto a la forma la «prestación directa y personal no voluntaria por parte de la cesionaria», autorizada o facultada (tampoco compelida) para proporcionar todas las prestaciones bajo la forma de pago de dinero por su coste actualizado y adaptado a «la condición y hábitos de la pensionista, así como al nivel o grado de confortabilidad en que habitualmente ha vivido» y «atendiendo al grado de salud o enfermedad de la cedente», con todo, aun así objetivadas la prestación o el conjunto de las prestaciones y transmutadas en el simple pago de cantidades, se aleja la contraprestación así concebida de los rasgos de certeza y tracto único contemplados por el legislador al admitir y regular el régimen de los retractos legales de comuneros y colindantes.

Que la conclusión lograda se inscribe en una línea jurisprudencial que, con algunas vacilaciones (significadas por las Sentencias de 9 de marzo de 1893, que admitió el retracto en caso de cesión del suelo para plantar viñas, y de 11 de junio de 1902, en el de censo reservativo), reputa los derechos de tanteo y retracto legales, limitaciones a modo de cargas de Derecho público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general, no constituyendo desmembraciones del dominio sobre el cual actúan, ya que ni el dueño afectado podrá inventariar las limitaciones que aquellos derechos suponen, ni el favorecido podrá incluirlas como valores patrimoniales en su activo (Sentencia de 17 de diciembre de 1955); cargas que, a calidad de tales y por envolver una limitación del derecho de propiedad en pugna con la libertad de contratación, han de ser aplicadas con criterio restrictivo: Sentencias de 9 y 13 de julio de 1903, 17 de mayo de 1907, 12 de octubre de 1912, 9 de

enero de 1913, 7 de julio de 1915, 1 de febrero de 1927, 5 de junio de 1929, 17 de febrero de 1954, 9 de julio de 1958, 11 y 12 de febrero, 3 de julio y 7 de noviembre de 1959 y otras muchas; y de ahí que las de 16 y 23 de mayo de 1960 hayan negado la posibilidad del retracto en supuesto de permuta; la de 12 de junio de 1964, en el de aportación de un inmueble a una sociedad anónima hecha por un socio fundador en la escritura de constitución, y, más próximamente al caso de autos, la ya citada de 9 de diciembre de 1964, en el de renta vitalicia, razonando al respecto y luego de insistir en el criterio limitativo que preside la materia y que obliga a rechazar «todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se basen concretamente en una compraventa y en su único equivalente de la adjudicación en pago de deudas», que la renta vitalicia no autoriza el retracto, pues su «naturaleza no es precisamente la de compraventa ni la de dación en pago, ya que están diferenciadas en que los (contratos) aleatorios entre los que se incluyen los de renta vitalicia, el equivalente de lo que una de las partes ha de dar o hacer no está bien determinado, circunstancia ésta que no concurren en los segundos, que como conmutativos que son queda perfectamente determinado dicho equivalente desde el momento mismo de su celebración».

NOTA.—Resulta de esta sentencia que el retracto de comuneros no procede en el contrato de pensión alimenticia y de asistencia médica, análogo o semejante al de renta vitalicia, pues la nota de aleatoriedad —prescindiendo del carácter personalísimo o no y valorable en dinero que puedan tener las contraprestaciones del cesionario, impiden su asimilación a la compraventa y a la dación o adjudicación en pago de deudas a los efectos de ejercitar el derecho de retracto, que, por otra parte, es de interpretación restrictiva.

F. C. L.

BIENES DE DOMINIO PUBLICO.—ZONA MARITIMO-TERRESTRE.—ACCION REIVINDICATORIA.—EDIFICACION DE BUENA FE (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos de casación por infracción de ley interpuestos por ambas partes litigantes, la representación del Estado y los causahabientes de los herederos del primitivo concesionario, contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, que había confirmado en parte y en parte revocado la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pontevedra, conforme a las siguientes consideraciones:

Que las actuaciones de las que trae causa el presente recurso se iniciaron con la demanda interpuesta por la representación del Estado en 1979, cuyo objeto era la reivindicación de una parcela de terreno de unos 845 metros cuadrados, enclavada dentro de la zona marítimo-terrestre de la ría de Vigo, en el sitio de «Playa del Señal», del término de Cangas de

Morrazo, siendo origen de la actual situación dos concesiones administrativas, otorgadas por las Ordenes Ministeriales de 5 y 21 de junio de 1907, en favor, respectivamente, de los señores M. O. y B. C., en las que de modo expreso se autorizaba para construir una fábrica de conserva y salazón de pescado, ocupando el referido terreno, figurando entre las condiciones de la concesión una en la que se determinaba que el otorgamiento era «a título precario», sin plazo limitado, salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero, quedando sujeta a lo que prescribe el artículo 5.º de la Ley de Puertos; la construcción autorizada se llevó a cabo, sin constancia de su fecha, en forma de «edificio de planta baja de hormigón, cubierto de uralita, dedicado a la fabricación de conservas». Tampoco hay constancia de las vicisitudes posteriores en la andadura de las concesiones hasta el 18 de junio de 1952, en que, por escritura pública, las cuatro hermanas P. G. constituyen una SRC denominada «Hijos de A. P.», a la que aportan, entre otros bienes, la citada fábrica, que alegan haber recibido por herencia de su difunto padre, que se valora en 17.950 pesetas, siendo inmatriculada en el Registro de la Propiedad a través del procedimiento del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, de la que, también por escritura pública, una de las hermanas vende su parte a las otras tres, las cuales, el 10 de abril de 1968, asimismo mediante escritura notarialmente autorizada, vendieron la totalidad de las participaciones a los señores V. y A., quienes transformaron la sociedad anterior en la actual «Comercial Marisquera de Galicia, S. L.», contra la que se interpuso la demanda de reivindicación que, con la base fáctica transcrita, se apoyó jurídicamente en el deslinde aprobado por la Orden Ministerial de 21 de junio de 1974, que incluye la discutida parcela, en la zona marítimo-terrestre de la ría de Vigo, por no haberse alterado la situación surgida en 1907, cuando se otorgaron las concesiones; pretensión que obtuvo solución dispar en la instancia, pues la sentencia de primer grado la desestimó íntegramente, siendo en cambio acogida en parte por la que ahora se recurre, pues reconociendo el carácter de bien de dominio público del terreno discutido, hace depender su devolución de la opción consiguiente a la aplicación de la norma contenida en el artículo 361 del Código Civil, contra la que se alzan los dos recursos separadamente interpuestos por las respectivas partes litigantes.

Que el primero de los recursos, es decir, el que lo es en nombre y representación del Estado, dedica su primer motivo, amparado en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, a denunciar error de Derecho en la apreciación de la prueba, en que se sostiene incurrió el juzgador, con violación del 1.218 del Código Civil, que no puede ser acogido, pues lo que la sentencia recurrida hace es sencillamente aceptar, en este punto, lo alegado inicialmente en la demanda (hecho tercero), en cuanto al origen remoto de la situación actualmente discutida, que pone en las referidas concesiones administrativas de 1907, no aceptando el punto de partida de la demandada, que quiere arrancar de la aportación efectuada a la entidad social «Hijos de A. P.», que, como también se dijo, tuvo lugar con la escritura pública de 18 de junio de 1952 —en relación con la cual se hace la denuncia—, lo que se negó por la representación del Estado en la instancia y se continúa negando ahora en este trámite, haciendo incomprensible y contradictorio el alegato, máxime cuando lo impugnado no es sino el resultado de la apreciación probatoria, en con-

xión con las dos posturas debatidas, que nunca puede pretenderse, por quien lo formula, que sea errónea a los efectos de la casación, pues, caso de serlo, privaría de toda base argumental, justo a la tesis sostenida por el recurso.

Que partiendo de esta base inicial, la sentencia recurrida hace aplicación de la reiterada doctrina legal al respecto, recogida, entre otras muchas, en las Sentencias de 26 de abril de 1969, 3 de junio de 1974, 7 de mayo de 1975, 23 de abril de 1976, 19 de diciembre de 1977 y 23 de junio de 1981, en el sentido de que los terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre se califican como *bienes de dominio público*, correspondiendo al particular que se oponga a la pretensión reivindicatoria del Estado probar los hechos obstativos a la misma o, en su caso, los derechos que sobre ellos aduzcan; oposición obstativa del particular que sólo puede prosperar si acredita la desafectación de los bienes por *acto de soberanía*, su cambio de destino, que su enajenación fue autorizada o que han pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1880; para lo cual no puede bastar la simple inscripción registral, pues *están fuera del comercio*, son *inalienables e imprescriptibles*, llevando en su peculiar destino la propia garantía de inatacabilidad e inmunidad, por lo que los derechos que pueden reputarse legalmente adquiridos no son los que provienen de una inscripción registral o de una posesión más o menos dilatada, sino que precisan de un acto de soberanía que produzca su entrada en el comercio de los hombres, mediante la desafección o el cambio de destino, momento a partir del cual dejan de pertenecer al dominio público. Doctrina que, lejos de ser infringida, aparece recogida, como se ha dicho, por la sentencia recurrida, al proclamar el carácter de bien de dominio público de la parcela de terreno discutida, careciendo de sentido el motivo segundo de este primer recurso, donde por el cauce del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento se alega violación de la misma y de los artículos 339, 1, del Código Civil y del 132, 1, de la Constitución política de 1978, de los que aquella es simple consecuencia interpretativa, siendo obligada la desestimación del motivo que viene a sostener lo mismo que dice impugnar; como igualmente lo es la de los quinto y sexto, en los que con igual amparo procesal, y también por el concepto de violación, se consideran infringidos el párrafo primero del 1.281 y el párrafo segundo del 348 del Código Civil y aplicación indebida del 57 de la Ley de Puertos de 1928, con lo que se involucra indebidamente el llamado «carácter *administrativo, no civil*, del derecho que adquiere el concesionario, ineficaz para enervar la reivindicación estatal, ejercitable sólo por vía administrativa», pues se olvida que no fue ésta la vía utilizada, sino la civil, y que dentro de ella no se niega ni discute —forzoso es repetirlo— la propiedad del Estado sobre el terreno, ni el ejercicio de la acción reivindicatoria que expresamente se reconocen; pero con igual reconocimiento del derecho de propiedad del particular, asimismo amparado por las leyes, incluida por supuesto la Constitución (artículo 33, 3), surgido no de un acto unilateral y arbitrario, sino como consecuencia de la autorización concedida por la Administración, y del que no puede privarle, salvo que se considere necesario y, sobre todo, previa la correspondiente indemnización.

Que el reconocimiento del indicado derecho del particular concesionario, con la cobertura genérica referida, tiene su fundamento concreto en el artículo 361 del Código Civil, a cuyo tenor «el *dueño del terreno* en que

se edificare... *de buena fe* tendrá derecho a hacer suya la obra . previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 o a obligar al que fabricó... a pagarle el precio del terreno...»; precepto debidamente aplicado por la sentencia recurrida, habida cuenta la vía civil utilizada que afecta al Estado no sólo en cuanto a la acción y sus consecuencias, sino también por lo que respecta a las circunstancias que delimitan su actuación, en su condición de dueño del terreno, que consiguientemente habrá de utilizar la opción que la Ley le concede, entre quedarse con la fábrica pagando la indemnización correspondiente con el consiguiente derecho de retención del artículo 453, u obligar al que la hizo a que pague el precio del terreno, sin que sea cuestionable la buena fe, a causa de la concesión que llevaba consigo la autorización expresa para efectuar la construcción. Pronunciamiento que ha quedado incólume en casación, pues el recurso interpuesto por la representación del Estado, *sin ni siquiera mencionar el artículo 361*, se limita, en los motivos tercero y cuarto, utilizando la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, a denunciar, respectivamente, violación del 437, junto con la doctrina legal que cita, y aplicación indebida de los 453 y 454, todos del Código; lo que implica un planteamiento equivocado, que conduce a su desestimación, porque está referido sólo a la posesión, sosteniendo que, en este caso, no podía aplicarse al terreno discutido al no ser «apropiable», confundiendo la susceptibilidad de ejercitar «de hecho» la posesión y el concepto o «título» con el que se efectúa e insistiendo en que se trata de un simple precario o detentación, conceptos que aquí no intervienen para nada, como consecuencia de la concesión, atributiva de aquel *hecho posesorio* indiscutible y del significado del artículo 361, donde no se valora la clase de posesión, índice de *estar o tener*, sino la *acción de edificar*, por lo que tampoco interviene el factor de la buena fe, como simple «estado de conocimiento», característico de los derechos reales (ignorancia o creencia de los arts. 433 y 1.950 del Código), aplicado en los artículos 453 y 454, no obstante la remisión que a ellos hace el 361, pues se refiere solamente a uno de los supuestos de la opción y se reduce a la forma de determinar la indemnización, no al trasplante íntegro de los conceptos que aquéllos contienen.

Que el segundo de los recursos, que es el que se interpone en nombre de la entidad «Comercial Marisquera de Galicia, S. L.» —demandada en su día—, debe ser igualmente desestimado, pues ninguno de los tres motivos de que consta, amparados en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento y con la misma denuncia de violación, es susceptible de ser acogido. En efecto, no se refieren a la construcción que se efectuó sobre el terreno discutido, sin duda por entender que su propiedad vendría a ser una simple consecuencia dominical por aplicación de la regla general adquisitiva del artículo 350 del Código, aceptando en todo caso la solución de la sentencia recurrida. Y lo único que cuestionan es la propiedad del indicado terreno, que es justo lo incuestionable, en virtud de cuanto queda expuesto anteriormente; así, en el motivo primero se dice violado el párrafo segundo del artículo 348, relativo a la acción reivindicatoria, sosteniendo que debió declararse la nulidad del título en que se amparaba la posesión, sin tener en cuenta que la sentencia recurrida proclama la titularidad dominical del Estado, con base en la inalienabilidad, sin la previa y necesaria desafectación, lo que conlleva la nulidad de las adquisiciones que se hayan efectuado indebidamente y,

como consecuencia, la de las inscripciones registrales efectuadas a partir del procedimiento del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, porque a virtud de lo dispuesto en el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario, no tienen el carácter indispensable de inscribibles, lo que impide el funcionamiento del sistema del artículo 34 de la propia Ley Hipotecaria, que no puede considerarse violado, como se sostiene en el motivo segundo; del mismo modo que el señalado carácter de inalienable e imprescriptible de la titularidad de los bienes a que pertenece la parcela, sin haber mediado la imprescindible autorización para transmitir, es un obstáculo insalvable que no permite aplicar el régimen de la adquisición prescriptiva del artículo 1.957, que tampoco puede afirmarse que se violó, como se pretende en el motivo tercero.

F. C. L.

BIENES DE DOMINIO PUBLICO. — ZONA MARITIMO-TERRESTRE. — ACCION REIVINDICATORIA. — EDIFICACION DE BUENA FE (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos de casación por infracción de ley interpuestos por ambas partes litigantes, la representación del Estado y los causahabientes de los primitivos concesionarios, contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, que en parte había confirmado y en parte revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pontevedra, conforme a las siguientes consideraciones:

Que promovida por el Abogado del Estado ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pontevedra demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra A. y R. I. P., sobre acción reivindicatoria y otros extremos, con fecha 7 de abril de 1983 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña en la que, revocando la dictada por el referido Juzgado el 14 de abril de 1980, se estimaba en parte la demanda, sentencia contra la que ambas partes interpusieron sendos recursos de casación y en la que se sientan, entre otros, los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: A) Que en el presente caso está acreditado que la parcela que reivindica el Estado, perfectamente identificada, está enclavada dentro de la zona marítimo-terrestre, tanto en el año 1907, en que fueron hechas las concesiones de que trae origen, como según deslinde de dicha zona realizado por Orden Ministerial de 21 de junio de 1974, y, por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 339, número 1, del Código Civil, y de las Leyes de Puertos de 7 de mayo de 1880 y 19 de enero de 1928, y 1.º de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, dicha parcela debe calificarse como bien de dominio público, título suficiente para reivindicar. B) Que la devolución al Estado de las fincas reivindicadas, pese a ser éstas de dominio público, no es procedente, porque sobre las mismas existen construcciones que han de considerarse realizadas de buena fe, pues las concesiones de 1907 de que traen origen fueron hechas para construir una fábrica de conservas y salazones, ocupando terrenos de domi-

nio público, y por ello es de aplicación el artículo 361 del Código Civil, que concede al dueño del terreno, en este caso el Estado, una opción para hacer suya la obra, previa la indemnización estipulada en los artículos 453 y 454, u obligar al que fabrica a fijar el precio del terreno.

Que el primero de los motivos del recurso formulado por el Abogado del Estado, que habrá de ser el de preferente estudio por haber sido interpuesto con anterioridad al de la otra parte, denuncia «error de Derecho en la apreciación de la prueba, con violación de los artículos 1.218, párrafos 1 y 2, y 1.225 del Código Civil», alegándose por el recurrente, como hechos erróneamente apreciados, los de que la posesión de los bienes reivindicados tiene su origen en una concesión administrativa de 1907 hecha sin plazo limitado y que no consta que haya sido caducada ni se ha autorizado o no su transmisión a los actuales poseedores o puede ser autorizada actualmente, motivo éste que habrá de ser desestimado, toda vez que el Abogado del Estado, en el hecho tercero de su demanda originadora de las presentes actuaciones, reconoce que las parcelas de autos tienen su origen en dos concesiones administrativas otorgadas por las Ordenes Ministeriales de 5 y 21 de junio de 1907, razones todas ellas por las que procede rechazar este primer motivo.

Que tampoco habrá de prosperar el motivo segundo, que denuncia infracción por violación del artículo 339, número 1, del Código Civil, doctrina legal que cita, y del artículo 132, número 1, de la Constitución, toda vez que en el primero de los considerandos de la resolución recurrida se acepta, con cita expresa de las sentencias que se dicen violadas, la doctrina de que los terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre se califican como bienes de dominio público, pudiendo, en cualquier caso, ser reivindicados por el Estado, a no ser que el particular que se oponga a ello acredite su desafectación por un acto de soberanía o que su alienabilidad ha sido autorizada, no pudiendo fundarse los hechos anteriores en la simple inscripción registral, por hallarse fuera del comercio de los hombres, por lo que, al aceptarse tal doctrina en la resolución que se recurre, debe decaer el motivo segundo, en que, contrariamente, se denuncia su violación.

Que tampoco son de estimar los motivos tercero y cuarto, formulados al amparo del ordinal primero del artículo 1.692, y que denuncian, respectivamente, infracción por violación del artículo 437 del Código Civil y doctrina legal concordante, contenido en las sentencias del Tribunal Supremo que en el mismo se citan, y aplicación indebida de los artículos 453 y 454 del Código Civil, toda vez que, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 11 de junio de 1985, dictada en un supuesto similar al que nos ocupa, «el recurso formulado por la representación del Estado, sin ni siquiera mencionar el artículo 361, se limita, en los motivos tercero y cuarto, utilizando la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a denunciar, respectivamente, violación del artículo 437, junto con la doctrina legal que cita y aplicación indebida de los artículos 453 y 454, todos del Código, planteamiento equivocado, que conduce a su desestimación, porque está referido sólo a la posesión, sosteniendo que, en este caso, no podría ser aplicable al terreno discutido, al no ser apropiable, confundiendo la susceptibilidad de ejercitar de hecho la posesión y el concepto o título con el que se efectúa e insistiendo en que se trata de un simple precario o detentación, conceptos.

que aquí no intervienen para nada, como consecuencia de la concesión, atributiva de aquel hecho posesorio indiscutible y del significado del artículo 361, donde no se valora la clase de posesión, índice de citar o de tener, sino la acción de edificar, por lo que tampoco interviene el factor de la buena fe como simple estado de conocimiento, característico de los derechos reales (ignorancia o creencia de los arts. 433 y 1.950 del Código), aplicado en los artículos 453 y 454, no obstante la remisión que a ellos hace el 361, pues se refiere solamente a uno de los supuestos de la opción y se reduce a la forma de determinar la indemnización, no al trasplante íntegro de los conceptos que aquéllos contienen», doctrina ésta cuya aplicación al caso de autos debe ocasionar el perecimiento de los motivos tercero y cuarto, ya que no parece en modo alguno justo que, en el caso que nos ocupa, habida cuenta que la concesión del tercero fue hecha para la construcción de una fábrica de salazones, una vez verificada ésta, y sin que conste ni que haya transcurrido el tiempo por el que se verificó la concesión administrativa —que fue hecha por tiempo indefinido—, ni que los concesionarios hayan incumplido las condiciones de la concesión, pueda operarse una reversión del terreno con inclusión de las edificaciones en favor del Estado, sin abonarse por éste una indemnización del valor de lo edificado, o contrariamente, y en aplicación del precepto del artículo 361, sin facultar a los que realizaren la construcción que ha de entenderse realizada, no sólo de buena fe, sino para llevar a cabo la finalidad contemplada en la concesión administrativa, a hacer suyo el terreno, previo abono de su precio al Estado; razones todas ellas por las que procede la desestimación de estos motivos tercero y cuarto.

Que, finalmente, deben también parecer los motivos quinto y sexto, por violación el primero de ellos del artículo 1.281 del Código Civil y aplicación indebida del artículo 57 de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1981 (*sic*), y por violación del artículo 348 del Código Civil, respectivamente, en lo que se refiere al motivo quinto, porque la aplicación del artículo 57 de la Ley de Puertos de 1928 y no la de 1981, como se dice en el motivo, no constituye sino un mero *obiter dictum* de la resolución recurrida, que no influye directamente en el fallo y, por tanto, no puede ser objeto de recurso, y en cuanto al sexto, porque la resolución recurrida, al hacer la declaración de que los terrenos de autos son de dominio público, respeta el precepto del artículo 348 del Código Civil, que no debe entenderse violado, por lo que deben decaer también estos dos motivos.

Que por lo que se refiere al primero de los motivos del recurso promovido por A. y R. I. P., amparado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por violación del artículo 609 del Código Civil, y en el que se alega que los recurrentes adquirieron la propiedad de las parcelas cuestionadas en virtud de escritura pública, inscribiendo su dominio en el Registro de la Propiedad, ha de tenerse en cuenta una reiterada doctrina de esta Sala mantenida, entre otras, en Sentencias de 3 de junio de 1974, 7 de mayo de 1975, 25 de abril de 1976, 19 de diciembre de 1977, 23 de junio de 1981 y 15 de septiembre de 1984, en la que se viene a establecer: a) Que los terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre se califican como bienes de dominio público, correspondiendo al particular que se oponga a la pretensión del Estado de reivindicarlos probar los hechos contrarios a la misma o, en su caso, los derechos que sobre los mismos aduzcan; b) que

la pretensión obstativa del particular sólo puede prosperar si se demuestra que la desafectación de los bienes o de su alienabilidad ha sido autorizada o que el terreno ha pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1980; c) que el particular que se oponga a los efectos y consecuencias que determina que los terrenos enclavados en tal zona pertenecen al dominio público debe probar inexcusablemente bien su cambio de destino, bien su desafectación por un cambio de soberanía; y d) que estos hechos optativos no se pueden fundar en la simple inscripción registral de la finca, pues tales bienes están fuera del comercio de los hombres, son inalienables e imprescriptibles y llevan en su peculiar destino la propia garantía de inalterabilidad e inmunidad; razones todas ellas por las que procede la desestimación de este primer motivo.

Que la doctrina anteriormente expuesta conlleva igualmente la desestimación del segundo motivo del recurso, interpuesto por los señores I. P., fundado en la infracción por violación del párrafo segundo del artículo 248 del Código Civil, y en el que se alega que no se puede promover la acción reivindicatoria sin declarar previamente la nulidad del título que asiste al poseedor del bien reclamado, no sólo por cuanto acabamos de exponer en el anterior considerando, sino también porque, como más atrás se hizo constar, la concesión administrativa de los terrenos de auto se hizo en su día a título de precario, por lo que ningún título de propiedad podía asistir ni a los concesionarios iniciales ni a quienes traigan causa de los mismos, debiendo, en su consecuencia, decaer este segundo motivo.

F. C. L.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

EL ACTA LEVANTADA DA FE DE LAS PERCEPCIONES DEL NOTARIO (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—El acta levantada da fe de las percepciones sensoriales del Notario, cuyas observaciones de hecho no pueden ser ignoradas (Sentencia de 16 de mayo de 1983), al captar directamente los pormenores fácticos que el fedatario narra *de visu et audita suis sensibus*, y fue ya enseñanza del Derecho histórico que «toda carta que sea fecha por mano de escrivano publico, vale para probar lo que en ella dixere» (Ley 114, título XVIII, Partida tercera).

PREFERENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL SOBRE LA EXTRA CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—La culpa extracontractual se diferencia de la contractual en que aquélla presupone un daño con independencia de

cualquier relación jurídica antecedente entre las partes fuera del deber genérico y común a todos los hombres del *alterum non laedere*, mientras que la segunda presupone una relación preexistente que ordinariamente es un contrato, y de ahí su calificativo, pero que puede ser una relación enmarcada en el ámbito de los servicios municipales por virtud de la cual cierta entidad tenía a su cargo la conservación y reparación del alcantarillado de una población a cambio de la percepción de una suma periódica o una situación de propiedad horizontal; cabiendo listar entre esas relaciones de que fluye responsabilidad *lato sensu* contractual las relaciones de vecindad contempladas en el artículo 586 del Código Civil, en el cual se impone al propietario de un edificio el construir los tejados o cubiertas de modo que viertan sobre su propio suelo o sobre terreno público, ordenamiento del cual se sigue la responsabilidad correlativa a su incumplimiento sin necesidad de apelar al artículo 1.902, pues en general, como dice la Sentencia de 3 de octubre de 1968, cualquier relación jurídica que conceda un medio específico para su resarcimiento será de preferente aplicación respecto de la responsabilidad extracontractual. Si son netamente diferenciables los regímenes de la responsabilidad de uno u otro origen, es de preferente aplicación *inter partes* la contractual.

LA ILICITUD DE LA CAUSA SOLO PRODUCE EFECTOS EN QUIEN LA ORIGINA (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—El consentimiento supone una voluntad concorde de los intervinientes en el contrato, o sea un acto humano que del interior (motivación, deliberación y decisión) aflore al exterior, «se manifieste», como dice el artículo 1.262 del Código Civil, produciéndose, al aunarse con otra voluntad ajena, el concurso de la oferta y la aceptación; y de otra parte, debido a que si la esencia del contrato con causa torpe es la de que la causa del mismo, sin ser constitutiva de delito o falta, es, sin embargo, ilícita o inmoral, lógicamente ha de proyectar sus efectos con limitación a quien la origina, pero no con extensión a quien sufre el perjuicio.

SOLO PUEDE RECURRIR UNA RESOLUCION JUDICIAL EL AGRAVIADO POR ELLA (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Es constante doctrina de esta Sala (Sentencias, entre otras, de 5 y 10 de noviembre de 1983) que la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien ocupe la posición de parte agraviada o a quien, siendo tercero, quede alcanzado por los efectos de la cosa juzgada, por lo cual es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir y tampoco viene permitido a un litigante invocar el perjuicio causado a otro por la decisión de que se trate; teniendo declarado esta Sala que ese presupuesto subjetivo, con su obligada consecuencia de que las acciones procesales y los recursos derivados de ellas solamente se otorgan

para defender derechos e intereses propios por norma general, denota que sólo la parte a quien resulte desfavorable la resolución judicial puede, como perjudicado o agraviado por ella, acudir a los medios de impugnación que el ordenamiento concede para que se revoque o reforme, y entre ellos, destacadamente, al recurso de casación.

PARA LA RESOLUCION DEL NEGOCIO BASTA CON QUE SE PRODUZCA EL INCUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—El motivo inicial del recurso alega que no ha existido verdadero y propio incumplimiento reprochable a la compradora, que llegó a satisfacer parte del precio y no lo hizo de la totalidad «por la fuerte crisis económica del sector naviero»; impugnación improsperable, porque para llegar a aquel resultado de la resolución negocial basta con que se produzca el hecho del incumplimiento obstaculizador del fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la otra parte, que se ve privada de alcanzar el fin perseguido con el vínculo negocial, sin que sea menester indagar que concurre un específico elemento volitivo dirigido a vulnerar la obligación asumida, sino que basta la incuestionable realidad de un incumplimiento sustancial no provocado por el acreedor, que lógicamente revela una actitud de menosprecio a lo convenido.

La resolución del contrato sinalagmático por incumplimiento tiende a cancelar desde un principio los efectos de lo convenido, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el pacto no se hubiera celebrado, efecto que opera *ex tunc* y que lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, lo que significa que la relación se extingue como si nunca hubiese tenido existencia, sin perjuicio, claro es, del respeto a los derechos de terceros adquirentes de buena fe.

POR REGLA GENERAL, EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL GENERA «PER SE» UN PERJUICIO (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto, como esta Sala tiene proclamado con reiteración, que el simple incumplimiento contractual de suyo no genera la obligación de indemnizar, por cuanto ello implica el resarcimiento de un daño o perjuicio sufrido y no obtener la ventaja que el cumplimiento hubiera reportado, conforme ya dijeron las Sentencias de 9 de mayo y 27 de junio de 1984, por regla general el incumplimiento, cuando así se declara, es generante *per se* de un daño, un perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que las contravenciones de los contratantes no tienen ninguna repercusión, sin que, por otra parte, puedan equipararse los supuestos en los que hay una ausencia total de prueba respecto a la realidad de los daños

y perjuicios y aquellos otros en los que la falta o ausencia de elementos de convicción afectan no a la existencia de los daños, que se deducen del simple incumplimiento, sino a su cuantía.

NUESTRA LEGISLACION NO RECOGE LA SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Nuestra legislación sustantiva civil, apartándose de los antecedentes patrios, no recoge la suspensión de la prescripción, y aunque no en el Código Civil, en otros Cuerpos legales quedan vestigios de esos antecedentes (por ejemplo, en el Código Penal, al regular la prescripción de los delitos, artículo 114, párrafo 2, a diferencia de la prescripción de las penas, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular la caducidad de la instancia, artículo 412); en cambio, algunas legislaciones extranjeras sí regulan la suspensión de la prescripción (así, los Códigos Civiles de Francia, Austria, Alemania, suizo de obligaciones, e Italia); sin embargo, en nuestro Código Civil se consideran casos de «interrupción» los que en esas legislaciones se reconocen como de «suspensión» de la prescripción; concepto que solamente se aplica en el ordenamiento español cuando la ley de forma expresa se refiere a ella mandando que el plazo se «reanude» y no que «comience a correr de nuevo»; y dentro de esta regla general de interrupción y no de suspensión se ha declarado por esta Sala (Sentencia de 26 de abril de 1969) que la demanda, una vez presentada, interrumpe la prescripción, aunque no se haya celebrado acto de conciliación previo.

NO ES ACTO GRATUITO LA FIANZA MERCANTIL PRESTADA POR EL MARIDO (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—El recurso alega indebida aplicación y violación de los artículos 1.408, número 1, y 1.413 del Código Civil, en su texto derogado; la jurisprudencia recaída en la aplicación de tales preceptos no dejó de proclamar la superioridad del marido en la dirección de la economía familiar, así como la improcedencia de partir de cualquier sospecha de fraude para los derechos de la mujer, y más en concreto entendió después de la innovación legislativa de 24 de abril de 1958 que no es acto gratuito, a los efectos del régimen de gananciales, el aval o fianza mercantil prestada por el marido con motivo de una póliza de crédito suscrita por una compañía de la que era socio, pues se derivaban beneficios para el matrimonio a cuyas cargas atendían los rendimientos de la sociedad.

ALCANCE DEL PACTO DE EXCLUSIVA (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—La cláusula de exclusiva, bien agregada a un contrato o ya existiendo de modo autónomo, supone una obligación de no hacer, respecto del tipo de prestación objeto del convenio, que puede ser significativo de la obligación de no realizar en favor de otros una prestación para el acreedor, o en la obligación de no recibir de otros una prestación semejante que se refleja en favor del deudor en un mayor valor de su actividad (acaparamiento del mercado), bien de ambas obligaciones, en todo caso dentro de límites de tiempo y frecuentemente también de espacio, tratándose en consecuencia de un límite en la libre actividad, impuesto a favor de quien recibe, o en favor de quien hace la prestación, o la de ambos.

Siendo el pacto de exclusiva una mera obligación de no hacer que impone la necesidad de una conducta de omisión, determina que para reconocerla incumplida por el que la haya cedido se requiere la acreditación de una conducta positiva por su parte.

LA INTERPRETACION LITERAL SOLO SERA POSIBLE CUANDO EXISTA ARMONIA ENTRE LAS PALABRAS Y SU SIGNIFICADO FINAL. EL AVAL NO SIEMPRE HA DE SER CONSIDERADO COMO PRIVATIVO DEL CONTRATO DE CAMBIO (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Si ciertamente el párrafo primero del artículo 1.281 manda estar al sentido literal de las cláusulas de un contrato, ello sólo será posible cuando, según el mismo párrafo, sus términos sean claros y sin sombra de duda o cuando exista verdadera armonía entre las palabras y su significado final y racional con el contexto, con su estructura finalista, de tal modo que ello haga inútil o redundante la búsqueda de su sentido, porque del propio texto no resulte ningún indicio de duda o ambigüedad (*verba simpliciter*), hasta el punto de aconsejar al Juez de abstenerse de más indagaciones (*quum in verbis nulla ambiguitas est...*), es decir, cuando no haya posibilidad de discordia entre la voluntad y su expresión, normalmente escrita.

Ya la Sentencia de esta Sala de 11 de julio de 1983, haciéndose eco de las modernas orientaciones de la doctrina y práctica legal, ha precisado que no siempre el aval ha de ser considerado como afianzamiento privativo del contrato de cambio, sino en un sentido más amplio, como contrato de garantía del cumplimiento de otros contratos, en virtud del cual una o varias personas se comprometen a cumplir una obligación ya existente o que se cree en ese momento, como una especie de garantía personal, con pacto o no de solidaridad.

ES NULO EL PACTO QUE ESTABLECE UN SOBREPRECIO EN VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Reiterada jurisprudencia de esta Sala viene proclamando en orden a la interpretación del alcance de las normas prohibitivas de percepción de sobreprecio en la enajenación de viviendas de protección oficial a que se refiere el artículo 29 del Texto refundido de la Ley de 24 de julio de 1963 y 112 de su Reglamento, que tales normas tienen un carácter imperativo e inderogable por la voluntad de los particulares, hasta el punto que su contravención por los intervinientes en un negocio jurídico de compraventa de una vivienda del aludido carácter determina la nulidad del pacto por el que se señaló un precio superior al fijado en la cédula de calificación definitiva de la vivienda en cuestión, siendo de denotar también al respecto, como igualmente ha sancionado la jurisprudencia de esta Sala, el carácter social de la legislación sobre viviendas de protección oficial, que concede a los que voluntariamente se acogen a la misma importantes beneficios, beneficios que si bien en el período de la construcción favorecen directamente a los promotores de la edificación, una vez terminada y enajenadas por éstos, llevan en sí aparejadas una serie de exenciones de carácter fiscal que operando ya a favor de sus adquirentes hacen altamente compensatorias las limitaciones en el precio de su enajenación que la normativa legal impone, y sin olvidar que todo ello tiene como finalidad primordial el que los económicamente débiles puedan adquirir su propia vivienda.

Asimismo, y como expresan también las citadas sentencias, la contravención de las normas que fijan el precio de enajenación de una vivienda de protección oficial no determina la nulidad o invalidez total de la convención en que el pacto se inserta y si únicamente la parcial del particular por el que se fijó un precio superior al normado, al haberse admitido, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia de esta Sala, la posibilidad de coexistencia en un mismo contrato de pactos válidos y pactos nulos.

EN LOS SUPUESTOS DE DELITO EL PLAZO DE PRESCRIPCION SERA EL DE LA ACCION PENAL (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que en aquellas hipótesis en que los hechos ilícitos derivados de culpa o negligencia no sean constitutivos de delito el plazo de prescripción de la acción para exigir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios es la anual señalada en el artículo 1.968, 2, del Código Civil, plazo de prescripción que empieza a correr desde el día que pudo ejercitarse, y también es cierto que una vez transcurrido dicho plazo y extinguida la acción no puede revivir por el impropio ejercicio de una acción penal tendente a perseguir en dicha vía acciones u omisiones no delictivas, en cuanto con independencia de la inocuidad del proceso por falta de hecho perseguible, ello sería dejar al capricho de la parte el renacimiento de lo que ya pereció por la continuada inactividad de su titular, sin embargo, en supuestos de ilícito penal, como quiera que de todo delito o falta nace acción de dicha na-

turalidad para el castigo del culpable, y también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización del perjuicio causado por el hecho punible, acción civil que debe entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, salvo renuncia o reserva, es claro que en los referidos supuestos de delito, en los que el plazo de prescripción de la acción penal es por lo menos de cinco años, la acción civil que le acompañe para obtener la indemnización de daños y perjuicios no puede tener una duración inferior, so pena de hacer inviable la finalidad reparadora del proceso.

ALTERNATIVAS A LA EXIGENCIA DE UNA VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—La exigencia por esta Sala de casación de la prueba de una voluntad deliberadamente rebelde en el comprador para dar lugar a la resolución de la venta no ha sido señalada de un modo exclusivo, sino que algunas veces la ha colocado como alternativa de la ejecución por parte del comprador de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento, y en otras lo decisivo en todo caso es que quede acreditado una verdadera omisión de su prestación por parte del comprador, incumplimiento que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir la prestación principal; para determinar ese incumplimiento no han de entrar en el conjunto valorativo del comportamiento de cada contratante las simples obligaciones accesorias o complementarias que no fueron elevadas por las partes a presupuesto esencial de sus respectivas declaraciones de voluntad.

La determinación de quién dejó de cumplir lo estipulado y que ha de aceptar las consecuencias de ese incumplimiento es cuestión que, por ser de hecho, corresponde sea determinada por el juzgador de instancia.

LA EQUIDAD SOLO PUEDE SERVIR DE FUNDAMENTO A UNA RESOLUCION JUDICIAL CUANDO LA LEY EXPRESAMENTE LO PERMITE (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1985).

Hechos.—Doña Esther, afiliada a una Mutua privada de asistencia médica, por indicación del facultativo correspondiente, tuvo que ser hospitalizada, permaneciendo largo tiempo en cuidados intensivos. Una vez dada de alta, la factura del hospital ascendía a millón y medio de pesetas. Como nadie las pagaba, el hospital demanda a la Mutua y a doña Esther. El Supremo absuelve a la compañía y condena a la paciente a ser ella quien abone la factura.

Doctrina de la sentencia.—Si las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos, y si en el contrato de asistencia médica

que vincula a las partes no se comprenden las citadas atenciones intensivas, es claro que de la prestación de los mismos por tercera personas, en este caso el hospital actor, no pueden derivar obligaciones para quienes no asumieron tales cuidados, sin que pueda argumentarse para imponerlos a los que no venían sujetos a los mismos razones de equidad o de amor al prójimo, en cuanto la equidad que debe ponderarse en la aplicación de las normas sólo puede servir de fundamento exclusivo a una resolución judicial cuando la Ley expresamente lo permita (art. 3.º, 2, del Código Civil), supuesto que no es el de la litis, en el que las reciprocas prestaciones de las partes son las que se deducen del vínculo contractual entre ellas existente, sin que puedan aumentarse unilateralmente las de una de ellas sin romper, contra toda equidad, el equilibrio económico tenido en cuenta en el momento de contratar; y sin que las razones de amor a los demás, principio moral que debe informar las relaciones sociales, opere en el campo de las relaciones jurídicas, agravando en perjuicio de una de las partes y en beneficio de la otra las obligaciones asumidas y, en definitiva, rompiendo el vínculo de reciprocidad.

J. Q. S.

PRESCRIPCION: INTERRUPCION POR ACTO DE CONCILIACION NO SEGUIDO DE DEMANDA DENTRO DEL PLAZO DE DOS MESES (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—El día 4 de julio de 1978 tuvo lugar un incendio que afectó a un almacén de útiles de pesca y armamento de buques pesqueros, propiedad de la actora, y al taller de carpintería contiguo, propiedad del demandado. El 26 de marzo de 1979 se celebró acto de conciliación sin avenencia, y dentro de los dos meses siguientes no se presentó escrito de demanda, sino que posteriormente, el 10 de julio del mismo año 1979, fue cuando ésta se promovió por la demandante.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda, por estimar la excepción de prescripción.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso. Ponente: don Jaime Santos Briz.

Doctrina de la Sala.—El Supremo declara que el criterio de la Audiencia y del Juzgado fueron desacertados, por no tener en cuenta la reiterada doctrina de la propia Sala seguida en Sentencias de 17 de abril de 1980, 14 de junio de 1982, 29 de septiembre y 9 de diciembre de 1983 y 2 y 22 de septiembre de 1984, según la cual hay que entender que interrumpe la prescripción extintiva la papeleta de conciliación, a pesar de que el acto sin avenencia no venga seguido de la demanda dentro del plazo de dos meses. Criterio esencialmente fundamentado en no juzgar aplicable a la dicha prescripción extintiva la norma del artículo 1.947, dictado únicamente para la usucapión o prescripción adquisitiva, cuya finalidad es antitética del objetivo de la extintiva, y no considerar esta norma aplicable por analogía a la prescripción de acciones cuando para ella expresamente se declara en el artículo 1.973 que la interrumpe la re-

clamación extrajudicial, a la que sin duda hay que equiparar la que tiene lugar a través de acto de conciliación, aunque la demanda no se presente dentro de los dos meses siguientes, y estimando, por consiguiente, que esta regulación sustantiva civil es de preferente aplicación al criterio opuesto que podría deducirse de una aplicación aislada del artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que será contraria al no abandono de un derecho manifestado por su ejercicio a través del acto de conciliación.

COMENTARIO.—1. *Interpretación jurisprudencial clásica.*—Con esta sentencia la Sala confirma una doctrina relativamente nueva, pues, contra lo que venía sosteniendo la jurisprudencia anterior, declara con todo acierto que el mandato del artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (antiguo) sólo es aplicable a la prescripción adquisitiva, mejor llamada usucapión.

Mientras el artículo 944 del Código de Comercio considera interrumpida la prescripción por «cualquier género de interpelación judicial», el artículo 1.973 del Código Civil utiliza la expresión más estricta de «ejercicio de la acción ante los Tribunales».

Es claro que en ambos casos se entiende, doctrinalmente, que se trata de interrupción por «reclamación judicial», pero es también innegable que ambas expresiones no tienen el mismo alcance.

Esta diferencia en la dicción ha tenido, sin embargo, la misma traducción práctica en punto al significado interruptor del acto de conciliación. Y en tal sentido se ha sufrido durante mucho tiempo la influencia distorsionante del artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hasta una última jurisprudencia esclarecedora de hace no muchos años y, por fin, hasta la modificación del texto de dicho precepto en la Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984.

El artículo 479 de la Ley procesal civil, en su redacción originaria, es la más cabal manifestación de la confusión técnica que todavía en 1881 se sufría entre prescripción en sentido estricto y prescripción como modo de adquirir o usucapión.

Después de que el artículo 478 dijera que «si no se presentare la demanda ordinaria dentro de los dos años siguientes al acto de conciliación no producirá efecto alguno este acto, y deberá intentarse de nuevo antes de promover el juicio», el 479 añadía:

«Tampoco producirá el efecto de interrumpir la prescripción si no se promoviere el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes al acto de conciliación sin avenencia.»

Con razón ponía de manifiesto algún sector de la doctrina que la literal interpretación de este precepto y su aplicación estricta al caso de la prescripción extintiva o «de acciones», como dice el Código Civil, llevaba al absurdo de que un acto como podía ser un requerimiento notarial, o incluso una carta, evidentemente menos «formal» que una demanda de conciliación, produjese en el ámbito de las acciones civiles una plena y cabal interrupción —de suerte que el plazo correspondiente tuviera que volver a empezarse a contar—, mientras que este último (el acto de conciliación sin avenencia) significaba según la tesis combatida una interrupción condicionada a que en el plazo de dos meses se promoviere el juicio adecuado.

Pero no fue éste el criterio de la jurisprudencia durante mucho tiempo. Así, la Sentencia de 9 de noviembre de 1954 declaró:

«... y para resolver este problema hay que partir de que el fundamento de la prescripción extintiva es que se entiende que abandona su derecho la persona que era su titular, y esto no cabe presumirlo cuando dicho titular dentro del plazo de la prescripción presenta la papeleta o demanda de conciliación para hacer valer su derecho, porque ello constituye un acto de ejercicio judicial de su acción por el enlace fatal y necesario que tiene con la realidad de ese acto de conciliación y con la demanda del pleito según el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si va seguido de la demanda en el plazo de dos meses.. »

Más recientemente todavía, la Sentencia de 21 de febrero de 1977, que citando las de 6 de junio de 1922, 31 de diciembre de 1931 y 1 de diciembre de 1974 decía que quien elige el camino del acto de conciliación debe someterse a la total disciplina de éste —¿por qué?», se pregunta con razón RIVERO en *Elementos de Derecho civil*, de LACRUZ y otros, Barcelona, 1984, tomo I, vol. III, pág. 370—, y, por tanto, que el acto de conciliación no seguido de demanda en los dos meses no tiene valor interruptivo.

Las Sentencias de 9 de octubre de 1906, 3 de diciembre de 1931 y 19 de noviembre de 1941 habían declarado también que aun tratándose de la prescripción extintiva y no de la adquisitiva a que se refiere el artículo 1.947 del Código Civil, queda destruido el efecto interruptivo del acto de conciliación si no sigue la interpelación judicial en el término de dos meses.

Evidentemente, el origen de este criterio se halla en el artículo 1.947 del Código Civil, que —*refiriéndose exclusivamente a la usucapión*— establece que «también se produce interrupción civil por el acto de conciliación siempre que dentro de dos meses de celebrado se presente ante el Juez la demanda sobre posesión o dominio de la cosa cuestionada».

2. *Crítica doctrinal*.—Es claro que al no establecerse norma análoga en el Código Civil para el caso del acto de conciliación como medio de interrupción de la prescripción extintiva, el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debía entenderse —una vez promulgado dicho Código y establecida en él la forma de reclamación extrajudicial como medio de interrupción de la prescripción extintiva— sólo aplicable a la adquisitiva o usucapión, como ya había puesto de relieve DÍEZ PICAZO en su monografía *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964, páginas 115-116, en que además argumentaba las razones de fondo, esto es, las basadas en la diferente función y distinta razón de ser de ambas modalidades de prescripción. Este autor decía así, con razonamientos luego reproducidos en *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo II, Madrid, 1978, página 616:

«En su origen la norma tenía un campo de aplicación más extenso que el que le concede el artículo 1.947. En el Código Civil francés, en el Proyecto de 1851 e incluso en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil la conciliación interrumpe tanto la prescripción adquisitiva como la prescripción extintiva. Al situar esta norma

en el artículo 1.947 nuestro Código Civil ha referido el supuesto únicamente a la interrupción de la prescripción adquisitiva. ¿Qué quiere esto decir? ¿Cabe acaso pensar que la prescripción extintiva no se interrumpe por la conciliación? El artículo 1.973, como ya sabemos, dota a la interrupción de la prescripción extintiva de una mayor amplitud. Cualquier reclamación judicial o extrajudicial sirve para interrumpir. De ello se debe deducir sin dificultad que una reclamación en conciliación es también un acto con efecto interruptivo. ¿Cuál es, pues, la especialidad del artículo 1.947? Puede pensarse que la condición a que este artículo somete los efectos interruptivos —que dentro del plazo de dos meses se presente la demanda— sólo es aplicable a la prescripción adquisitiva y no a la extintiva. La prescripción extintiva se interrumpe sin más requisito que la existencia de una manifestación de voluntad dirigida a la conservación del derecho (v.gr.: reclamación extrajudicial). No hay, por esto, necesidad de que ningún elemento nuevo venga a yuxtaponerse a esta manifestación de voluntad formalizada en la demanda de conciliación. Para la interrupción de la prescripción adquisitiva, en cambio, es menester algo más que la simple manifestación de voluntad de conservar el derecho. La estructura misma de esta forma de prescripción impone que para que la interrupción se produzca es necesario que el usucapiente deje de ser poseedor. La cesación en la posesión es la única causa que en rigor interrumpe la usucapión. Cuando la cesación deviene por vía judicial, en definitiva, sólo es la sentencia lo que interrumpe la prescripción, como hemos visto. Lo que ocurre es que la Ley señala, como complemento de esta regla, que, iniciado el procedimiento, el usucapiente no puede durante él consumir la usucapión. La iniciación del procedimiento abre, por decirlo así, un paréntesis en la vida de la usucapión; paréntesis que sólo la sentencia cerrará. Pues bien, el artículo 1.947 hay que contemplarlo desde este punto de vista. El paréntesis puede abrirse con el acto de conciliación, pero como el 'paréntesis' es un procedimiento judicial, el acto de conciliación por sí solo no basta. Es menester que a él siga inmediatamente el juicio; que la demanda se presente dentro de los meses siguientes.»

A pesar de todo, como decíamos, la jurisprudencia ha seguido otro criterio hasta hace bien poco.

Debe ponerse de relieve, sin embargo, que ya en alguna sentencia antigua se atisba la idea de que la interrupción de la prescripción no reviste tantas exigencias como la de la usucapión.

Por ejemplo, la Sentencia de 4 de enero de 1901 dice:

«... el artículo 1.946 del Código Civil se refiere exclusivamente a las prescripciones del dominio y demás derechos reales, no a la de las acciones, respecto de la que establece, por modo general y absoluto, el artículo 1.973, que la prescripción se interrumpe por el ejercicio de la acción ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento

de la deuda por el deudor; siendo consecuencia lógica de tales preceptos que por la declaración de caducidad de la instancia se considere completamente ineficaz la interrupción producida por la citación judicial en lo relativo a la prescripción del dominio y demás derechos reales; pero cuando se trata de la extinción de las acciones, la declaración de caducidad no surte el mismo efecto, porque ni la letra ni el espíritu del artículo 1.973 permiten que tenga el alcance de que, en virtud de ella, pueda llegarse a perder la acción; por lo cual debe armonizarse esta disposición con la que contiene el artículo 419 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al establecer que la caducidad de primera instancia no extingue la acción, que si no hubiere prescrito con arreglo a Derecho podrá volver a ejercitarse en el juicio correspondiente.»

Como vemos, no se plantea exactamente la cuestión que nos ocupa, pero se observa bien que el Tribunal Supremo advierte —aunque a otros efectos— la diferencia del acto de interrupción en el caso de la usucapción y en el de la prescripción extintiva.

Por su parte, la Sentencia de 3 de diciembre de 1966 dice que «no puede negarse a la presentación de la papeleta de conciliación la misma trascendencia que tendría cualquier reclamación extrajudicial, porque implica una manifestación de voluntad, que es la que ha de tenerse en cuenta.» Debe advertirse, sin embargo, que este razonamiento no era para excusar la falta de presentación de la demanda en el plazo de dos meses, sino para concluir que no es la fecha de celebración del acto de conciliación, sino la de la presentación de la demanda de tal clase, la que produce el efecto de interrupción a que el artículo 1.973 se refiere.

Pero es la Sentencia de 31 de enero de 1980 la que se hace cuestión del asunto, pues los recurrentes habían invocado la tesis que llamaríamos «tradicional», ante lo cual dice la Sala:

«La doctrina jurisprudencial tiene resuelto, ciertamente, que no interrumpe la prescripción ni opera como reclamación extrajudicial el acto conciliatorio celebrado sin avenencia y no seguido de la presentación de la demanda dentro de los dos meses siguientes, según lo exigido por los artículos 479 de la Ley procesal y 1.947 del Código Civil (Sentencias de 19 de noviembre de 1941, 21 de diciembre de 1974 y 16 de enero de 1975, entre otras), pero aun insistiendo en la misma orientación, a pesar de los argumentos discrepantes de un autorizado sector doctrinal que restringe la efectividad de esas normas a la esfera de la prescripción adquisitiva exclusivamente, acontecería...»

En definitiva, la Sala viene a desestimar el recurso por otro motivo —la existencia cierta de reclamaciones extrajudiciales probadas—, pero es significativo que se haga expresa alusión a la crítica que de la línea jurisprudencial anterior había hecho «un autorizado sector doctrinal».

La Sentencia de 10 de marzo de 1983 vuelve a manifestar reservas sobre la línea jurisprudencial tradicional en la materia, al decir en uno de sus pasajes —como *obiter dictum*— que «la sentencia recurrida no desconoce las repetidas resoluciones jurisprudenciales —con las que, cier-

tamente, están en desacuerdo autorizadas voces de la doctrina científica— sobre la aplicación del artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la prescripción extintiva y, por lo tanto, a la de las acciones derivadas de culpa extracontractual, ni atribuye significado interruptivo al acto de conciliación de 6 octubre de 1977, sino que afirma .»

3. *Cambio de orientación en la jurisprudencia.*—Por fin, la Sentencia de 7 de julio de 1983 instaura la doctrina, a nuestro juicio impecable y largamente esperada, de que el acto de conciliación constituye una manifestación de la voluntad de reclamar el derecho, que, aunque no tuviera valor como interrupción por reclamación judicial, lo tiene como extrajudicial, esté o no seguida de demanda en el plazo de dos meses del artículo 479 de la Ley procesal civil.

Dice la resolución que «si bien se otorga por esta Sala al artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acto de conciliación, un efecto meramente suspensivo del plazo, si la demanda no es presentada dentro de los dos meses siguientes, no ha de olvidarse la semejanza de dicho precepto con el artículo 1.947 del Código Civil, ni la circunstancia de que el artículo 1.973, con criterio de mayor amplitud, habla sólo de interrupción de la prescripción de la acción por su ejercicio ante los Tribunales, frase que según reiteradas sentencias de esta Sala comprende la presentación de la papeleta de conciliación. *Otra cosa supondría otorgar mayor eficacia interruptiva a la reclamación extrajudicial que contempla el artículo 1.973 que a la verificada a través de conciliación.*»

Poco después, la Sentencia de 9 de diciembre de 1983 puntualiza que el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, anterior al Código Civil, ha de ponerse en relación con los preceptos de éste sobre prescripción adquisitiva, y en particular el artículo 1.947, en cuyo precepto el autor del Código Civil ha tenido en cuenta la Ley de Enjuiciamiento Civil para conservar el efecto interruptivo de la prescripción, mientras no hace la misma salvedad en el artículo 1.973, que concede el efecto de interrupción a la reclamación extrajudicial del acreedor, «categoría en la que se inscribe la mera presentación de la papeleta de conciliación».

Reitera esta doctrina la Sentencia de 30 de mayo de 1984, que en su «segunda sentencia», resultante de la estimación del recurso, dice:

«... no constituye obstáculo a la prosperabilidad de la reclamación el efecto propio de la caducidad por aquel pacto, y estando en tema de prescripción a la más reciente jurisprudencia de esta Sala, según la cual (Sentencia de 9 de diciembre de 1983) dicho precepto —se refiere al art. 479 de la Ley procesal civil— ha de entenderse referido, por ser anterior al Código Civil, a los preceptos de éste y, por tanto, no a la prescripción extintiva regida por los artículos 1.961 al 1.975, sino a la usucapión, que es materia de los 1.940 a los 1.960 y se corresponde con el 1.947, y así la de todas las acciones se rige por el 1.973, interrumpiéndose no sólo por su ejercicio ante los Tribunales, sino también por reclamación extrajudicial del acreedor, categoría en que se inscribe la mera presentación de la papeleta de conciliación... cuanto más el acto de conciliación, seguido o no de la demanda deducida en los dos meses a continuación (Sentencia de 7 de julio de 1983, con

antecedentes en la de 10 de marzo de 1983 y en la más autorizada doctrina científica).»

Este criterio de la resolución en cuestión fue mencionado, por su ya entonces relativa novedad, en comentario que de la misma hizo el autor de este trabajo en *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre 1985, páginas 779-780.

4. *La sentencia que nos ocupa.*—La sentencia que motiva el presente comentario, última que versa sobre este problema —que yo sepa—, sienta la siguiente doctrina:

«Considerando que, el único motivo de este recurso de casación, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la infracción de los artículos 479 de la Ley procesal citada y 1.973 y 1.974 del Código Civil, 'por interpretación errónea de las leyes y doctrinas legales aplicables al instituto de la prescripción, lo que originó la desestimación de la demanda en la sentencia de instancia, y al acogerse la misma en la sentencia de apelación motivó la desestimación del recurso y la confirmación de aquella resolución', siendo el supuesto de hecho que ambas sentencias recogen que a las cero horas del día 4 de julio de 1978 tuvo lugar un incendio que afectó a un almacén de útiles de pesca y armamento de buques pesqueros, propiedad de la recurrente, y al taller de carpintería contiguo, propiedad del demandado y ahora recurrido; el 26 de marzo de 1979 se celebró en el Juzgado competente acto de conciliación sin avenencia, y dentro de los dos meses siguientes (abril y mayo, ambos hábiles) no se presentó escrito de demanda, sino posteriormente, el 10 de julio del mismo año 1979, por lo que en forma constante ambas sentencias de instancia estimaron la excepción de prescripción y dieron lugar a la desestimación de la demanda en que se reclama indemnización por daños en el dicho almacén; criterio que esta Sala de casación considera desacertado por no tener en cuenta la reiterada doctrina de la misma seguida en Sentencias de 17 de abril de 1980, 14 de junio de 1982, 14 de julio, 29 de septiembre y 9 de diciembre de 1983 y 22 de septiembre de 1984, según la cual hay que entender que interrumpe la prescripción extintiva la papeleta de conciliación, a pesar de que el acto sin avenencia no venga seguido de la demanda dentro del plazo de los dos meses; criterio esencialmente fundamentado en no considerar aplicable a la dicha prescripción extintiva la norma del artículo 1.947, dictado únicamente para la usucapión o prescripción adquisitiva, cuya finalidad es antitética del objetivo de la extintiva, y no considerar esta norma aplicable por analogía a la prescripción de acciones cuando para ésta expresamente se declara en el artículo 1.973 que la interrumpe la reclamación extrajudicial, a la que sin duda hay que equiparar la que tiene lugar a través de acto de conciliación, aunque la demanda no se presente dentro de los meses siguientes, y estimando por consiguiente que esta regulación sustantiva civil es de preferente aplicación al criterio opuesto que podría deducirse de una aplicación aislada

del artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contraria al no abandono de un derecho manifestado por su ejercicio a través de acto de conciliación; es decir, por inexistencia de presunción de abandono del derecho, en lo que comúnmente se fundamenta el instituto de la prescripción.»

5. *La cuestión después de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984.*—Hoy la cuestión parece definitivamente zanjada con la nueva redacción que al artículo 479 se ha dado en la Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984, cuyo texto dice:

«La presentación con ulterior admisión de la petición de conciliación interrumpirá la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, en los términos y con los efectos establecidos en la Ley desde el momento de la presentación.»

Una vez sentado el criterio doctrinal, que parece obvio, de que es absurdo que una reclamación extrajudicial produzca consecuencias más eficaces que el acto de conciliación no seguido de demanda, ha de entenderse que la presentación de la papeleta de conciliación interrumpe el curso de la prescripción de modo absoluto, de forma que a partir de ella comience a correr de nuevo el plazo, lo que induce a pensar que cuando el nuevo artículo 479 habla de «con los efectos establecidos en la Ley» se refiere sólo a la usucapión, en la que la formulación de la demanda en el plazo de dos meses tiene fundamento en el artículo 1.947 del Código Civil, que permanece intacto, y que por otra parte encuentra justificación lógica en la circunstancia de que no es lo mismo adquirir un derecho por uso continuado que perderlo por inactividad de su titular, diferencia que también en un terreno lógico tiene que proyectarse en cuanto a los requisitos de los actos de interrupción del plazo en curso.

En suma, el acto de conciliación —*por sí solo*— equivale a la reclamación extrajudicial del acreedor o, si se quiere, la primera es una modalidad de la segunda.

No obstante, la reforma mencionada deja en pie un interesante problema en el caso de la caducidad.

Como es sabido, y salvo raras excepciones, la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo entiende que la interposición del acto de conciliación interrumpe la caducidad.

Pues bien, hay que tener en cuenta que, en relación con la caducidad, no existe —ahora claramente— norma alguna que establezca plazo para el ejercicio de la acción judicial cuando ha precedido el «acto de ejercicio judicial» en que la conciliación consiste.

En el momento presente, considerados estos datos, y abandonada la tesis de que para que la papeleta de conciliación interrumpa la caducidad es preciso que la demanda se entable dentro del plazo de dos meses a contar de la celebración del acto sin avenencia, se da la circunstancia de que, como decía, interrumpida la caducidad por la papeleta de conciliación, no existe plazo legal para entablar la demanda a la que la caducidad se refiere.

A mi juicio, lo que sucede es que *hoy* debe ponerse en tela de juicio

que la demanda de conciliación interrumpa la caducidad, pues al no ser aquella preceptiva *en ningún caso* (ver la comparación entre el art. 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes y después de la reforma de 6 de agosto de 1984) pierde sentido la argumentación que sostenía la citada interpretación, muy lógica *antes*, pues mal podía reprocharse tardanza en la formulación de la demanda propiamente dicha a quien estaba *obligado* a presentar la previa de conciliación.

De hecho, las Sentencias de 25 de mayo de 1979 y 5 de julio de 1957 hablan del efecto de interrupción de la caducidad por el acto de conciliación, pero en razón de que *era* (entonces) «una actividad *precisa* para la iniciativa del proceso judicial», cosa que ahora no ocurre, porque en la actualidad el acto de conciliación es *siempre* potestativo.

RIGARDO DE ANGEL YAGÜEZ
*Catedrático de Derecho civil de la Universidad
de Deusto*

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO. — LA RESOLUCION DICTADA PARA LOS ARRENDATARIOS DE VIVIENDAS NO PUEDE APLICARSE A LOS DE LOCALES DE NEGOCIO POR NO EXISTIR ENTRE ELLOS LOS VINCULOS QUE PARA LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA SEÑALA EL ARTICULO 1.232 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1984).

Se formula demanda de resolución de los arrendamientos de locales de negocio de una casa sita en Madrid, con base en el elevado grado de deterioro de la misma, ante el Juzgado número 17 de Madrid, ya que la reconstrucción excedería del 50 por 100 del valor de la casa. La demanda fue desestimada, confirmando esta doctrina la Audiencia.

La misma suerte corre el recurso de casación por infracción de ley. No se prueba que las obras a realizar excedieran del margen fijado por el artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, negando la eficacia del informe o dictamen emitido por un Arquitecto, que sostenía lo contrario. La admisión de la resolución de los contratos de viviendas no constituye cosa juzgada para los locales, ya que las relaciones de los locatarios de vivienda no son equiparables a las de los locales ni los demandados en este proceso lo fueron en el seguido ante el Juzgado de Distrito, sin que pueda admitirse que entre unos y otros existan los vínculos del artículo 1.232 del Código Civil, pues no son causahabientes unos de otros ni están unidos por vínculos de solidaridad ni sus prestaciones son indivisibles.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—EXISTE MAQUINACION FRAUDULENTE, YA QUE OCULTA AL DEMANDADO LA INICIACION DE JUICIO, CON LO QUE SE PRODUCE LA INDEFENSION DEL MISMO (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1984).

La notificación de la resolución del contrato de arrendamiento se hizo en los locales arrendados, que estaban cerrados, publicándose edictos en periódicos de escasa circulación, consiguiendo así el actor una sentencia favorable, a pesar de que conocía el verdadero domicilio de la entidad arrendataria, por lo que se solicita la revisión de la sentencia firme dictada por el Juzgado número 11 de Barcelona, mediante el recurso extraordinario basado en la maquinación fraudulenta por parte del actor.

Triunfa el recurso extraordinario. La existencia de la suspensión de pagos de la entidad arrendataria era conocida por la propietaria, sin que en la demanda de desahucio nada se diga sobre la suspensión de pagos ni sobre la existencia de una comisión de acreedores con la que se hizo un documento privado en el que se hacía constar el acuerdo de dicha comisión y de la arrendataria para rescindir el contrato a cambio de cierta cantidad. No se puede hacer caso de la excepción de la falta de consignación de la renta, porque ni el artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni el artículo 135 de la Ley de Arrendamientos Urbanos la exigen para los recursos de revisión, por lo que supondría aplicar extensivamente una norma limitadora de derechos que sólo puede serlo restrictivamente. Cuando se conoce la existencia de alguna anomalía en la comunicación entre órganos judiciales y litigantes que pueda determinar cambios o alteraciones de carácter procesal, deben ser puestas de relieve al juzgador en la demanda para evitar indefensión, que es lo que ocurre en este supuesto en que dicha omisión al ser causa de la no presencia de la entidad demandada en el juicio de desahucio impidió que la misma pudiera defenderse adecuadamente, lo que infringe no sólo la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino el artículo 24 de la Constitución, quedando englobada esta maniobra en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que habla de «maquinación fraudulenta», en lo que se incluyen todas aquellas actividades que vayan dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio con objeto de impedir su defensa, asegurando así el éxito de la demanda.

DESAHUCIO.—EL CONTRATO NO ES DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA, SINO DE LOCAL, YA QUE LOS ENSERES EXISTENTES SON PROPIEDAD DE LOS DEMANDADOS (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1984).

Se presenta demanda de desahucio del que se denomina arrendamiento de industria, compuesta, según el actor, de cine, bar y baile, arrendado por cinco años, y que los arrendatarios se negaban a abandonar al expirar el plazo contractual. El Juzgado de Cuéllar desestimó la demanda por inadecuación de procedimiento, reservando a los actores su derecho para ejercitarlo en forma adecuada, lo que confirmó la Audiencia Territorial de Madrid.

No ha lugar a la casación. Los demandados eran subarrendatarios del local, en el que instalaron una discoteca. Al celebrar el contrato de arrendamiento en 1974, los arrendatarios poseían como negocio propio la discoteca, no recibiendo de los arrendadores más que el local donde aquéllos tenían instalada su actividad. Los enseres existentes son propiedad de los demandados y aportados por ellos para la actividad que van a desarrollar en el local destinado a bar. Al calificarse por la Sala el contrato litigioso como de arrendamiento de local, en modo alguno cabe discutir tal calificación, que no puede ser reputada de absurda e ilógica, sino absolutamente correcta. Por lo tanto, el contrato pasa a regirse por la Ley de Arrendamientos Urbanos, que prevé la prórroga obligatoria del arrendamiento.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO. — NO CABE CONSIDERAR LA OBLIGACION DE REALIZAR LAS OBRAS DE ACONDICIONAMIENTO DEL LOCAL EN EL PLAZO DE UN AÑO COMO DETERMINANTE DE LA RESOLUCION DEL CONTRATO EN EL SUPUESTO DE QUE NO SE CUMPLA (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1984).

El arrendatario se comprometió a acondicionar el local y ha transcurrido el plazo fijado sin que se hagan las obras, por lo que se entabla demanda de resolución del arrendamiento ante el Juzgado número 1 de Telde, que admitió parcialmente la demanda, condenando al demandado a pagar una cantidad inferior a la pretendida en la demanda, absolviendo a los demandados de todos los restantes pedimentos de la misma, lo que confirma la Audiencia.

No prospera el recurso de casación. Del contrato no se deduce que la falta de acondicionamiento del local en el primer año diera lugar a la resolución del arrendatario sin perjuicio de que, incumplida la obligación de acondicionarlo, se obtenga una posible indemnización por la no adaptación del local, pero sin que sirva para resolver el contrato por no haber hecho las obras en el primer año. El elevar la realización de las obras de acondicionamiento a la categoría de obligación principal es incompatible con la sujeción a la Ley especial y a la prórroga forzosa, situando el contrato en la órbita del Código Civil, en el cual jugaría la obligación que se considera refiriendo el plazo al de diez años pactado para efectuar las obras de acondicionamiento, no resolviéndose entretanto sino por las causas legales.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO. — EL ACTOR TENIA CONOCIMIENTO DE QUE LA QUE OCUPABA EL PISO ERA HEREDERA DEL ARRENDATARIO Y QUE SE HABIA ATRIBUIDO POR SUBROGACION LA TITULARIDAD DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1984).

Se presenta demanda de desahucio ante el Juzgado de Distrito número 1 de Barcelona, ya que el arrendatario falleció hace años sin que según el actor se haya subrogado nadie en su lugar, por lo que procede la denegación de la prórroga forzosa, conforme al artículo 62 de la Ley de

Arrendamientos Urbanos, dando lugar a los pedimentos de la demanda.

Contra esta sentencia se interpuso recurso extraordinario de revisión, que triunfa. Se ha probado que el actor tenía conocimiento de que la recurrente no sólo ostentaba la cualidad de heredera del primitivo arrendatario, sino que también se atribuía por subrogación la titularidad en concepto de arrendataria del piso que ocupaba su padre, conociendo perfectamente el domicilio actual de la arrendataria, careciendo de justificación la ocultación de su nombre al plantear la demanda de resolución, siendo evidente que la finalidad fue que no se enterase la arrendadora, por lo que se tramita el juicio en rebeldía, obteniendo una sentencia favorable, sin que los demandados compareciesen a defender sus derechos, actuación que constituye la maquinación fraudulenta a que se refiere el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DECLARACION DE RENTA.—NO EXISTE OSCURIDAD EN UNA CLÁUSULA DEL CONTRATO, SINO FALTA DE CONCRECIÓN DE LA RENTA, CUANTIA QUE PRECISA LA SENTENCIA RECURRIDA, ATENIÉNDOSE A LA PRUEBA Y CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO Y LUGAR APRECIADAS CONFORME A RAZONES DE EQUIDAD ADMINISTRABLE SEGUN EL ARTICULO 3.º DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1984).

Ante el Juzgado número 1 de Mataró se presenta demanda solicitando la fijación de la renta del arrendamiento que no se había pagado en los últimos años, según el actor, alegando el demandado que no era de 6.000 pesetas, sino de 1.500 pesetas mensuales. El Juzgado estimó en parte la demanda y declaró que la demandante ha sustituido a su esposo en calidad de arrendador del local y que la propietaria tiene derecho a repercutir las cantidades permitidas por la Ley de Arrendamientos Urbanos, previa notificación al arrendatario, desestimando las pretensiones restantes y no dando lugar al desahucio por no haber probado la cuantía de la renta. La Audiencia revocó la anterior, señalando la renta a pagar en 5.000 pesetas mensuales, que había de abonar en un plazo de quince días a partir del oportuno requerimiento para ello, y caso de no hacerlo se tendrá por resuelto el contrato, declarando también que la actora no ha de pagar los suministros de agua, gas, etc., ni los arbitrios que le afectan, y así debe el demandado tolerar las obras para instalar los albañiles del edificio del que forma parte el local arrendado, confirmando la sentencia de primera instancia en los demás puntos.

Es desestimado el recurso de casación. No existe oscuridad de una cláusula del contrato existente entre las partes provocada por la demandante o su causahabiente con sus actuaciones para combatir el favorecimiento que, siempre según el recurrente, ha derivado, contrariamente a la norma del artículo 1.288 del Código Civil, la sentencia a favor de aquélla, razonamiento que carece de base, ya que no existe oscuridad de cláusula contractual alguna, sino falta de concreción del montante de la merced arrendaticia en su día pactada, cuantificación que la sentencia recurrida precisa, ateniéndose a los elementos de prueba y circunstancias de tiempo y lugar apreciados conforme a razones de equidad, la cual es

utilizada como factor ponderativo cuya invocación tiene lugar, matizando el criterio interpretativo hecho, lo cual es propio del cometido soberano del juzgador de instancia, y así debe proclamarse, ya que el mismo Código Civil permite que la equidad intervenga como criterio interpretativo de la norma en el párrafo segundo del artículo 3.º del Código.

NULIDAD DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.—EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA EXIGE DECLARAR LA EFICACIA DEL CONTRATO RESPECTO DEL ARRENDATARIO DE BUENA FE, SIN PERJUICIO DE LAS RESPONSABILIDADES EN QUE PUEDEN HABER INCIDIDO LOS COMUNEROS QUE INTERVINIERON EN EL MISMO (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1984).

La demanda solicita la nulidad del contrato de arrendamiento, hecho sin intervención de uno de los herederos del propietario, que había sido desheredado por su padre ante el Juzgado número 1 de Vigo, que estimó parcialmente la demanda, declarando nulo el arrendamiento, pero la Audiencia de La Coruña revocó la anterior, desestimando la demanda.

No prospera el recurso de casación. Para concertar el arriendo no hubo acuerdo mayoritario de los herederos y no se habían cumplido los requisitos necesarios para la eficacia del traspaso, impidiendo al actor la posibilidad de ejercitar los derechos de tanteo y retracto, pero esta sentencia fue recurrida, manteniendo que el principio de seguridad jurídica exige mantener la eficacia del contrato respecto del arrendatario de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan haber incidido los comuneros que intervinieron en el mismo, más aún cuando se da sin contravención sobre tal extremo, al haberse operado un traspaso del local en favor del nuevo arrendatario, cuya renta fue fijada legalmente, y no por el demandante, sin perjuicio de que pueda reclamar de sus hermanos la parte que en tal traspaso le corresponda. La repulsa de la demanda se asienta en la intervención de una tercera persona como codemandada, que es la arrendataria, totalmente extraña a las relaciones comunitarias que pudieran existir entre los coherederos, ya que ésta no cometió el fraude, pues para ello haría falta demostrarlo, declaración que se mantiene intangible en este trámite de casación, y no se puede dar a la arrendataria el mismo trato que a los comuneros arrendadores, todo ello sin perjuicio de las acciones que al demandado pudieran asistir de entender ha sido perjudicado por aquéllos, pero sin que se extienda a quien, amparado en su buena fe, fue parte en el contrato cuya ineficacia se pretende.

C. R. R.

DERECHO DE FAMILIA

RECLAMACION DE FILIACION NO MATRIMONIAL. POSESION DE ESTADO. PRUEBA GENETICA.—Artículos 127 y 135 del Código Civil (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Matías Malpica y González-Elipe, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandante y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de esa capital, en base a las siguientes consideraciones:

El presente recurso de casación se contrae a la litis promovida por la madre de la actora, menor de edad, propugnando la determinación legal por medio de sentencia firme de la filiación no matrimonial de dicha menor, llamada e inscrita en el Registro Civil como M. de la O. C. L., respecto de don T. D. G., fallecido el 21 de enero de 1982, es decir, en plena vigencia de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que dio nueva redacción al título V del Libro I del Código Civil, circunstancia que ha de subrayarse a los fines de señalar la legislación aplicable, a tenor de lo dispuesto en la disposición transitoria séptima de dicho texto legal.

La acción de reclamación con que se inició el procedimiento judicial obtuvo pleno éxito en primera y segunda instancia, dando ocasión al presente recurso de casación que seguidamente se analiza.

El primer motivo casacional, que se ampara en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede prosperar, porque claramente el epígrafe que refleja su contenido está motivado por las consecuencias de su eventual estimación en el artículo 1.715, 1, de la misma Ley, de donde se infiere que, al igual que en el número 6 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su antigua redacción, sólo cabe apreciarlo cuando la materia de fondo, sustantiva, no esté atribuida por el ordenamiento jurídico al conocimiento de los Tribunales de instancia cuyas resoluciones se recurren en casación, circunstancia que no acontece aquí, puesto que en forma inequívoca les viene conferida tal jurisdicción como consecuencia de la competencia específica a tal fin señalada por los artículos 484, 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, redactado conforme a la Ley 34/1984, de 6 de agosto, y sobre todo por el propio texto legal sustantivo en la redacción de la Ley 11/1981, ya invocada, en su disposición final.

En lo atinente al segundo motivo del recurso, residenciado en el número 3 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que denuncia la infracción del artículo 670 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque «no se ha podido combatir debidamente la alegación de posesión de estado», según dice el escrito rector del recurso, porque «tal alegación se introduce por primera vez en el proceso utilizando el trámite de conclusiones», es lo cierto que la posesión de estado venía ya definida en los hechos de la demanda, aunque no se empleara la expresión, frase o vocablo específico que se indica, pues reconociéndose que no había ningún

instrumento formal de reconocimiento de los previstos en los números 1 y 2 del artículo 120 del Código Civil y pretenderse el reconocimiento de filiación mediante el ejercicio de la acción de reclamación para obtener la verificación pertinente en una sentencia firme, por exclusión no cabe deducir, sino que se propugnaba la constatación de ese estado cuasifamiliar a cuyo objetivo se enderezaban todas las alegaciones de demanda y réplica y las pruebas de todo orden practicadas en el procedimiento, por lo que no cabe argüir se haya producido indefensión, tanto más cuanto que las pruebas y los mismos escritos de la parte hoy recurrente se han circunscrito a reproducir los de la parte adversa, sólo que en sentido contrario. Y no cabe olvidar que la posesión de estado de filiación, tal como se configura en la nueva redacción del Código Civil, no es sino la situación residual en que puede hallarse la hija cuya paternidad «no matrimonial» no le esté reconocida formalmente, y, sin embargo, las circunstancias concretas en que se halle en el seno de la sociedad o de la familia permitan establecer el reconocimiento presunto de la filiación por la homologación judicial de esas circunstancias, mediante la sentencia firme que lo proclame, como también podría obtenerlo, aun sin mediar esas circunstancias, a través de las pruebas genéticas, y así cabe deducirlo de lo dispuesto en los artículos 127, 131, 132 y 135 del Código Civil, hallándonos, por tanto, en el caso presente en el supuesto de demostración de esa posesión de estado constante revelada por la actuación en vida del presunto padre con la neófito. De aquí se infiere, por tanto, que el motivo articulado no puede prosperar.

El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692, 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incluye en su argumentación no sólo el error de hecho a que se contrae el número 4 del artículo 1.692 de la Ley procesal citada, sino que se refiere al error de Derecho también, lo que evidentemente en este singular aspecto no puede prosperar, porque todo lo concerniente a ello comporta una infracción de las reglas evaluatorias de la prueba contenidas en las normas legales, que transfieren su residencia casacional al número 5 del mismo artículo 1.692. Y en cuanto a la argumentación más técnica en la sistemática de este recurso, nos encontramos con que el documento señalado como demostración del error padecido por la Sala, que en este caso es el de compraventa de 3 de agosto de 1978, por el solo hecho de que comparezcan en ella paralelamente el presunto padre y la madre de la neófito, a la que representaba y a la que se la identifica personalmente con los apellidos maternos y sin mención alguna del presunto parentesco genético con aquél, no puede en modo alguno proyectar las consecuencias contradictorias que el recurrente extrae de él. En efecto, la parte recurrente olvida que para que el documento ofreciera esa virtualidad contradictoria sería preciso que por sí mismo contuviera la demostración irrefutable de un hecho absolutamente contrario a las afirmaciones del juzgador (Sentencias de 17 de mayo de 1940 y 27 de abril de 1942), lo que no acontece en este caso, pues la coincidencia de esas tres personas en el otorgamiento de una misma escritura de compraventa de unas parcelas más bien puede suponer lo contrario de lo que pretende la parte recurrente, y que en todo caso es criterio de interpretación cuyo sentido finalista no destruye en lo más mínimo la apreciación de las pruebas obrantes en autos, a cuya interpretación de conjunto se ha sometido la Sala de instancia, por lo que ha de declinar este motivo, máxime cuan-

do en definitiva la parte recurrente sólo quiere sustituir por su criterio particular el de apreciación de la Sala, lo que no le es lícito por ser el de ésta básicamente más objetivo.

El motivo quinto del recurso, dentro del mismo ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tacha la sentencia recurrida por supuesta infracción de los artículos 127 y 135 del Código Civil, y ello ha de perecer ante la sola consideración de que dichos preceptos, correctores del rigorismo obstruccionista de la averiguación de la realidad biológica paternofilial, que era la directriz en la redacción del Código Civil antes de la reforma de la Ley 11/1981, no hacen sino establecer una amplia gama de procedimientos para llegar a conocer esa realidad genética, que permite a los Tribunales utilizar cualquier sistema de los previstos por la razón humana y en consonancia con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas esas normas de tan amplio espectro inquisitorial, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, según el artículo 3.º, 1, del Código Civil, que no es otro que la defensa de los intereses personales del hijo —inocente, en todo caso, de la actuación de sus progenitores—, tanto de orden moral como material. Y precisamente en el presente caso la Sala de instancia ha tenido acierto al dar la debida trascendencia al reconocimiento formal de la hija hecha por el presunto progenitor en el año 1972, ante el Cura párroco y dos testigos, además de la madre, que ahora representa a la menor, en el acto trascendente y solemne de recibir el bautismo; circunstancia ésta que, confirmada por una serie de actos sucesivos en el curso de los años del supuesto progenitor con la pequeña, cuyo reflejo documental consta en autos, determinan, aunque no tengan el carácter de documentos públicos, la existencia de un inequívoco comportamiento que, trasciende de la simple amistad, generosidad o filantropía para poder discernir la existencia «de unos hechos de los que se infiere la filiación, de modo análogo», como reza el artículo 135 del Código Civil, dentro de la permisibilidad del artículo 127, cuando nos dice que ello ha de ser así «mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas».

F. C. L.

MATRIMONIO. DAÑO MORAL (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1985).

Declarada la nulidad de matrimonio canónico contraído por el marido con la exclusiva finalidad de vencer la resistencia de la novia y lograr su apetencia carnal, pero con el propósito firme de abandonarla desde el momento en que se cansase físicamente de ella, sin ánimo de vincularse perpetuamente, y, en razón a dicha conducta, calificada de dolosamente grave, condenado el marido a indemnizar a la mujer en dos millones de pesetas, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el marido (al que el Juzgado había condenado a indemnizar a la esposa en cinco millones, cantidad que la Audiencia rebajó a dos millones de pesetas), estableciendo que «el recurrente, amparándose en la realidad sociológica actual, pluralista, liberal o abierta, en casos como el ahora contemplado origina sin

duda para la parte perjudicada y engañada un evidente daño moral, con consecuencias de carácter patrimonial resultantes de la conducta dolosa de la otra parte, y ello sin considerar la unión matrimonial como únicamente determinada por una perspectiva de ganancias o adquisiciones para la mujer, en cuanto que para ésta a la idea lucrativa o de asistencia material ha de añadirse el daño no patrimonial que se origina con la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida. De ahí que la indemnización haya de determinarse en estos casos no sólo atendiendo a criterios puramente materiales, sino que éstos muchas veces tendrán menos importancia que los espirituales».

F. C. L. °

SUCESIONES

PARTICION HEREDITARIA.—RESCISION POR LESION. VALORACION DE LOS BIENES RELICTOS. RENDICION DE CUENTAS POR LOS ALBACEAS.—Artículos 1.074 y 1.077 del Código Civil (SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Albacar López, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la actora y apelada contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Madrid, conforme a las siguientes consideraciones:

Que la actora, doña P. M. V., dirige su demanda contra los dos hijos habidos de su primer matrimonio, don O. y doña M. A. M., y otras personas, en cuyo suplico postuló los pronunciamientos declarativos siguientes: *a)* la nulidad por simulación de los contratos de permuta y arrendamiento suscritos entre el padre de la demandante, don G. M. S., y su nieto, el demandado don O. A. M., referidos a las fincas descritas en las actuaciones, y la subsiguiente condena a restituir y reintegrar a la masa hereditaria el valor dinerario resultante; *b)* la nulidad de los testamentos abiertos otorgados por don G. M. S. y doña E. V. B. en 21 de julio de 1969, ante el Notario de Madrid don Enrique Pérez del Real; *c)* la nulidad de la partición practicada por don M. J. I. mediante escritura notarial protocolizada en 27 de junio de 1975 ante el Notario de Chinchón don José Antonio Antón Riesco, así como la de las inscripciones registrales de la misma; *d)* que debe considerarse abierta la sucesión intestada de los referidos testadores, haciéndose la pertinente declaración de herederos, y otorgarse por los demandados cuantos documentos públicos y privados se precisen para cancelar las inscripciones registrales practicadas; *e)* con carácter subsidiario, la rescisión de la partición citada, por causa de lesión en más de la cuarta parte, así como la obligación de adicionar los bienes omitidos en el inventario por el Contador-partidor; *f)* la declaración de que los Albaceas no han rendido cuentas de su encargo y la condena a hacerlo de manera inmediata, así como a

indemnizar los daños y perjuicios causados por tal incumplimiento, a determinar en fase de ejecución de sentencia; g) la declaración y condena de que todos los bienes relictos al fallecimiento de los testadores deben retornar a la heredera única *ab intestato* o, en su caso, a la comunidad hereditaria integrada por los herederos de los causantes; y h) la declaración y la condena de que los anteriores pronunciamientos producen todos sus efectos frente a la sociedad «EASA», así como la declaración de ser totalmente ineficaz y nula en Derecho la adquisición de las fincas llevadas a cabo por tal sociedad en la escritura de constitución de la misma y de las inscripciones practicadas a su favor, las que debían cancelarse; re- cayendo la sentencia de primer grado, en la que fueron desestimados los cuatro primeros pedimentos, repulsa que adquirió firmeza al consentirse dicha resolución por la parte demandante, acogiendo, por el contrario, los integrados en los pedimentos e), f), g) y h), esto es, la declaración de rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte, con la obligación de adicionar los bienes omitidos por el Contador-partidor en el inventario, la condena a los Albaceas a rendir cuentas de su encargo, el retorno a la comunidad hereditaria integrada por los herederos testamentarios de los causantes de todos los bienes relictos al fallecimiento de los causantes, pronunciamientos que producen todos sus efectos frente a la sociedad interpelada, declarando totalmente ineficaces las adquisiciones de las fincas llevadas a cabo en la escritura de constitución de la sociedad, en cuanto se vean afectadas por los anteriores pronunciamientos, nulidad que se hace extensiva a las inscripciones registrales practicadas, que deberán ser canceladas; resolución únicamente recurrida por los codemandados personados, y cuya apelación fue parcialmente acogida en la sentencia de segundo grado, al declarar: *Primero*. Que la partición efectuada por el Contador-partidor don M. J. I., formulada en las correspondientes escrituras públicas, no es rescindible, pero ha de ser adicionada y rectificada por la omisión de bienes pertenecientes al caudal relicto de los causantes y a la valoración real a la fecha de la muerte de los mismos, siguiendo las pautas establecidas en el penúltimo considerando, apartados A), C) y D). *Segundo*. Se deja sin efecto el pronunciamiento contenido en el punto tercero, por lo que la actuación particional en ejecución de sentencia ha de seguir las normas indicadas en el extremo primero de este fallo. *Tercero*. Se deja sin efecto el pronunciamiento contenido en el punto tercero del fallo de la sentencia recurrida, por no verse afectadas las transmisiones eventualmente efectuadas a terceros por los adjudicatarios de bienes en el cuaderno particional, cuyas escrituras ya se han reseñado y cuyas adjudicaciones son válidas y eficaces; y Cuarto. Se confirman expresamente los pronunciamientos de los puntos segundo, quinto y sexto de la sentencia impugnada; sentencia que, al haber sido consentida por los codemandados, deja firme el pronunciamiento referido a la rendición de cuentas de los Albaceas.

Que con acierto en la sentencia impugnada, en su primer considerando, se establece que la cuestión debatida, tal como en la alzada queda planteada, se reduce a determinar si procede declarar rescindida la partición practicada por el Contador-partidor señor J. I., «por causa de lesión en más de la cuarta parte, al haberse omitido bienes e infravalorado los relacionados en el inventario del cuaderno particional»; y a tal efecto sienta unas premisas en el ulterior considerando, que se concretan en

lo siguiente: *a)* es voluntad de los padres de la accionante en los testamentos impugnados, siguiendo la línea marcada en disposiciones anteriores, que las fincas denominadas «La Estacá» y «La Magdalena» fueran, en cualquier caso, de la propiedad de la nieta interpelada doña M. A. M.; *b)* que tal voluntad testamentaria tiene el carácter de legado de cosa específica, a la luz de los artículos 882, en relación con los 1.056 y 1.075 del Código Civil; *c)* que el artículo 1.074 del dicho Código está sujeto a la norma rectificadora del 1.077 del mismo Cuerpo legal, de suerte que el legislador, por razones de economía y seguridad jurídicas, vela por el mantenimiento, en lo posible, de aquellos actos jurídicos que comportan una atribución de derechos que no es aconsejable sustraer del tráfico jurídico, manteniéndolos en un estado de incertidumbre que va en detrimento del interés común, preceptos que no hacen sino seguir el principio informador del artículo 1.294; *d)* que la valoración de los bienes ha de retrotraerse a las fechas de fallecimiento de los causantes, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 440 y 657 del Código Civil; *e)* que es cierto que «la valoración hecha en la partición por el Contador-partidor no corresponde a la realidad, quizá por eludir presión fiscal, pero ello repercute en la fijación de la legítima de la actora, con grave perjuicio para su derecho, así como la omisión de gran parte de los que integraban de cierto el patrimonio hereditario y que no han sido tenidos en cuenta en la partición»; que por consecuencia las rectificaciones consiguientes no han de modificar las adjudicaciones hechas en el cuaderno particional y las eventuales transmisiones que se hayan efectuado por los adjudicatarios, «si bien éstos, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.077 del Código Civil, asumirán la obligación pertinente de indemnizar a la heredera legitimaria en la forma que el dicho precepto establece y de acuerdo con lo prevenido en el artículo 815 del mismo texto legal»; siendo en base a tales premisas por los que deniega la rescisión de la partición postulada, estableciendo que sólo procede «adicionarla tanto con la inclusión de los bienes omitidos como con una valoración real referida a las fechas de los fallecimientos de los causantes y manteniendo las adjudicaciones en el mismo verificadas, llevándose a cabo el pago de la cuota legitimaria no suficientemente satisfecha, por adjudicaciones de otros bienes, como pueden ser los omitidos, o en numerario, pero sobre todo respetando la adjudicación de las fincas «La Estacá» y «La Magdalena» y parcelas colindantes a doña M. A. M., que es la rotunda voluntad testamentaria», manteniendo la validez de las transmisiones realizadas a terceros por parte de los adjudicatarios en el cuaderno particional, siendo lo que se indica atinente tanto a la escritura de partición como la posterior aclaratoria, que habrá de tenerse en cuenta hasta donde sea factible, dado que tales operaciones adicionales habrán de practicarse en ejecución de sentencia, con sujeción a la normativa establecida en el capítulo VI, título III, Libro III, del Código Civil.

Que si bien es norma general que preside la partición que la misma ha de respetarse tanto en beneficio de los herederos como de los terceros que con ellos hubieran contratado, de buena fe, presupuesto excluyente de cualquier pretensión rescisoria, por el respeto al mantenimiento de la voluntad del testador, de tal forma que el agravio causado a alguno de ellos pueda ser subsanado, sin necesidad de rescindir, acudiendo a una partición adicional o complementaria, como ya dijo esta Sala en su Sen-

tencia de 17 de abril de 1943, reiterando las de 28 de mayo de 1931 y 28 de febrero de 1930, tal norma genérica ha de quebrar, en aquellos supuestos en los que la rescisión obedezca a que el heredero que la denuncia haya sido lesionado en más de la cuarta parte, atendiendo el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, que es el caso que, como norma específica de excepción en materia de rescisión, contempla el artículo 1.074 del Código Civil, preceptiva que por lo específico difiere de la normativa general rescisoria contemplada en los supuestos del artículo 1.291 del Código citado, de tal forma que si, como la Sentencia de 19 de diciembre de 1967 dice, reiterando doctrina anterior, «existe un perjuicio a la lesión máxima tolerable procede la rescisión de la partición», sin que la posibilidad de adiciones o rectificaciones sea dable, en aquellos casos en los que «las operaciones divisorias hayan sido efectuadas con olvido de las disposiciones legales» (Sentencia de 17 de mayo de 1955), especificándose en las de 17 de abril de 1943, 22 de diciembre de 1944 y 16 de noviembre de 1955 que el valor a que alude el precitado artículo 1.074 ha de entenderse referido al del total lote adjudicado, al tiempo de practicarse la partición, no al que tuvieren al del fallecimiento del causante, de tal forma que la proporcionalidad ha de referirse a la totalidad partible.

Que a la vista de lo razonado, si en el caso enjuiciado la existencia de la lesión aparece acreditada, como la propia Sala de instancia proclama, así como que ésta supera la cuarta parte a que el precepto antes citado se refiere, la rescisión ha de declararse, de acuerdo con la precitada doctrina jurisprudencial, con todas las consecuencias que tal declaración lleva aparejada en torno a la reintegración a la masa o caudal hereditario de los bienes de la herencia, y solamente después de declararse la rescisión puede el heredero ejercitar el derecho que el artículo 1.077 del Código Civil le otorga, reservándosele al heredero beneficiado el ejercicio de la opción, siendo de destacar que en el supuesto de autos por parte de los herederos demandados, en toda la fase expositiva del proceso no se ha hecho la menor alusión al ejercicio de tal facultad, lo que no es óbice para que la tal reserva opcional pueda hacerse por el juzgador en la instancia, como esta Sala admite, siempre y cuando a tal situación preceda inexcusablemente la declaración de rescisión, con todas las secuelas que ello apareja; y ello por cuanto la lesión es antecedente de la indemnización, ya que es secuela o consecuencia de aquélla; razonamiento que conlleva la acogida del motivo primero del recurso, en el que, con procesal apoyo en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la interpretación errónea del artículo 1.074 del Código Civil, en relación con el 1.077, párrafo primero, del citado Cuerpo legal.

Y en la segunda sentencia declara la rescisión por lesión de la partición, debiendo tenerse en cuenta que el valor ha de entenderse referido al que tuvieren las cosas al tiempo de su adjudicación en la partición —no al tiempo del fallecimiento del testador, según había declarado la sentencia de la Audiencia—, reintegrando los bienes transmitidos a la sociedad a la masa hereditaria, a salvo el derecho de opción que el artículo 1.077 confiere a los herederos demandados, del que podrán hacer uso si así les conviniere y debiendo los Albaceas rendir cuentas de su encargo; todo lo cual conlleva a la confirmación íntegra de la sentencia del Juzgado.

COMENTARIO.—En materia de partición hereditaria nuestro Código permite la rescisión por lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas (A. 1074), con la limitación relativa a la partición efectuada por el propio causante, que no alcanza a la realizada por el Albacea o Contador-partidor (A. 1075). La doctrina más autorizada (FIGA FAURA, ROCA TRÍAS, PUIG BRUTAU) entiende aplicable el artículo 1.074 a Cataluña, mientras que en Navarra sigue vigente la lesión *ultra dimidium* (Ley 336). El carácter subsidiario de este remedio y el principio del *favor partitionis* se advierte claramente en cuanto al modo de reparar el daño, ya que el artículo 1.077 permite elegir al heredero demandado entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición, precepto que la jurisprudencia ha interpretado en sus justos límites, declarando, por ejemplo, que para optar por nueva partición es preciso que el demandado no haya enajenado una parte considerable de los inmuebles adjudicados y, a la inversa, que se impone la nueva partición cuando sin ella no es posible fijar con garantía de acierto la cantidad indemnizable (Sentencias de 19 de mayo de 1945, 9 de marzo de 1951, 5 de noviembre de 1955 y 8 de mayo de 1963). Y en consonancia con la cambiante situación actual y los principios de justicia, la doctrina entiende que la indemnización —si se opta por ella— es una deuda de valor, no de dinero, cuyo importe ha de referirse al momento de concluir la nueva partición, con los correspondientes frutos e intereses, lo que es también conforme con el criterio de igualdad cualitativa —no sólo cuantitativa— que preside la partición (A. 1061).

F. C. L.

SUCESION CONTRACTUAL EN NAVARRA. FIDEICOMISO CONDICIONAL.—Leyes 149, 177 y 239 de la Compilación (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la actora y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pamplona, conforme a las siguientes consideraciones:

Que en la escritura pública de «nombramiento de heredero y donación de bienes», otorgada por los cónyuges don A. E. E. y doña A. L. M., a favor de su hijo don M. E. L., verdadero *pacta de succedendo* que alcanza en su objeto «todos los bienes, derechos y acciones, presentes y futuros» de los donantes y cuya ordenación autoriza al presente la Ley 149, párrafo segundo, del Fuero Nuevo navarro, como también lo hiciera el Derecho histórico, parece dispuesta una sustitución de residuo, que en la actualidad contempla la Ley 177 de la propia Compilación con la mayor amplitud para los supuestos de sucesión paccionada, a cuyo tenor «si el donatario don M. E. L. falleciera sin dejar descendientes legítimos, los bienes donados que entonces existan revertirán a los donantes o so-

breviviente, para que éstos nombren nuevo heredero y donatario de los mismos, en defecto de ambos donantes, la reversión tendrá lugar en favor del hermano del donatario don V. E. L., y a falta de éste o si también falleciere sin descendientes legales, a sus hermanas doña A., doña M. y doña R. E. L., por este orden de preferencia, es decir, que si pasasen los bienes donados a doña A. y ésta falleciese sin descendientes legítimos, pasarán a doña M., y si ésta también falleciere sin descendientes, a doña R., bien entendido que cualquiera y todos los nombrados por el orden indicado, en favor de los cuales pasan los bienes donados por fallecimiento del anterior titular de los mismos sin descendientes, tendrán facultad para disponer de los bienes que pasen a su dominio por título oneroso o en todo caso y a título lucrativo si tienen descendencia legítima».

Que fallecido el donatario don M. E. L. en estado de soltero y sin descendientes, las sentencias de uno y otro grado entienden con acierto que los bienes objeto de la institución contractual de heredero han de pasar, con arreglo a las previsiones del pacto sucesorio, a la demandada recurrida doña M., por premoriencia de sus hermanos don V. y doña A., siendo ineficaz el testamento otorgado por don M. E. L. ante el Capellán del Hospital de Navarra en lo concerniente a los bienes sujetos a la sustitución de residuos, de los que era permitido disponer a título oneroso al instituido, pero no por vía testamentaria, conforme a lo ordenado por los donantes, como también establece el Fuero Nuevo en su Ley 239; criterio que el motivo único del recurso censura no por discrepar en lo fundamental de la tesis sustentada por ambos organismos jurisdiccionales, sino por entender que en el caso concreto enjuiciado los términos de la «reversión», según aparece regulada, exigía que para «pasar» los bienes a doña M. era indispensable que previamente los recibiera su hermana doña A., anterior en el orden de preferencia establecido, por lo que dada la inexistencia de tal presupuesto la institución de residuo quedó purificada y liberado el donatario de toda obligación de restituir.

Que dicha impugnación, amparada en el número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal y fundada en la violación del artículo 1.281 del Código Civil, aplicable por remisión del 622, carece de toda base estimable; pues la interpretación de los negocios jurídicos, sean *inter vivos* o *mortis causa*, materia susceptible de ser sometida a una doctrina general con reglas primordiales de hermenéutica, es tarea privativa del Tribunal de instancia, que habrá de ser respetada en tanto no resulte absurda, arbitraria o reñida con la lógica (Sentencias de 5 de octubre de 1970, 30 de abril de 1971, 30 de abril de 1981 y 29 de febrero y 9 de marzo de 1984, entre otras), y es incuestionable que la fijación del sentido de la cláusula controvertida efectuada por la Sala *a quo* no sólo se atiene a su clara dicción, sino que la actividad interpretativa se ajusta también a la voluntad inequívoca de los padres instituyentes, obteniendo una conclusión congruente con el significado de las palabras utilizadas y el propósito perseguido, labor que vendría corroborada, además, por las reglas que propugnan la producción de efectos de la declaración de voluntad (*favor contractus vel testamenti*).

COMENTARIO.—En esta sentencia se resuelven dos cuestiones principales, de conformidad con los criterios de los Tribunales de instancia. De una parte, la de que el fiduciario condicional, designado en donación universal navarra, sólo puede disponer, en principio, de los bienes dona-

dos por actos entre vivos a título oneroso, ya que para poder disponer de los mismos por actos a título lucrativo, entre vivos o por causa de muerte, es preciso que esté expresamente autorizado por el disponente. Así lo establece la Ley 239 de la Compilación. Y la otra, ya consagrada doctrinal y jurisprudencialmente, la de que el sustituto del sustituto debe considerarse como sustituto del primer instituido. En razón a ambas soluciones, el primer instituido, no facultado expresamente para ello, carecía de facultad para disponer por testamento de los bienes recibidos de sus padres, por lo que éstos deben hacer tránsito, en virtud de la segunda solución, directamente a la tercera hija llamada, aunque no hayan pasado antes los bienes por ninguno de los llamados preferentemente, no siendo condición necesaria para que herede la tercera llamada el que previamente hayan pasado los bienes a poder de ninguno de los dos hermanos llamados anteriormente.

F. C. L.

PRETERICION.—Artículo 814 del Código Civil (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelado contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de esta capital, que confirma íntegramente, estableciendo que los derechos proclamados en los artículos 14 a 38 de la Constitución son de aplicación inmediata. Todo ello conforme a la siguiente doctrina, de la que resultan claramente los hechos:

1. En el proceso del que este recurso dimana y en el que el actor, hoy recurrente, solicitó se declarase la existencia de una preterición en su perjuicio, como hijo y heredero de su padre don J. C. C., y en su consecuencia la reducción de la institución de herederos conforme al artículo 814 del Código Civil, deben destacarse los siguientes hechos básicos reconocidos por las partes y aceptados explícita o implícitamente por la sentencia recurrida: Primero. Don J. C. C. contrajo matrimonio en 30 de noviembre de 1934 con doña P. A., de cuyo matrimonio nacieron tres hijos, los demandantes don J., doña R. y doña P. C. A. Segundo. Vigente dicho matrimonio, y de relaciones extramatrimoniales habidas entre don J. C. C. y doña A. M. P., nació en Barcelona, el día 15 de febrero de 1957, el actor, hoy recurrente, don J. C. M., inscribiéndose dicho nacimiento en el Registro Civil, en virtud de declaración de dicho padre como hijo ilegítimo suyo y de doña A. M. Tercero. Fallecida la citada esposa doña P. A. el 6 de abril de 1973, el viudo don J. C. C. y doña A. M. P. contrajeron matrimonio el 11 de octubre del mismo año. Cuarto. El señor C. C. falleció el 31 de enero de 1979, bajo testamento abierto, otorgado el 5 de octubre de 1977, en el que instituía herederos a sus tres hijos legítimos habidos de su primer matrimonio, los hoy recurridos, sin hacer referencia alguna a don J. C. M., hoy recurrente. Quinto. La sentencia del Juz-

gado estimó la demanda, declarando la preterición del actor, sentencia que fue revocada por la dictada en apelación.

2. La sentencia de la Audiencia, aquí recurrida, partiendo del supuesto de que la Constitución española «... contiene mandatos y principios que han de ser aplicados inexcusablemente desde su entrada en vigor, pues se refieren a derechos reconocidos o garantizados en el primer texto legal », entiende, sin embargo, que «... hay otros derechos que solamente pueden tener efectividad mediante desarrollo legislativo posterior.. », entre los cuales incluye los relativos a la protección integral de los hijos, iguales ante la Ley con independencia de su filiación (artículo 39), por lo que argumenta que si la apertura de la sucesión se produce en la fecha de la muerte del causante (art. 657 CC), si la Ley 11/81, de 13 de mayo, que modifica el Código Civil en materia de filiación, ordena en su disposición transitoria octava que «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación», es claro, concluye, que en el presente caso por haberse producido la apertura de la sucesión de don J. C. C. el día de su fallecimiento, ocurrido el 31 de enero de 1979, cuando no regía la modificación introducida por la citada Ley 11/81 y, por tanto, cuando el hijo habido fuera de matrimonio de quien estaba casado tenía la cualidad de ilegítimo no natural, con derecho únicamente a alimentos, no puede hablarse en ningún supuesto de preterición, en cuanto al actor, como tal hijo ilegítimo no natural del causante, no tenía derechos hereditarios en su caudal relicto, conclusión que llevaba aparejada la desestimación de la pretensión actuada.

3. Frente a dicha sentencia se formula el presente recurso, desarrollado en diez motivos, el cuarto de ellos de examen preferente por imperativo del principio de jerarquía normativa, en cuanto con apoyo en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley procesal denuncia la infracción por no aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución española, en conexión con el apartado 3 de su disposición derogatoria y repetidas sentencias del Tribunal Constitucional, requiere para su adecuado examen y decisión sentar las siguientes premisas básicas: a) La Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico español, es vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos desde el momento de su entrada en vigor (art. 9.º), y si bien los principios rectores de la política social y económica recogidos en los artículos 39 a 52, aun cuando deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (artículo 53, 3), sin embargo, los derechos proclamados en los artículos 14 a 38 son de aplicación directa e inmediata, sin perjuicio de que un posterior desarrollo legislativo pueda regular su ejercicio (art. 53, 1). b) Consecuentemente, el principio de igualdad ante la Ley sin discriminación alguna por razón de nacimiento que proclama el artículo 14 de dicho texto fundamental rige desde la entrada en vigor de la Constitución el 29 de diciembre de 1978 y, por tanto, los preceptos del Código Civil que trataban desigualmente a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por estar basados en principios discriminatorios por razón de origen, quedaron sin eficacia por imperativo de la disposición derogatoria tercera de dicha norma fundamental, que declara expresamente derogadas cuan-

tas disposiciones se opongan a lo en ella establecido por inconstitucionalidad sobrevenida.

4. En aplicación de tales premisas debe afirmarse que si los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (art. 657 CC), y si el fallecimiento del causante, padre común de los litigantes, se produjo el día 31 de enero de 1979, es decir, vigente ya la Constitución, y con tal vigencia, y por imperativo del principio de igualdad sin discriminación por razón de nacimiento proclamado en el citado artículo 14 y de la igualmente mencionada disposición derogatoria tercera, quedaron sin efecto los preceptos del Código Civil de contenido discriminatorio por razón de origen matrimonial o extramatrimonial, y entre ellos los que calificaban al nacido fuera del matrimonio de padre o madre casados como ilegítimo no natural, con las consecuencias que en el orden sucesorio tal condición llevaba aparejada, es manifiesto que debe darse lugar al indicado motivo cuarto, en cuanto, por aplicación de normativa a la sazón derogada, niega al actor derechos sucesorios en la herencia del causante, padre común de los litigantes, y, por tanto, niega su preterición en la herencia, por su cualidad de hijo ilegítimo no natural, cualidad desaparecida desde la entrada en vigor de la Constitución.

5. Como quiera que en el testamento otorgado por el causante el 5 de octubre de 1977, en el que instituyó herederos a los tres hijos matrimoniales, los hoy recurridos, resultó preterido el actor recurrente al devenir heredero forzoso a partir de la vigencia de la Constitución derogatoria de las disposiciones discriminatorias por razón de nacimiento, es manifiesto que a tenor del artículo 814 del Código Civil debe reducirse la indicada institución de herederos para dejar a salvo la legítima del preterido, respetándose en todo lo demás lo ordenado por el testador, que es lo que estableció la sentencia del Juzgado revocada por la dictada en apelación y objeto del presente recurso.

NOTA.—Conforme a esta sentencia, resultarán afectadas las respectivas legislaciones forales, incluso aquellas que no hayan desarrollado los principios constitucionales.

F. C. L.

TITULOS NOBILIARIOS. PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1985).

Los títulos nobiliarios pueden adquirirse por prescripción inmemorial y por usucapión extraordinaria de cuarenta y cinco años.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado número 1 de Primera Instancia de esta capital, conforme a las siguientes fundamentales consideraciones:

Que en materia de aplicación de la posesión inmemorial a los títulos nobiliarios y del principio de imprescriptibilidad no son unánimes las opiniones; en favor de la prescripción se cita sobre todo la Ley 41 de las de Toro, que aunque tenía una precisa y clara finalidad probatoria, fijaba el plazo de cuarenta años; esta Sala, en abundante jurisprudencia (Sentencias de 14 de marzo de 1960, 31 de noviembre de 1962, 30 de junio de 1965, 2 de diciembre de 1967 y 21 de mayo de 1971, entre otras), reconoce la prescripción de los cuarenta y cinco años y apunta sus fundamentos y fines esencialmente probatorios, aunque los defensores de la imprescriptibilidad hayan desorbitado el concepto y convertido en falso argumento a favor de su teoría; y con la misma finalidad probatoria se justifica la prescripción inmemorial, que ha sido reconocida para los mayorazgos por la misma doctrina legal (Sentencias, entre otras, de 30 de marzo de 1970 y 22 de marzo de 1978); consolidación de esta tesis viene a representar la Sentencia de 9 de junio de 1964, según la cual el mayorazgo (y por analogía los títulos nobiliarios en general) se pueden probar por costumbre inmemorial, con base en la Ley 41 de Toro, por lo que en todo caso la línea o rama que haya disfrutado del título sin dejarlo caducar durante cuarenta años deberá ser mantenida en su posesión frente a todos, doctrina concordante con la Sentencia de 10 de octubre de 1961, que aplicó la prescripción extraordinaria a los títulos aragoneses y catalanes; por otra parte, en favor de la reimplantación de la prescripción se tiene su raigambre histórica (Ley 41 citada y art. 18 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, así como el Ordenamiento de Alcalá y la Novísima Recopilación); la posesión inmemorial presuponía una permanencia en la posesión del título que no hubiera sido posible sin un título original legítimo, de modo que la dejación de derechos por los prellamados, en estrecho lazo con el transcurso del tiempo, es suceso idóneo para la convalidación de la adquisición de una merced nobiliaria; a lo que cabe añadir la seguridad jurídica que produce la prescripción con la eliminación de numerosos pleitos; en definitiva, la tesis de la posesión civilísima no podrá en todo caso eludir que se apliquen a supuestos como el debatido la doctrina de la prescripción, como institución de carácter general, que ha de tenerse en cuenta en el ejercicio de los derechos para dar seguridad y certeza a las relaciones jurídicas.

Que la aplicación de la doctrina expuesta en el anterior considerando al supuesto fáctico litigioso, recogido en el primero, da lugar a la estimación de los motivos séptimo y octavo del recurso, alegando el primero de ellos, con apoyo en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción por interpretación errónea de la Ley 45 de las de Toro, «que es la Ley I del título XXIV del Libro XI de la Novísima Recopilación, aplicable por la doble remisión de las Leyes de 11 de octubre de 1820 (art. 13) y 4 de mayo de 1948 (art. 1.º)», y el segundo, con el mismo amparo procesal, acusando la infracción por violación de la Ley 41 de Toro, que es la Ley I del título XVII del Libro X de la Novísima Recopilación, aplicable por la doble remisión de las Leyes de 11 de octubre de 1820 y 4 de mayo de 1948, y la doctrina legal que se enuncia en este motivo; puesto que acreditado como hecho probado que don F. R. A. obtuvo la rehabilitación del título discutido en 1884, sus sucesores han consolidado por prescripción o posesión, que a estos efectos puede considerarse inmemorial, con la concurrencia de los demás requi-

sitos legales, la adquisición del título o merced de Marquesado de V., como poseedores exclusivos por sí y sus sucesores, entre los que se encuentra la demandada doña I. R. M., lo que da lugar, sin necesidad de examinar los restantes motivos del recurso, a su estimación.

Y en la segunda sentencia resuelve de conformidad a los fundamentos expuestos.

F. C. L.

PARTICION HEREDITARIA. RESCISION POR LESION. PRINCIPIO «FAVOR PARTITIONIS». VALORACION DE LOS BIENES (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1985).

Los bienes habrán de valorarse por el valor que tengan cuando sean puestos a disposición del lesionado y no por el valor que tenían al tiempo de la partición.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Ciudad Rodrigo, conforme a las siguientes consideraciones:

Que la rescisión de las operaciones particionales por lesión, siempre que su entidad económica sea superior a la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, según dispone el artículo 1.074 del Código Civil, descansa sobre la base de que el agravio en tal cuantía se haya efectivamente originado, lo que obviamente exigirá la reconstrucción del acervo hereditario en su valor real referido a la época que el precepto señala, ponderado el cual, si lo adjudicado al coheredero para el pago de su cuota no alcanza a cubrir el *quantum* de las tres cuartas partes de lo que le corresponde recibir con arreglo al efectivo valor de los bienes que componen la herencia, es claro que la lesión supera el cuarto del valor de la totalidad del lote, que es el que importa (Sentencias de 16 de noviembre de 1955 y 24 de noviembre de 1960), regla de proporción respecto de la total masa partible que ha de ser referida al tiempo de la adjudicación y no al de la apertura de la sucesión o al de la demanda impugnativa; bien entendido que la averiguación del menoscabo y su importancia constituyen cuestiones de hecho, necesitadas de ordinario de prueba pericial y libremente apreciables por el Tribunal de instancia (Sentencia de 11 de abril de 1959 y 25 de febrero de 1980).

Que en atención al principio del *favor partitionis* o de conservación, manifestado también en la subsidiariedad que a la acción específica atribuye la doctrina, el párrafo primero del artículo 1.077 otorga al heredero demandado el derecho de optar entre la indemnización del daño o consentir que se proceda a nueva partición, pudiendo efectuarse aquélla en numerario o en cosas de la misma naturaleza, especie o calidad en que se ocasionó el perjuicio, de suerte que si elige este término para remediar el acto lesivo, el valor de los bienes a tener en cuenta será el que

les corresponda al tiempo en que sean puestos a disposición del agraviado y no el que tuvieron cuando se practicó la partición; precepto al que se atuvo la Sala de instancia al reservar a la demandada esa facultad de opción, y si bien no deja de adolecer de falta de rigor el pronunciamiento ordenando una «nueva valoración de todos y cada uno de los bienes de la herencia, teniendo en cuenta los mismos en el momento de realizarla», a fin de precisar la cuantía de la indemnización, con olvido de que la existencia de la lesión ha sido afirmada como presupuesto inexcusable para la viabilidad de la acción rescisoria y su «precisión cuantitativa lógicamente ha de tener su reflejo implícito en el fallo y explícito en la fase de ejecución, en la que el heredero podrá realizar la opción que la Ley le concede», como señaló la Sentencia de 25 de febrero de 1980, es lo cierto que la renuncia de la parte recurrente al motivo tercero en el acto de la vista —así como al segundo y cuarto—, en el que se denunciaba violación del artículo 1.074 del Código sustantivo, «al no haber sido aplicado al establecer las bases en el fallo», tal apartamiento de la impugnación veda a este Tribunal toda posibilidad de censura en ese extremo.

F. C. L.

PARTICION HEREDITARIA. RESCISION POR LESION (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la demandada y apelada contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Ayamonte, entendiendo la Audiencia que era sólo una la finca legada, mientras que el Juzgado y lo mismo el Tribunal Supremo estiman que son dos las fincas objeto del legado, en base a las siguientes consideraciones:

Que el fundamental tema planteado en instancia quedó centrado en determinar el sentido y alcance que debía darse a la cláusula tercera del testamento otorgado por doña I. D. P., que literalmente dice: «Lega a su sobrina doña M. D. D. el pleno dominio de la finca rústica 'La Riverilla' y 'Valdegrulla', en término municipal de Alosno»; pues mientras la parte actora y recurrida entiende que la partición practicada por el Albacea Contador-partidor contiene un notable error al adjudicar a dicha sobrina las fincas «La Riverilla» y «Valdegrulla», cuando lo legado fue una sola finca, sin embargo, dicha legataria demandada sostiene que lo que su tía le dejó fueron los dos fundos, según se desprende del tenor del citado testamento; habiéndose acogido por la sentencia recurrida, que revocó la del Juzgado, la pretensión actora, declarando al efecto rescindida e ineficaz la partición de la herencia de la indicada testadora, apoyándose fundamentalmente para tal pronunciamiento: a) en que las fincas números 13 y 14 del inventario, que corresponden a «La Riverilla» y «Valdegrulla», son dos fincas y no una sola, aunque constituyen una unidad de explo-

tación y las dos tengan las denominaciones de «Picote» y «La Riverilla», por proceder de la antigua dehesa de mayor extensión, de la que fueron segregadas, que en su totalidad era conocida con los nombres expresados; b) en que aunque una y otra tenían la genérica denominación de «La Riverilla», sin embargo, la denominación de «Valdegrulla» sólo se utiliza para designar la finca número 14 del cuaderno particional; y c) que al utilizar los referidos nombres de «La Riverilla» y «Valdegrulla» la testadora quiso hacer referencia, con el primero, a la denominación genérica del lugar o paraje de situación, y con el segundo, al nombre concreto o específico de la finca, quedando con ello esclarecido que la testadora quiso legar una sola finca y que la misma es la que se encuentra al sitio de «La Riverilla» y recibe la denominación de «Valdegrulla», que es concretamente la número 14 del inventario de bienes de la partición.

Que contra dicha sentencia se formula el presente recurso, en cuyo motivo primero, apoyado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, se expone que la referida sentencia, al interpretar la cláusula testamentaria tercera, relativa al legado hecho en favor de la demandada, aquí recurrente, en el sentido de que sólo comprendía la finca descrita al número 14 del inventario, declarando, en consecuencia, rescindida la partición al habersele adjudicado también la número 13, ha infringido, por violación, el artículo 675, párrafo primero, inciso primero, del Código Civil, que establece que toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; motivo al que debe acompañarle el éxito, pues 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, situación de excepción que se da en el presente caso al ser claramente insostenible la interpretación que la sentencia recurrida da a la repetida cláusula testamentaria, según se desprende, en primer lugar, de la circunstancia de que si, como afirma tal resolución, la testadora al utilizar los nombres de «La Riverilla» y «Valdegrulla» hubiera querido hacer referencia, con el primero, a la denominación genérica del lugar o paraje de situación, y con el segundo, al nombre concreto o específico de la finca legada, no se comprende cómo en lugar de expresarlo en tales términos separó dichos vocablos con la conjunción copulativa «y», que indica juntar y enlazar una cosa con otra, lo que presupone dualidad y no unidad de objetos o fincas, en segundo término, del hecho de que si una de las fincas tenía como denominación única la propia de la partida o paraje y la otra, además, la específica de «Valdegrulla», es incomprensible que se utilizasen en la cláusula testamentaria las dos denominaciones si sólo se quería legar una finca, en cuanto con el nombre específico de ésta hubiera quedado suficientemente exteriorizada su voluntad, aparte de que el legado de la otra exigía emplear necesariamente el nombre de «La Riverilla», por ser su única denominación, aunque fuese también el de la partida; y, en último término, de la consideración de que el Albacea Contador-partidor al practicar la partición entendió que se habían legado las dos fincas, y tiene declarado esta Sala, en su Sentencia de 28 de junio de 1956, que

tales personas, como ejecutores testamentarios con amplias facultades, son de las más autorizadas para descubrir la verdadera voluntad del testador; sin que tales argumentaciones queden desvirtuadas por la circunstancia de que en la citada cláusula se emplee el singular «la finca» para determinar lo legado, pues con independencia de que en caso de haberse cometido un error mecanográfico es más racional entender que se omitió la letra «s» en los vocablos «la» y «finca», por exigirlo así la concordancia gramatical, dada la dualidad de palabras que le siguen separadas por la indicada conjunción copulativa, no puede olvidarse que la propia sentencia recurrida, aun reconociendo que estamos en presencia de dos fincas, afirma que las dos constituyen una unidad de explotación, unidad de explotación, dada su colindancia, que justificaría en todo caso el uso del singular para designar lo legado, dos fincas en sentido hipotecario, una sola en sentido agrícola.

Y en la segunda sentencia resuelve conforme a tales fundamentos, confirmando la sentencia del Juzgado.

COMENTARIO.—Nunca se insistirá bastante en la claridad a la hora de redactar los instrumentos públicos, especialmente aquellos que, como el testamento, ya no es posible una aclaración por el otorgante, puesto que al producir sus efectos jurídicos el testador ha fallecido. Como magistralmente dice el artículo 148 del Reglamento Notarial, «los instrumentos públicos deberán redactarse... empleando en ellos un estilo claro, puro, preciso, sin frase ni término alguno oscuros ni ambiguos y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma». Y esto es aplicable al caso objeto de este pleito, en el que aparece en el testamento una referencia en singular, «la finca», para luego dar dos nombres, «La Riverilla» y «Valdegrulla», de donde queda la duda de si el testador quiso legar una sola finca o dos distintas; y de ahí la diversa interpretación que los órganos jurisdiccionales han atribuido a esa cláusula. Un medio fácil y seguro es hacer referencia a la inscripción registral, expresando, por ejemplo: que son las fincas números ... y ... del Registro de la Propiedad de X, inscritas a los tomos, libros, folios, etc.; y, a falta de inscripción, referirse a los linderos, superficie o cualquier otro dato que no deje duda acerca de la voluntad del testador. Con lo dicho se relaciona la cuestión de si la voluntad del testador es dejar única y exclusivamente una finca determinada o bien concreto o también, y en su caso, aquellos que puedan sustituir al primitivamente legado, a fin de salir al paso de la presunción del artículo 869, 1, del Código Civil, circunstancia que es muy frecuente tratándose de un piso, un automóvil u otros bienes que suelen venderse para, con su producto, adquirir otros análogos.

F. C. L.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

CABALLERO GEA, José Alfredo: *Desahucios. Procedimiento sumario del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. El titular registral frente al ocupante sin título*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1985, un tomo de 591 págs.

A medida que uno va avanzando por el escalafón —y retrocediendo en la vida— cualquier detalle sirve para que se recuerden más aquellos tiempos heroicos de las oposiciones, hoy tan denostadas, pero que siguen siendo, indiscutiblemente, el medio imparcial e insuperable de seleccionar a los mejores. Hoy viene esto a cuento porque aquí está aquel tema rotundo del cuestionario que nos pedía: «Consecuencias procesales de la legitimación registral: el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria», precepto que nos aprendimos de memoria como medio insustituible para poder decirlo lo más rápidamente posible y con la mayor justeza. Si las bolitas nos ponían este tema a tiro, en la dura lucha contra el reloj, arrancábamos muy raudos con aquello de «las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse...», etc. Y luego venía todo lo demás: el explicar que este remedio venía a ser algo así como la penicilina jurídica que cortaba de raíz toda infección, obteniendo, por vía rápida y sin necesidad de pleitos declarativos dilatorios, un resultado efectivo basado tan sólo en la inscripción registral; claro que con las propias cautelas, garantías y excepciones.. que también soltábamos como trallazos, so pena de fracaso y vuelta a empezar.

Este procedimiento concede, ciertamente, una enorme virtualidad a los pronunciamientos del Registro, lo que ha hecho que su utilización en nuestro foro sea frecuentísima. Por su naturaleza predominantemente ejecutiva, la Ley 10/1968, de 20 de junio, estableció que el conocimiento de los recursos de apelación de este procedimiento especial corresponde a las Audiencias Provinciales.

Ahora, la Editorial Aranzadi, cuya labor en este tipo de obras es conocida, publica el libro que comentamos, bajo el subtítulo *Síntesis y ordenación de las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales*, y cuyo autor, José Alfredo CABALLERO GEA, tiene probada y repetidísima experiencia en recopilaciones análogas.

En este caso, siguiendo un ordenado esquema expositivo, recoge y resume numerosísimas sentencias, unas acordes, otras no tanto, y algunas contradictorias, que se han dictado sobre las diversas cuestiones que hayan podido plantearse al poner en marcha el mecanismo del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y sus complementarios artículos 137 y 138 del Reglamento.

Para ello hace unas consideraciones generales sobre cada grupo de problemas y después resume los planteamientos de hecho y la corres-

pondiente doctrina jurídica contenida en los considerandos, con lo que consigue una idea bastante completa de cada uno de los temas en litigio.

He aquí una apretada síntesis de la síntesis:

1. En cuanto a la *naturaleza y finalidad* de esta acción, la doctrina de las Audiencias Provinciales puede resumirse en el sentido de que se desenvuelve dentro de un cauce limitado y peculiar y se dirige contra quienes, careciendo de título análogo, se opongan al derecho inscrito o perturben su ejercicio, de tal manera que, una vez se aporte por el titular registral la certificación que acredite la vigencia sin contradicción del asiento, trae las consecuencias marcadas por el mismo precepto legal, invirtiendo las ordinarias posturas procesales. Así, el contradictor provocado por la demanda inicial tiene la carga de la prueba si quiere ampararse en las excepciones, contradiciendo el normal principio de Derecho *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. El mecanismo sumario del artículo 41 de la Ley Hipotecaria exige ceñirse inexcusablemente a lo que conste del Registro y partir de «su verdad legal» al resolver la contradicción; sin que sea factible evadirse de este límite ni rebasarlo con declaraciones impropias o extrañas al principio presuntivo en que se sustenta este procedimiento.

2. *Legitimación registral: presunciones del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.*—Este proceso descansa sobre el principio de legitimación registral, consagrado por el artículo 38, según el cual a todos los efectos legales se presume que los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad existen y pertenecen a su titular en la forma reflejada en el asiento respectivo, entrañando esa inscripción un privilegio a favor del inscribiente; presunción que sólo puede ser rectificada mediante la declaración judicial de inexactitud, por hallarse en contradicción con la realidad y por las causas taxativamente señaladas en dicho artículo 41. La efectividad de las presunciones posesorias produce la inversión de la carga de la prueba en favor del titular inscrito y la limitación en cuanto a los medios de defensa, en perjuicio de quien se oponga, teniendo éste que justificar la causa concreta de contradicción. En base al principio de legitimación registral, los titulares de acciones reales procedentes de derechos inscritos pueden hacerlas efectivas por el procedimiento del artículo 41, no siempre exento de contención, pero en el que, por su especial naturaleza, las causas de oposición que puede esgrimir el contradictor están limitadas.

3. *Legitimación procesal.*—Siendo indudable que solamente los titulares registrales pueden utilizar el procedimiento del artículo 41 para el ejercicio de las acciones reales procedentes de derechos inscritos, es claro, *a sensu contrario*, que carecen de facultad para incoar el procedimiento de referencia aquellos que no hayan inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad.

4. *Identidad de la finca.*—La cuestión queda centrada en determinar la identidad entre la finca inscrita y la litigiosa, siendo indispensable para que la acción prospere que los actos de perturbación se hubieran realizado en la misma finca que aparece inscrita. La acción del artículo 41 es una reivindicatoria simplificada, y aunque el titular esté exento de prueba, viene obligado a acreditar la identidad de la finca y la realidad de su existencia. Si sobre la finca inmatriculada pesa una acusación ju-

dicial de irreconocibilidad material, no puede prosperar una acción que supone y entraña una perfecta determinación física. Cuando se vea oscuridad, indeterminación, contradicción de límites, diferentes cabidas o cualesquiera otras circunstancias que lleven al juzgador a no impregnarse de una realidad física coincidente con la fe pública registral, necesariamente ha de denegarse la pretensión.

5. *Certificación registral*.—Hay discordancia en cuanto a si esta certificación debe o no ser literal. Mientras una Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 15 de octubre de 1977 afirma que sí debe serlo, porque así lo exige el artículo 137 del Reglamento Hipotecario, por el contrario, la Sentencia de 9 de julio de 1981 de la Audiencia Provincial de Las Palmas entiende que hay una antinomia entre dicho precepto reglamentario y el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que sólo habla de «certificación del Registro», sin exigir su literalidad, y por ello es obvio que el Reglamento no puede ir más lejos que la Ley en exigencias formales. Pero la discordancia desaparece cuando se aclara en esta segunda sentencia que se ejercitaba la acción con «fotocopias certificadas de la inscripción registral». O sea que la certificación no sólo era literal, sino incluso facsímil, y, además, certificada; ¿qué más se podía pedir?

6. *Legitimación pasiva*.—Para ejercitar las acciones derivadas de derechos inscritos por el procedimiento del artículo 41 han de promoverse precisamente contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Pero así como la legitimación activa se da por supuesta en favor del titular registral, en la pasiva la condición de oponente o perturbador es una situación de hecho que vendrá determinada en cada caso por las circunstancias concurrentes y naturaleza del derecho que se atribuya. Ha de ejercitarse contra aquellas personas que material y directamente hayan causado la perturbación, debiendo concurrir en los demandados la cualidad de que sean los que efectivamente se oponen o perturben por medio de un hecho real y cierto.

7. *Cuestiones procesales varias*.—Aquí se recogen sentencias sobre diversas cuestiones de importancia procesal indudable que pueden propiciar el éxito o motivar la desestimación de la acción, tales como cuando es necesaria la reclamación previa en la vía administrativa, requisitos del poder para pleitos, incidencia del artículo 313 de la Ley Hipotecaria en cuanto a documentos no inscritos, previa liquidación de los impuestos, reseña del título adquisitivo, relevancia posterior de hechos no invocados en la demanda y otros varios.

8. *Causa primera de contradicción*.—Se refiere a la falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritos que desvirtúan la acción ejercitada; es decir, que se contempla un caso de falsedad cuando, según el artículo 302, 6, del Código Penal, el Registrador haya certificado de un asiento supuesto o manifestado cosa contraria o diferente o haya omitido derechos o condiciones que desvirtúan la acción. No se da esta causa cuando lo que se ataca no es la certificación, sino el título que sirvió de base para obtener la inscripción registral, ya que la oposición no viene referida en la Ley a la discordancia entre el Registro y la realidad, sino a la discordancia entre la certificación registral y el contenido del Registro. Practicado el cotejo de la certificación y el original del Registro, que evidenció su coincidencia, es evidente la inexistencia de la supuesta falsedad.

9. *Causa segunda de contradicción.*—Dada la amplitud de sus términos, es la que más dificultades y cuestiones plantea, ya que no existen normas que precisen su verdadero alcance o sentido. En este libro se recogen, en resumen, pero con gran amplitud, varias sentencias referidas a los supuestos posibles: poseer el contradictor la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra relación jurídica con el titular actual o los anteriores o en virtud de prescripción si ésta puede perjudicar a dicho titular según el artículo 36 de la Ley Hipotecaria. Dentro de este ámbito hay sentencias referidas a la relación jurídica directa, aparcería, abintestato, arrendamiento, comodato, compraventa, comunidad, dación en pago, opción, donación, expropiación forzosa, propiedad horizontal, negocios fiduciarios, permuta, precario. . y mil y un supuestos.

10. *Causa tercera de contradicción.*—Cuando la finca o derecho se encuentre inscrito en favor del contradictor es un supuesto de doble inmatriculación; entonces es lógico que se sobreseá el proceso de ejecución, debiendo dejarse la resolución del problema para el juicio ordinario correspondiente. Es preciso que se acredite la realidad física de las fincas objeto de las inscripciones duplicadas mediante una cumplida identidad de las mismas; pero cuando por la complejidad de las descripciones y su falta de correspondencia con la realidad no puede, dentro de este procedimiento sumario, resolverse si en efecto se trata de una doble inscripción o se refiere a distintas porciones de finca, debe remitirse la cuestión a un juicio declarativo. Cuando el problema jurídico planteado consiste en discutir y resolver sobre la preferencia de títulos contradictorios de dominio, ambos inscritos, constituye una cuestión ardua y compleja que rebasa el estrecho cauce de este proceso.

11. *Causa cuarta de contradicción.*—El no ser la finca inscrita la que efectivamente posea el contradictor constituye prácticamente una falta o ausencia de legitimación pasiva, pues lo que habrá de demostrar el demandado es que las hipotéticas perturbaciones se han producido en finca distinta de la inscrita en favor del iniciador del litigio. El fundamento de esta causa está en la premisa de que es necesario identificar plenamente la finca que es objeto de reclamación, necesidad lógica, dado que su ejercicio entraña una acción reivindicatoria.

12. *Presunciones: carga de la prueba.*—Dado el carácter sumario de este proceso, es suficiente que, de modo razonable, resulte demostrado que efectivamente existe un título justificador de la posesión del contradictor, sin necesidad de pasar a resolver cuestiones complejas que deben quedar reservadas al juicio ordinario correspondiente. Basado este procedimiento en la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, es natural que al titular registral no le haga falta un proceso de cognición para demostrar lo que su situación tabular da por supuesto. Pero una presunción no es una sentencia, por lo que lo que *ab initio* era un proceso de ejecución puede convertirse en un procedimiento mixto; pero en éste sigue dominando la fase ejecutiva, donde el contradictor tiene la doble limitación de ser sólo cuatro las causas de oposición y que tiene que soportar la carga de la prueba.

13. *Daños y perjuicios. Caución.*—Por el solo hecho de la ocupación de la finca se acredita que se han ocasionado unos perjuicios de los que debe responder el contradictor, pues se han dejado de percibir unos frutos civiles, cuya estimación cuantitativa puede reservarse para el período de ejecución de sentencia. De la práctica forense se deduce que la cau-

ción casi nunca cumple su verdadero fin y de hecho es una amenaza que esgrimen los titulares registrales para tratar de eludir oposiciones de los provocados; por ello los Jueces se han visto obligados a decretar reducciones.

14. *Recurso de apelación*.—Debe interponerse ante las Audiencias Provinciales a partir de la Ley citada de 20 de junio de 1968.

15. *Lanzamiento*.—Cuando se decreta el lanzamiento o desalojo del inmueble, la ejecución de la sentencia debe tener lugar no sólo en cuanto al poseedor demandado, sino también en cuanto a las personas que traen causa de él. Se imponen las costas a quien sólo pretende dilatar por esta causa ficticia la ejecución de una sentencia firme.

El libro termina con los capítulos XVI y XVII, el primero de los cuales comprende los formularios de los escritos de este procedimiento, y el segundo transcribe el texto de los artículos 28 a 41 de la Ley Hipotecaria y 137 y 138 del Reglamento, que contienen, como es sabido, la normativa aplicable.

Digamos, como final, que la obra es completísima y constituye una guía práctica de indudable valor, diríamos que indispensable, para quienes necesiten aclarar cuestiones en el ámbito de este procedimiento especial.

Sólo un pequeño reparo terminológico, quisquilloso y sin importancia: creemos que sobra la palabra inicial «desahucios» en el título del libro. Desahuciar es desalojar o despedir al inquilino o arrendatario por haber cumplido el contrato o por cualquier otra razón. El artículo 41 de la Ley Hipotecaria tiene un ámbito distinto y mucho más amplio; su finalidad es otra, según puede verse, sin ir más lejos, en este estupendo libro que consideramos utilísimo, para profesionales del Derecho.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CAMBIASSO, Susana: «El cooperativismo y las cooperativas agrarias», en *Cuadernos de Derecho Inmobiliario*, núm. 4, Montevideo, marzo 1986, un tomo de 305 págs.

Casi a punto de cumplirse el V centenario del Descubrimiento del Nuevo Mundo, se acrecienta en nosotros, los españoles, de modo notable, la simpatía hacia todo lo que proviene de las naciones hermanas de Hispanoamérica, a las que siempre y cada vez más nos consideramos entrañablemente unidos.

En el mundo iusagrarista hay corrientes de contacto que últimamente nos han hecho conocernos más de cerca, y que han sido los congresos internacionales, ya de Derecho registral o de Derecho agrario, y que han supuesto una fructífera comunicación de doctrinas, opiniones y afectuosas relaciones entre los estudiosos de ambos continentes. Además, son frecuentes los intercambios de libros y publicaciones que, aparte informarnos de tendencias y corrientes científicas o legislativas, suponen una unión entre los hispánicos, enormemente facilitada por un idioma, una idiosincrasia y unas formas de pensar evidentemente comunes.

Acabo de recibir, con afectuosa dedicatoria, este libro que comenta-

mos, en el que la autora obtiene un acabado estudio doctrinal y de Derecho comparado que es un verdadero puente entre América y España. Si el motivo inmediato del libro es presentar el Decreto-ley 15.645, de 17 de octubre de 1984, que regula las cooperativas agrarias de Uruguay, Susana CAMBIASSO ha conseguido mucho más, pues desarrolla magistralmente una completísima teoría general del cooperativismo en todos sus aspectos y sobre todo en el social y jurídico.

El fenómeno cooperativo se ha extendido por el mundo entero lo suficiente como para que sea merecedor de la atención de legisladores y estudiosos. Se ha dicho que constituye la fórmula más idónea y universal para la teoría y la práctica de la titularidad agraria colectiva, hasta el punto de que en la reunión celebrada por la Alianza Cooperativa Internacional en Moscú, en 1980, se constató que esta figura existe en 157 países, agrupando a miles de cooperativas con más de seiscientos millones de asociados. En España existen unas quince mil cooperativas, con casi tres millones de socios, entre los cuales se encuentra, microscópico y modestísimo, el autor de este comentario. La agricultura de grupo es, ciertamente, una realidad universal.

Y es que cometidos inaccesibles o de muy difícil consecución para el hombre aislado se tornan hacederos cuando se unen varios para realizarlos. En todo caso, además, se consigue una economía de esfuerzos y gastos y un aumento consiguiente de beneficios, lo que, unido a un trato fiscal generalmente favorable, explican el auge creciente de la cooperación. Además, las cuestiones que pueden afectar a este campo son tan importantes y se presentan en la práctica de modo tan continuo que han promovido un desenvolvimiento que autoriza a hablar ya de un «Derecho cooperativo» como rama jurídica autónoma referida a las normas y principios que se refieren a estas peculiares asociaciones.

Intentaremos hacer un resumen de este libro, siguiendo su misma sistemática, con breves comentarios.

I. *Orígenes y evolución del cooperativismo.*—La autora sitúa el nacimiento del espíritu asociacionista en el sistema gremial de la Edad Media, donde se reflejaban el ascetismo cristiano y las doctrinas aristotélicas sobre el precio justo y la reprobación de la usura, aunque este sistema, que era válido para una economía familiar de simple subsistencia, no se podía aplicar a la economía abierta o de mercado. La revolución industrial vino a trastocar el sistema, surgiendo las dos teorías económicas enconradas del individualismo feroz y del socialismo utópico, igualmente reprobables. El llamado socialismo cristiano del sacerdote francés Lamennais, la asociación de los Justos Pioneros de Rochdale y las cajas rurales ideadas por el alemán Raiffeissen son los verdaderos gérmenes conocidos del cooperativismo moderno. Este ha alcanzado pleno éxito y algunos llegan a exagerar su papel convirtiéndolo en pancooperativismo, pues piensan que si las cooperativas se federasen organizando toda la producción y adquiriendo todas las tierras podrían también obtener un poder prácticamente omnímodo. Claro que esta postura, como advierte la autora, choca precisamente con uno de los principales principios cooperativos, que es el de la libre adhesión: si hay libertad de asociarse o de salir de la cooperativa el sistema se viene abajo estrepitosamente.

II. *La doctrina cooperativa*.—Tras tocar las cuestiones sociales que surgen de la contraposición entre individualismo y socialismo, que no respetan la iniciativa privada, el libro aborda la esencia de la doctrina cooperativa, que confiere a esta asociación un papel de importancia variable en la solución de los problemas económicos y sociales. Respecto a la propiedad, trata de ponerla en común mediante su utilización colectiva; respecto a la vida económica, aspira a eliminar la lucha competitiva, conjugando los intereses de productores y consumidores; por último, evita la lucha de clases, pues la cooperación es una asociación sin ellas.

Estas doctrinas se han interpretado de diversas maneras: para algunos, como WALRAS, el movimiento cooperativo era una fuerza conservadora, mejorando la suerte de la clase obrera; según FAUQUET, era un sector importante en la construcción de distintos sistemas socialistas, y GIDE cree que era un medio de instaurar un socialismo particular, realizando la soberanía del consumidor. La autora resume el parecer de estos autores, así como el de los continuadores de la escuela de Nimes, las doctrinas de los ingleses NEALE, PENTY y CALO y, por último, la concepción idealista del mejicano Rosendo ROJAS.

III. *Moral y espíritu cooperativo*.—Constituye éste un medular capítulo en cuanto que certeramente pone de manifiesto el «secreto» y la esencia capital de esta especial *afectio* indispensable para la buena marcha de la cooperativa. Susana CAMBIASSO ha sabido captar la idea básica de que la profunda colaboración humana exige una moral de grupo y un cultivo permanente de la calidad personal de los socios. Las morales de grupo, dice, son aquellas que las diferentes colectividades desean que sus miembros observen: el respeto debido a la persona humana y al trabajo realizado, la fraternidad, la solidaridad y la justicia; todas estas virtudes encauzan el proceso que conduce al mutualismo y suponen un efecto fecundante para la actividad del hombre; cada uno debe realizar un esfuerzo para adaptarse al proceso cooperativo.

A la moral de los estupendos hombres del campo dedica párrafos especiales: la familia, sigue diciendo, constituye uno de sus valores esenciales, y el apego a la tierra le hace verla como algo sagrado y no como simple factor de producción; nadie cuida mejor la tierra que su propio cultivador, ya que a ella están unidos su destino y el de su familia. El campesino soporta los riesgos de los elementos, las especulaciones de los intermediarios, los avatares económicos; está escaso de recursos y hasta se le trata desigualmente en materia de asistencia social. Hay que rescatarle de su aislamiento, y entonces podremos proponerle colaboración, confianza, solidaridad e integración sin que suene a sarcasmo cruel.

La actitud interior fundada en la adhesión a la moral cooperativa y a las finalidades y objetivos de esta forma de asociación constituye el espíritu cooperativo. Según el argentino LASERRE, que cita la autora, este espíritu es el que lleva al hombre a algo mejor que el ceñirse a la aplicación de las normas morales y, aun en el caso de que éstas no existan, a buscar espontáneamente el comportamiento adecuado para las situaciones en que se halla. Y señala que el cooperativista debe ser hombre honesto, íntegro y sin trampas, solidario, justo, responsable y realista. ¡Todo un desiderátum!

IV. *El Derecho cooperativo.*—En tres capítulos trata el libro del aspecto estrictamente jurídico de la materia, contemplando el encuadre y las fuentes del Derecho que se ocupa de las cooperativas y también de lo que llama derecho subjetivo de cooperar.

Dentro del amplio mundo del Derecho, ya desde Roma se ha querido distinguir entre el público y el privado, sin que hasta el momento hayamos llegado a una neta separación, sino más bien a la idea contraria de la interdependencia. Cada una de las ramas jurídicas lleva consigo un entrecruce de estos dos aspectos y constituyen más bien un recurso que facilita la adecuación de las diversas normas a las necesidades que la realidad plantea.

Por eso no resulta fácil encuadrar a la legislación y la doctrina sobre las cooperativas, que algunos colocan entre el Derecho mercantil, el social o el administrativo. La autora es partidaria de que este fenómeno socioeconómico sea regulado jurídicamente en forma especial y distinta, constituyendo una rama nueva, sin que obste a que el Derecho cooperativo tenga nexos con otras ramas. Susana CAMBIASSO encuadra al Derecho cooperativo dentro del Derecho privado, y le da un doble contenido: fija el régimen legal de las cooperativas, de repartos basados en valores sociales y mutualistas, y regula la constitución y gobierno de la cooperativa, con los derechos, deberes, límites y sanciones de sus socios.

Por otra parte, el derecho que tienen los hombres a asociarse es un verdadero derecho subjetivo, planteándose la cuestión de su clasificación adecuada. Por supuesto se trata de un derecho de contenido patrimonial, pero de tipo particular, pues consiste en estar un sujeto cointeresado en la suerte patrimonial de otro sujeto y de tener por ello injerencia en su actividad; consiste en concurrir e inmiscuirse en la vida de la persona jurídica. Es más bien una cualidad o una situación, que no es derecho de crédito ni real, sino una situación que incluye variados derechos de carácter personal, de crédito y hasta patrimoniales.

En cuanto a las fuentes del Derecho cooperativo, son las clásicas y generalmente admitidas; pero hay cuatro sistemas principales de regulación cooperativa: el sistema anglosajón, que las encuadra en el Derecho sobre sociedades económicas y regula su aspecto procesal y administrativo, dejando el sustantivo a las normas estatutarias; el sistema germano, que conforma una rama autónoma y registros propios con efectos jurídicos; el sistema francés, con una norma básica general y normas especiales, y el sistema de los países socialistas, caracterizado por estrictas formas de constitución y control.

V. *Los principios cooperativos.*—Sobre estos principios, formulados inicialmente por los tejedores de Rochdale y luego perfeccionados y profusamente estudiados en cuanto constituyen la esencia del espíritu cooperativo, trata el capítulo VIII del libro. En él la autora examina, como principios genéricos, los de puertas abiertas, gestión y control por mayoría, retorno de excedentes, interés limitado al capital, apoliticidad, fomento a la formación y educación de los socios, ventas exclusivas entre ellos a precios de mercado y otros. Analiza cómo han sido recogidos en la nueva normativa de su país. Por cierto que resulta extraño que en la discusión parlamentaria no se aceptase, en la redacción del artículo 55 del Decreto-ley, a estos principios cooperativos como Derecho supletorio,

quizá pensando en que no estaban debidamente formulados; hubo de retocarse, acudiendo a los principios generales del Derecho, algo evidentemente más genérico.

VI. *La propiedad en las cooperativas*.—La tierra ha constituido de siempre el punto más tirante en las opuestas posturas de individualistas y socialistas. En los capítulos IX a XIII del libro se toca este tema, desechando la idea de los repartos indiscriminados de tierras, por antieconómica e irrealizable, para buscar la solución en una reforma de la empresa agraria orientada hacia el cooperativismo. Dice la autora que la mera distribución de tierras no es suficiente, por sí misma, para garantizar el progreso económico y la justicia distributiva; lo que interesa fundamentalmente es buscar el crecimiento productivo, verdadero presupuesto de la redistribución de la riqueza. Examina la propiedad en países del área socialista, especialmente en Cuba, y en los países anglosajones, cuyo modelo es Inglaterra, para terminar con una amplia exposición de la propiedad y su publicidad registral en el Derecho uruguayo, que se parece en muchísimos aspectos al Derecho español.

VII. *El desarrollo cooperativo agrario*.—Ofrece variables combinaciones según los regímenes liberal, socialista o tercermundista donde se aplica a las cooperativas. En términos amplios se pueden distinguir tres modelos en la agricultura:

a) Las cooperativas de productores.—En ellas se mantienen separadas las explotaciones familiares y la titularidad de las empresas por los socios, y sólo se comunican para asegurarse los servicios comunes. Es la forma más difundida en el mundo occidental, y los servicios comunes más corrientes son la comercialización, el aprovisionamiento y el crédito.

b) Las cooperativas llamadas de explotación, en las que la cooperación se extiende no sólo a los servicios, sino a la explotación en común, a la propiedad de la tierra e incluso hasta la vida en común. Tenemos como ejemplos el koljós ruso, las cooperativas de Argel, Túnez, Checoslovaquia y Yugoslavia, el moshov o el kibutz de Israel y la comuna china.

c) Cooperativas mixtas, que se dan en los países colectivistas. La propiedad y la dirección son distribuidas entre el Estado y los trabajadores, debiendo ajustarse la cooperativa a la planificación estatal. Por supuesto aquí no se aspira al beneficio de los trabajadores, sino primordialmente al servicio general.

La autora reseña que la legislación española admite los dos tipos primeros de cooperativas antes dichos. Sin embargo, hemos de puntualizar que casi su totalidad son de las de tipo occidental, o sea manteniendo cada socio la titularidad de sus tierras y haciendo comunes tan sólo los servicios o prestaciones de las que obtiene ventajas económicas. Las cooperativas de explotación en común son posibles, pero escasísimas en número. Las llamadas cooperativas mixtas, que deben ajustarse a la planificación estatal, son impensables para una mentalidad occidental y no existen en España, aunque algunos hayan soñado algún atisbo en las normas de la llamada reforma agraria andaluza.

VIII. *Legislación cooperativa uruguaya*.—A partir del capítulo XVI, y hasta el final del libro, se estudia la nueva normativa nacional sobre la naturaleza jurídica y la clasificación de las sociedades cooperativas, a la luz del régimen legal establecido por el ya citado Decreto-ley 15.645, de 17 de octubre de 1984, complementado por su Decreto reglamentario 556/1985, que suponen un muy completo y ordenado sistema regulador de las cooperativas agrarias. Se estudia la personalidad jurídica de las mismas, que nace a partir de la inscripción en su Registro especial, parejo al español; igualmente se expone su funcionamiento, derechos y obligaciones de los socios, gobierno y administración, disolución y liquidación de las cooperativas agrarias.

Termina el libro incluyendo los textos legales y reglamentarios vigentes que se aplican a estas figuras en Uruguay.

De todo lo dicho se desprende que es un libro interesantísimo que no se ciñe sólo a la normativa uruguaya, sino que contiene una completa y profunda exposición doctrinal y de Derecho comparado, que proporciona una amplia información sobre el tema. En lo que concierne a España, las referencias a nuestra legislación son constantes y atinadas, y en la bibliografía nos cita con profusión, lo que es de agradecer. Felicitamos sinceramente a la autora por la completa obra conseguida.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La reforma de la tutela*. Colex, 1985.

Hace muchos años, bordeando los cincuenta, apareció una obra monográfica editada por la Revista de Derecho Privado sobre el tema de *La tutela*, y cuyo autor era un Notario de Barcelona llamado ELOY ESCOBAR DE LA RIVA. Por entonces yo no hacía recensiones, y de ahí que la obra al buscarla en mi biblioteca tenga una tarjeta en la que uno de mis alumnos me pedía que le hiciera un tema «para entre Notarios» sobre el Consejo de familia. Aquella obra era indispensable desde el punto de vista positivo y práctico, comprendiendo los diversos campos de aplicación de la institución. El autor del estudio luego fue muy conocido —y hago la cita por ser este año el setenta y cinco aniversario de la muerte de Joaquín COSTA— por su famosa dedicatoria en la obra *Tratado de Derecho notarial*, y en la que, después de destacar los timbres de gloria que Joaquín COSTA había ofrecido y logrado en el campo del Derecho, citaba a pie de página el acontecimiento de la estación de ferrocarril de Selgua (Huesca), donde la joven rubia que iba a contraer matrimonio con un ingeniero, tomaba el correo de vuelta para Barcelona llevando bajo el brazo el reconocimiento de su paternidad.

He querido contar la anécdota al lado de la bondad de la monografía sobre la tutela, pues el estudio que traigo hoy a recensión tiene una dimensión semejante y cobra el carácter de imprescindible para saber en este momento la situación legislativa de la institución reformada el 24 de octubre de 1983. Se trata de un estudio monográfico bien hecho, maduro, consecuente y apoyado por un conjunto de citas bibliográficas y discusiones parlamentarias que acreditan una labor de investigación. Por

«expresa petición del autor la traigo a recensión, pero aun cuando no me lo hubiera dicho —y dedicado amablemente un ejemplar— lo hubiera hecho, pues el autor es uno de los valores jóvenes que, además de ejercer su profesión, leen, estudian, escriben y dan conferencias muy amenas.

Vamos con la obra, que en su estructura va dividida en diversos capítulos, de los que vamos a agrupar varios para que la exposición quede menos pormenorizada, y menos agobiada de apartados. Creo que podrían distinguirse tres partes: los principios de la reforma, la incapacidad y las diversas figuras de guarda legal, precedidas y seguidas por una introducción y unas disposiciones complementarias. Con arreglo a ello, y con el consentimiento posterior —aunque retroactivo— del autor, distinguiremos:

A) *Principios de la reforma.*—Entiende el autor —con esa fina sensibilidad del jurista acostumbrado a leer disposiciones legales— que los dos grandes principios de la reforma son los de «pluralidad de formas o figuras de guarda» y la «tutela de autoridad frente a la familiar de la legislación derogada». A su lado quedan el reto legal de la posibilidad de ser tutor a las personas jurídicas, la regulación con carácter independiente de la incapacidad y el ejercicio tutelar por varias personas.

Lógicamente el autor desarrolla esos dos principios. El primero, esto es, el de la «pluralidad de figuras de guarda», permite distinguir, aparte de la tutela de hecho, las figuras de la tutela, la curatela y el defensor judicial. Familiares son en nuestro antiguo Derecho la figura de la tutela y la del defensor judicial, mientras que irrumpe con cierta novedad la de la «curatela», pero no resulta huérfana de antecedentes hasta que GARCÍA GÓYENA la margina de la regulación del Código Civil y sólo subsiste en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la actual reforma queda excluida la figura del «protutor». De todo ello podría deducirse que aflora a la regulación legal, con ciertos retoques, la definición que PAULO daba en el *Digesto* de tutela: *Vis ac potestas in capite libero ad tuendum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*

El segundo principio —y con esto nos seguimos acercando a Roma— es el de la tutela de *autoridad*. El principio familiar se le relega, se suprime el Consejo de familia (que nos acercaba un poco a Aragón) y la autoridad judicial se sube al podio, convirtiéndose en el eje fundamental de la tutela. Quizá en el campo de la práctica jurídica aquel sistema al que la reforma dice adiós tuviera más dificultades que bondades y, por ello, hay que esperar el rodaje de la norma y sacar en su día conclusiones.

B) *Incapacidad.*—Otro de los puntos que la reforma aporta a la regulación de la figura institucional de la tutela es la «incapacidad» para la que se requieren un conjunto de requisitos, un procedimiento y una publicidad, aparte de posibles incidencias. Persiste la exigencia que el Código Civil imponía de que las causas que dan lugar a la incapacidad «impidan a la persona gobernarse por sí misma», frase casi sacramental que arrastra la nueva reglamentación, aunque todo lo demás se distancie de lo anterior.

El autor del estudio monográfico aborda este tema precisando la causa legal que puede dar lugar a la misma, tanto en el caso general como en el especial de menores de edad. Igualmente expone el procedimiento distinguiendo puntos tan importantes como el de la legitimación activa para

iniciar el mismo (cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos y Ministerio Fiscal), intervención del Ministerio Fiscal y pruebas y medidas a adoptar por el Juez. El requisito de la publicidad lo apunta en su triple dimensión: Registro Civil, de la Propiedad y Mercantil. Toca los temas de la modificación de la incapacidad y el posible internamiento del incapacitado.

C) *Diversas figuras de guarda legal.*—Parte el autor de unos caracteres generales y de unas normas aplicables a la publicidad, indemnización y prohibiciones. Como caracteres generales cita los de que se trata de «un deber» que se ejercita «en beneficio del tutelado» y cuya función está bajo la salvaguardia de la autoridad judicial. En forma también general estudia los temas de la publicidad registral referida a los cargos del tutor y curador, las indemnizaciones que éstos pueden reclamar por los daños y perjuicios que sufran con cargo a los bienes del tutelado y las tres prohibiciones del artículo 221 del Código Civil (recibir liberalidades del tutelado, representar al tutelado en los casos de autocontrato y adquirir por título oneroso). La prohibición primera la estudia a fondo con toda su trayectoria parlamentaria.

Las figuras de guarda legal tienen un estudio especial en la monografía. Se comienza por la tutela, con sus grandes fases de constitución (personas sujetas, nombramiento de tutor, preferencias, capacidades, excusas, remoción, nombramiento de administrador, etc.), contenido de la tutela (deberes del tutor, derechos y ejercicio de la tutela, señalando los casos de administración, representación y aquellos en los que es preciso la autorización judicial) y extinción de la misma, con la precisión de sus casos y rendición final de cuentas.

La curatela ofrece los problemas de la determinación de los sujetos a la misma, la figura del curador y el ejercicio de su función, así como ciertas normas referentes a la prodigalidad. El defensor judicial, con todo su contenido de funciones, nombramiento y casos en que procede, así como las situaciones de la guarda de hecho, culminan el estudio monográfico.

Hemos apuntado al comienzo cómo el estudio cuyo contenido reseñamos iba precedido de una introducción en la que el autor explica la rapidez en la elaboración del proyecto de reforma del Código Civil en este punto, el consenso de los partidos políticos y las razones de su aprobación. En la última parte de la monografía se recogen como disposiciones complementarias las normas de coordinación con el resto del articulado del Código Civil, las normas transitorias que tratan de solucionar los problemas intertemporales y el renacimiento del artículo 176, que debe quedar redactado conforme a la Ley 11/1981, de 13 de mayo (que, como sabemos, suprimió o derogó la de 30/1981, de 7 de julio), y que se ocupa de la adopción y de los derechos del hijo adoptivo.

Quiero terminar estas líneas proyectando hacia el jurista, al que se le presente un caso sobre la materia tratada en la monografía, que en ésta tiene las claves precisas para resolver el problema. La verdad es que en muy contados casos de mi vida profesional he tenido supuestos de tutela, pero si ahora se presentasen mi labor se haría fácil con la consulta inmediata de esta monografía, repleta de sentido jurídico y común, cosas de las que andamos escasos en estos nuestros años históricos.

DE PABLO CONTRERAS, P.: *Constitución democrática y pluralismo matrimonial*. EUNSA, Pamplona, 1985.

La Constitución española que leí en su momento —y quizá por haberla leído no me pareció buena— me sigue reservando auténticas sorpresas cuando juristas de la talla del autor de esta monografía se enfrentan con ella y la hacen decir cosas que ni se le pasó por la imaginación a ninguno de los grupos políticos que en su elaboración intervinieron. Al sistema de investigación y estudio —propios de un legislador consciente— le ha sucedido en los momentos actuales el sistema de la «fotocopia», y de ahí que muy pocas disposiciones normativas tengan la originalidad que esta España, que algunos han considerado como diferente, exige. Cuando las leyes europeas o americanas están a punto de ser derogadas, nosotros decidimos «fotocopiarlas», y así nos luce el pelo.

Yo creo que la Constitución española no es más que un «arreglo» jurídico en el que se aceptaron terminologías, conceptos, instituciones, principios, frases y palabras sin esa proyección de futuro que toda obra bien hecha exige. Ausente el rigor científico, la utilización correcta de las palabras por las que tanto luchó Camilo José Cela, todo se presta a sugerentes interpretaciones. Las primeras bocanadas de comentaristas no llegaron a intuir lo que este texto contenía, y el asombro comienza a sembrar pánico cuando los juristas, hombres de Derecho y no leguleyos, comienzan a desmenuzar lo que la Constitución contiene. Un ejemplo de lo que digo es la monografía que voy a comentar sobre el «pluralismo matrimonial» y que constituye la tesis doctoral de su autor, Pedro DE PABLO CONTRERAS.

Los que votaron la Constitución —y aclaro que yo no la pude votar por razones puramente administrativas de cambio de domicilio, cosa que siempre me ha provocado repulsión jurídica (tengo derecho a voto, pero administrativamente se me niega)— nunca pudieron creer en ese peligrosísimo desarrollo de las Comunidades Autónomas, y, por supuesto, nadie pudo intuir en un «pluralismo matrimonial», a pesar de la utilización de la palabra «formas» que el artículo 32, 2, de la Constitución contiene. ¿Cuántas formas podía conocer el ciudadano de a pie español? Pues dos solamente: la del sacramento del matrimonio canónico y la civil supletoria. Puedo asegurar que de los cuarenta millones de españoles a la hora de votar, aunque algunos no pudieran hacerlo, nadie se acordó de que dentro de las formas matrimoniales hubo hasta el Decreto de «Ne Temere», la del matrimonio «por sorpresa», que un opositor definió, en su nerviosa exposición temaria, como aquellos en los que el novio y la novia terminaban casándose con el cura párroco... Igual que aquel opositor que al pretender definir los hijos «naturales» decía que son los que se conciben ante el Juez municipal...

Este es el tema de la monografía, en la que la opción civil o canónica no agota los supuestos posibles, ya que, como dice el autor, dentro de un sistema matrimonial facultativo de tipo latino, existen condiciones necesarias para ser reconocidos tres matrimonios religiosos: el musulmán, el hebreo y el ortodoxo. Sin poder discutir esta afirmación, solamente quiero reflejar la gran sorpresa que recibirán algunos ante estas posibles opciones, y que debe ser muy semejante a ese individuo que quiere hacer

testamento ante Notario y que al explicarle que la herencia comprende tres tercios: el de legítima, el de mejora y el de libre disposición, le dice al Notario: «¿De modo que tengo un tercio de libre disposición, señor Notario? Pues espere usted unos días y cuando me lo gaste vengo a hacer testamento.»

No solamente ese es el tema de la monografía, pues después de la Constitución española necesariamente hubo de reformarse el Código Civil, que en su redacción anterior (art. 42) chocaba con la misma. De ahí vinieron la Ley 30/1981, de 7 de julio, que reforma sustancialmente el Código Civil, y los acuerdos con las confesiones religiosas previstos en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. La monografía, por ello, hace un estudio profundo para fundamentar la tesis dicha, y la otra aportación del autor: la distinción entre el momento constitutivo del matrimonio con la opción correspondiente, que subsiste en el momento de su extinción, es decir, si se optó por el matrimonio canónico, la opción en el momento de extinción puede ser la canónica o la civil.

La obra viene prologada por el Profesor y Catedrático Gabriel GARCÍA CANTERO, que hace también de mentor o director de la tesis y asume en el mismo esas dos posturas que se sostienen a la vista del esfuerzo investigador hecho por el autor y la aportación de datos y razones que lo sostienen. La obra tiene seis capítulos y unas conclusiones, lleva clave de abreviaturas, un índice sumarial, lista bibliográfica y una introducción. Por razones de simplificación voy a dar cuenta somera del contenido, distinguiendo tres partes: los sistemas matrimoniales y normas, los acuerdos entre la Santa Sede y el Gobierno español y el sistema matrimonial vigente en España.

A) *Sistemas matrimoniales y normas.*—Si por sistemas matrimoniales entiende el autor lo que la doctrina científica llama para explicar las posibles soluciones que en torno a la forma y a la norma dan las diversas legislaciones, son prácticamente exhaustivas las clasificaciones que nos ofrece. Si estas bases son importantes para el posterior encuadramiento de nuestro sistema, es evidente que en materia de normas el señalamiento de las fuentes es fundamental; para el autor son, por este orden, la Constitución, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y el Código Civil. Las Leyes de Cortes que aprueban los Convenios de Cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas prevalecen sobre lo dispuesto en el Código Civil.

Respecto de los Acuerdos con la Santa Sede y el Estado español de 3 de enero de 1979, son verdaderos tratados internacionales y por razones de competencia —no de jerarquía— deben ser aplicados antes que cualquier ley, sea orgánica u ordinaria.

Para precisar el sistema matrimonial que resulta de las normas de procedencia exclusivamente estatal el autor hace un recorrido por los tres apeaderos que le permiten discurrir: los sistemas incompatibles con la Constitución española (el religioso obligatorio, civil subsidiario, formas religiosas no optativas, el matrimonio exclusivo consensual y el matrimonio civil obligatorio); el sistema del Código Civil, en el que el autor al referirse al matrimonio canónico mantiene que se le reconoce por dicho Cuerpo legal como tal matrimonio, aunque exija la inscripción en el Registro Civil para que perjudique los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas (algún día convendría comparar esta exigencia con la

que la Ley de Propiedad Intelectual establecía para los derechos de autor y que ha sido objeto de mucha crítica), claro que el autor distingue entre el momento constitutivo y el extintivo, manteniendo la tesis de la opción de los cónyuges en ambos; se acude a la comparación entre el criterio del Código Civil y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, pues en el primero a los matrimonios religiosos distintos del canónico se los considera civiles, mientras que la segunda los considera como «matrimonios religiosos» distintos del canónico.

B) *Acuerdos entre la Santa Sede y el Gobierno español*.—La agrupación que hago de dos materias, basada en simplificaciones de recensión, quizá oscurezca algo lo que separadamente pudiera entenderse mejor, pero ya sólo me queda la advertencia y el arrepentimiento.

De una parte está el Acuerdo del Gobierno con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, que supone conceder efectos civiles al matrimonio canónico, siendo la inscripción en el Registro Civil automática. La tesis expuesta sobre el momento extintivo la desarrolla el autor en esta parte de la monografía.

De otra parte están las incidencias de los acuerdos de cooperación que puedan celebrar las confesiones religiosas conforme a la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que sitúa en pie de igualdad a las confesiones religiosas que posean un ordenamiento jurídico completo regulador del matrimonio, similar al que posee la Iglesia católica, y lograr el reconocimiento de esas formas de matrimonio religioso, dentro de las que el autor cita a la musulmana, hebrea y la ortodoxa.

C) *Sistema matrimonial español*.—Recorre el autor en su exposición los conceptos del matrimonio civil y los religiosos, el examen del artículo 32 de la Constitución y la referencia al 149, 1, 8, de la misma, así como el fundamental factor que le sirve para su tesis: el principio de igualdad que se traduce en la igualdad para contraer matrimonio, igualdad en el matrimonio e igualdad en el momento extintivo del mismo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

LÓPEZ MEDEL, J.: *Ortega en el pensamiento jurídico contemporáneo*. Cometa, S. A., Zaragoza, 1986.

El autor de este primoroso estudio sobre Ortega y Gasset, al cerrar con sus palabras el acto de presentación de la «reimpresión» del estudio, explicó cómo alguien que estaba en la sala le había animado a esta nueva aventura editorial por la actualidad del tema, por la carencia de ejemplares en nuestra biblioteca y para tener que dejar de sufrir esa tremenda servidumbre de la fotocopia que sirvió para conocer la primera versión de la obra. Cuando a uno le retratan de esa forma, calladamente da las gracias al autor y con lo menos que le puede corresponder es con una recensión no solamente de la obra, sino del acto de presentación, que constituyó uno de esos ratos deliciosos en los que, aislados de problemas, nos sumergíamos en pensamientos y anécdotas. Claro que los que hablaban lo hacían con tal precisión, con tal claridad y amenidad que parecía que en «ese tiempo sin tiempo» estaba midiéndolo un serafín.

En el verano del 85, en esa playa famosa por su bomba atómica y el baño del líder de la oposición, releí parte de Ortega en esos dos grandes problemas que son de actualidad: la democracia y la Europa comunitaria. No hace mucho, en una conferencia sobre seguridad jurídica y extranjeros, hacía una cita de Ortega. Creo que esos son los tres puntos por los que merecía sacar de nuevo a la luz el estudio de LÓPEZ MEDEL (debería decir LÓPEZ FERNÁNDEZ, que es como me llama él cuando me cita). ORTEGA, que es un estilista del idioma, del pensamiento, de la filosofía, de la sociedad..., sabe sacar los últimos resultados de la contemplación de una cerilla encendida, como apuntaba Gonzalo FERNÁNDEZ DE LA MORA en la presentación del libro. En una edición que el Gremio de Libreros ofrece a los lectores en el año 1983 bajo el título genérico de *Paisajes* se reproducen diversos estudios entresacados de *El Espectador*, y uno de ellos, titulado «Idea de los castillos: liberalismo y democracia», ofrece el concepto de cada uno de esos temas, hoy tan actuales: «Democracia y liberalismo son dos respuestas a dos cuestiones de Derecho político completamente distintas. La democracia responde a esta pregunta: ¿quién debe ejercer el poder público? La respuesta es: el ejercicio del poder público corresponde a la colectividad de los ciudadanos. Pero en esa pregunta no se habla de qué extensión debe tener el poder público. Se trata sólo de determinar el sujeto a quien el mando compete. La democracia propone que mandemos todos; es decir, que todos intervengamos soberanamente en los hechos sociales. El liberalismo, en cambio, responde a esta pregunta: ejerza quien quiera el poder público, ¿cuáles deben ser los límites de éste? La respuesta suena así: el poder público, ejérzalo un autócrata o el pueblo, no puede ser *absoluto*, sino que las personas tienen derechos previos a toda injerencia del Estado. Es, pues, la tendencia a limitar la intervención del poder público.»

Igualmente aleccionadora es su visión de Europa en su conocida *Rebelión de las masas*, donde decía: «Ahora llega para los europeos la sazón en que Europa puede convertirse en idea nacional... Sólo la decisión de construir una gran nación con el grupo de los pueblos continentales volvería a entonar la pulsación de Europa. Volvería ésta a creer en sí misma, y automáticamente a exigirse mucho, a disciplinarse...» Corría el año 1930.

Por último, y ya termino con las citas, ORTEGA intuía, más que sabía, algo que no llegó a encajar en sus esquemas sobre el Derecho, y es el principio de la seguridad jurídica, que para él residía en lo «permanente», al decir que «del Derecho como *permanente* se había pasado al Derecho como lo que hay que *cambiar* y preguntarnos si ya no estaremos viendo la época del Derecho como lo que *estorba*». Y es que, según afirman los presentadores de la obra, Gonzalo FERNÁNDEZ DE LA MORA y Angel SÁNCHEZ DE LA TORRE, la gran quiebra de ORTEGA fue el Derecho, en el que por no dominar los grandes conceptos y principios le impidieron llegar a las conclusiones que de él eran de esperar. Y resulta curioso todo ello, pues ORTEGA comenzó la carrera de Derecho y parece ser que la abandonó al suspender la asignatura de Derecho penal, cuando ya había estudiado la Historia del Derecho, la Filosofía del Derecho y, por supuesto, el Derecho romano. Aparte de un sinnúmero de anécdotas que uno y otro de los presentadores contaron, yo quiero añadir ahora el hecho de que alguien muy cercano a ORTEGA me contó: su libro de cabecera, de mesilla de noche, fue siempre la abreviatura del *Espíritu del Derecho ro-*

mano, de IHERING. También José María MARTÍNEZ VAL, en una conferencia que dio en el año 1983 bajo el título «Ortega y Gasset y el Derecho», recordaba la formación jurídica de Ortega y el haber obtenido sobresaliente en las asignaturas de más de la mitad de la carrera de Derecho en la Facultad de Salamanca, mientras la simultaneaba con la de Filosofía y Letras en Madrid.

La obra de LÓPEZ MEDEL viene estructurada en cuatro grandes partes, en lo que podríamos llamar «reimpresión» de la obra inicial, y se acompaña con un diseño muy interesante de un conjunto de hombres-filósofos que estuvieron en el «entorno» (y no en el «dintorno», como el mismo Ortega diría) del mismo o fueron sus discípulos, continuadores o críticos de sus pensamientos y que sustituye a la que en la primera edición figuraba y donde se contemplaba la figura de Ortega en su visión de la Universidad, la Política y la Juventud. Adelantándonos un poco, pero apoyándonos en lo que el autor dice, es preciso centrar la esencia del pensamiento de Ortega en su reflexión filosófica sobre el Derecho mismo en dos obras decisivas, *El hombre y la gente* (1957) y *Una interpretación de la Historia universal* (1960). Prácticamente este camino que señala LÓPEZ MEDEL en su pionera obra es seguido posteriormente por MARTÍNEZ VAL y José HIERRO S. PESCADOR, el primero en cita expresa y el segundo al encabezar su monografía con una frase de Ortega extraída del último trabajo citado («La destrucción del Derecho no puede producir sino el envilecimiento del hombre»). Partiendo de esas bases, pero demostrando a todo lo largo del estudio el dominio que el autor tiene sobre la obra de Ortega, estudia las siguientes partes:

I. *Introducción*.—El autor en esta parte de la obra «sitúa» al lector y le explica lo que va a afrontar en su estudio, el método y las fuentes utilizadas, aunque en estas últimas es difícil no sólo enumerarlas y clasificarlas, sino fácil de que alguna se escape, ya que hasta en artículos distanciados de su inquietud, como en una de sus primeras *Glosas* («De la crítica personal»), se encuentran divagaciones en torno a la Justicia.

De ahí que el autor precise que Ortega no aborda profundamente los temas esenciales del Derecho y que muchas veces esas ideas aparecen con la ampulosidad metafórica de su lenguaje; igualmente dice LÓPEZ MEDEL que es preciso distinguir las opiniones propias de Ortega de aquellas que brotan de la lectura o el comentario de obras ajenas. Por último, no conviene olvidar el creciente interés progresivo por los temas jurídicos y el hecho de que sus aportaciones más relevantes se ciñen al campo sociológico.

II. *Ortega en la problemática filosófica de nuestro tiempo*.—Perfectamente resume su postura el autor al comienzo del capítulo al decir que la presencia de Ortega en los problemas filosófico-jurídicos coincide con la crisis de las últimas corrientes, singularmente la fenomenología, que se habían enfrentado al idealismo neokantiano, de cuyas rentas venía viviendo la Filosofía moderna. Ortega, desde su filiación neokantiana, trata de superarla y entrecruzarse entre el idealismo y el realismo, intento en el que precederá la propia fenomenología.

Después de examinar la figura de Ortega como filósofo y como filósofo del Derecho, proyecta su figura en el conjunto de obras que se ocupan de

la misma dentro de la literatura filosófico-jurídica y el Derecho hispano-americano.

III. *Aportaciones filosófico-jurídicas.*—Divide la materia entre aquellas que guardan una más estrecha relación con el Derecho y otras que afectan a concepciones sociológico-políticas. Entre las primeras, y aquí es donde la obra cobra su gran dimensión en el conocimiento orteguiano, están los temas de Justicia y Derecho, Justicia y Ética, metafísica de la vida, el Derecho como uso social y el Derecho internacional y la guerra. En las segundas figuran los grandes temas de lo social, el hombre, la libertad, el Estado, la política y la etapa de crisis. Como vemos, los temas son los que en la actualidad se manejan, y la obra de Ortega vuelve a salirse de su marco y solicita una nueva lectura, o al menos una lectura.

IV. *Valoración filosófico-jurídica de la obra de Ortega.*—Si en el capítulo anterior el autor muestra el dominio y conocimiento de la obra de Ortega para espigar (utilizo el término sin acudir a su posible relación con el discutido derecho de espiguelo y pastoreo inocuo) en ella conceptos y construcciones, aquí el autor ofrece sus conclusiones, su juicio crítico, su construcción orteguiana, y por ese camino nos relata su impresión sobre la postura de Ortega en el emplazamiento filosófico-jurídico de la filosofía de la vida, y el autor dice que Ortega nos explica «que hay en el Derecho, no qué es el Derecho». Respecto a la teoría del sentimiento jurídico, de la posible posición conservativista (y el gran tema de la seguridad jurídica), la axiología de lo socio vital y la postura de Ortega como filósofo no cerrado en su propio sistema, el autor brinda un conjunto de interpretaciones fundadas todas ellas en su amplio conocimiento de Ortega.

V. *Otros filósofos.*—Esta parte de la obra, sin reputarla apéndice, contiene unos diseños de las figuras de los filósofos Legaz Lacambra, Recaséns Siches, Muñoz Alonso, Heidegger, Elías de Tejada, Puigdollers y Hersch. Por lo demás, la obra lleva un conjunto de notas con citas precisas y un anexo de la comunicación que el autor presenta al Congreso Mundial de Filosofía del Derecho celebrado en Helsinki en 1983, y que es el único trabajo que se incorporó a las actas del mismo.

Entiendo que hay que terminar. La obra que en su día leí en «fotocopia» (autorizada por su autor) ahora me ha resultado más cómoda, y en esta relectura la vuelvo a considerar recomendable, pues ella puede servir para «llegar a Ortega» en esos temas tan importantes y que hoy están o deberían estar al alcance de todos, y sobre todo de algunos con responsabilidad. Ortega sigue ofreciendo sugerencias, caminos, conceptos, y si volviésemos a leerlo reposadamente podríamos extraer de esa frase, que Ortega repetía al citar el poema del Cid, ese gallo que cantaba tan «aprieta» y decir: otro gallo nos cantara.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Abril 1986

«Actos de disposición de bienes de los menores sometidos a patria potestad (II)», por M.^a T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, págs. 291 a 339.

«Algunas consideraciones sobre la condena en costas después de la Ley 34/1984, de Reforma del Enjuiciamiento Civil», por M. VELASCO DE LA FUENTE, págs. 340 a 355.

Mayo 1986

«Notas sobre la preterición», por J. A. COBACHO GÓMEZ, págs. 403 a 419.

«La conservación de la empresa como principio del Derecho concursal», por R. GARCÍA MARTÍNEZ, págs. 420 a 432.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Abril 1986

«La extensión de la inviolabilidad parlamentaria», por Plácido FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, pág. 1173.

«Aspectos sustantivos y procesales de la nulidad, la separación y el divorcio (según la Ley de 7 de julio de 1981)», por Aurelia María ROMERO COLOMA, pág. 1183.

Mayo 1986

«Presupuesto de culpabilidad: Necesidad de un método transdisciplinario», por Juan Emilio VILA MAYO, pág. 1811.

«El sentido de la prisión provisional. Reflexión sobre la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre», por Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO, pág. 1831.

REVISTA DEL PODER JUDICIAL

Núm. 1. marzo 1986

«Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación», por Santiago MUÑOZ MACHADO, págs. 11 a 22.

- «Ley Electoral y garantías judiciales», por Francisco J. BASTIDA FREIJEDO, páginas 23 a 37.
- «Los españoles y la Administración de Justicia», por José Juan TOHARIA, páginas 41 a 55.
- «La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional», por Fernando LORENTE HURTADO, págs. 59 a 69.
- «La obligación del arrendador de mantener al arrendatario en la posesión útil de la cosa arrendada», por Angel CARRASCO PERERA, págs. 71 a 83.
- «¿Son punibles las falsedades imprudentes en documento público u oficial?», por Miguel DÍAZ Y GARCÍA, págs. 85 a 94.
- «La posición jurisprudencial sobre la omisión de socorro a la víctima y su repercusión sobre los requisitos del dolo en dicha omisión de socorro», por Diego Manuel LUZÓN PEÑA, págs. 95 a 100.
- «La titularidad de la potestad reglamentaria», por Paloma BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ, págs. 101 a 107.
- «Tutela judicial y ejecutividad de las sanciones», por Fernando HERRERO TEJEDOR, págs. 109 a 116.
- «El condicionamiento de licencias municipales», por Antonio JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, págs. 117 a 122.
- «El caso del Banco de Navarra v. el Banco de España: ¿una nueva etapa en las relaciones entre la Administración y las entidades de crédito?», por José SUAY RINCÓN, págs. 123 a 130.
- «La perfección del contrato de trabajo como origen de derechos y obligaciones», por Elías GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, págs. 131 a 136.
- «Cierre patronal e intervención administrativa», por FERNANDO VELDES DAL-RE, págs. 137 a 143.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Núm. 49, enero-febrero 1986

- «Reflexiones sobre la contribución de la jurisprudencia constitucional a la construcción del Estado autonómico», por Javier PÉREZ ROYO, páginas 7 a 32.
- «El proceso constituyente español», por Richard GÜNTHER, págs. 33 a 61.
- «El simulacro de la decisión. Diferencias en la doctrina hegeliana del poder del príncipe», por Paolo BECCHI, págs. 63 a 86.
- «Transiciones vía transacción: La democratización en Brasil y en España», por Donald SHARE y Scott MAINWARING, págs. 87 a 135.
- «El Estado y la información en España», por Justino SINOVA, págs. 137 a 163.
- «La cláusula de conciencia de los periodistas en la Constitución española», por Marc CARRILLO, págs. 165 a 182.
- «El sector transporte y la cláusula de progreso en la Constitución española», por Eloy GARCÍA, págs. 183 a 213.
- «Alberdi y el Poder ejecutivo», por Avelino Manuel QUINTAN, págs. 215 a 242.
- «Un precedente del Estado asistencial», por Miguel Angel GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, págs. 243 a 257.

«Los partidos y el sistema político francés ante las elecciones de 1986», por Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, págs. 259 a 284.

BOLETIN DE INFORMACION. MINISTERIO DE JUSTICIA

Núm. 1.416, abril 1986

«El tiempo del artículo 344 del Código Penal en materia de estupefacientes», por Luis Fernando REY HUIDOBRO, págs. 643 a 648.

«Una aportación importante y nueva: los conceptos de competencia objetiva y funcional del artículo 533, número 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil», por Antonio María LORCA NAVARRETE, págs. 649 a 652.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION (CHILE)

Núm. 177, enero-junio 1985

«La valoración probatoria en el nuevo procedimiento ante los Juzgados de Policía local», por Héctor OBERG YÁÑEZ, pág. 7.

«A propósito de la autonomía en la letra de cambio», por Ricardo SANDOVAL LÓPEZ, pág. 15.

«Régimen actual de terminación de contrato de trabajo», por Pablo SAAVEDRA BELMAR, pág. 19.

«Antecedentes y contenido del Tratado de Paz y Amistad Chileno-Argentino de 2 de mayo de 1985», por Samuel DURÁN BACHLER, pág. 35.

«Algunos contratos de Derecho minero», por René RAMOS PAZOS, pág. 51.

«Algunas consideraciones generales sobre el endeudamiento externo de los países latinoamericanos», por Fernando RAMOS VILA, pág. 65.

«Análisis jurídico de los principales sistemas de salud vigentes en Chile», por Mafalda MURILLO REYES, pág. 73.

«Algunas consideraciones sobre la reparación del daño en el proceso penal», por Alejandro ABUTER CAMPOS, pág. 99.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núm. 177, julio-septiembre 1985

«¿Hacia un sistema jurídico-mercantil de faz completamente nueva? La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios: un instrumento para la realización histórica de un Derecho mercantil del Estado social», por Juan Ignacio FONT GALÁN, pág. 381.

«Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor», por Manuel Antonio DOMÍNGUEZ GARCÍA, pág. 419.

«La reintegración de la masa en el Derecho concursal inglés tras la Insolvency Act de 1985», por José MASAGUER FUENTES, pág. 489.

