

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXI • Septiembre-Octubre 1985 • Núm. 570

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 Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanes.

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

**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

	<i>Págs.</i>
IN MEMORIAM	1165
 ESTUDIOS:	
«Bienes de menores y Registro de la Propiedad», por MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA	1177
«Planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada o solidaria por acto ilícito común», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES	1197
«Naturaleza y clase de la <i>actio communi dividundo</i> », por JUAN MUÑOZ XANCO	1235
«El Legado de Alimentos», por FERNANDO CRESPO ALLUE	1245
«La comunidad y sus instituciones», por CÉSAR ALBIÑANA CILVETI	1293
«La armonización legislativa del Derecho de Sociedades», por FERNANDO DÍEZ MORENO	1323
 JURISPRUDENCIA:	
Resoluciones y Sentencias:	
I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por JOSÉ MANUEL REY PORTOLÉS y SALVADOR MÍNIGUEZ SANZ	1355
II. Sentencias del Tribunal Supremo, por JOSÉ QUESADA SEGURA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y JOSÉ CERDÁ GIMENO	1395
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ QUESADA SEGURA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y JOSÉ CERDÁ GIMENO	1395
2. Jurisprudencia fiscal, por R. SÁNCHEZ DE FRUTOS	1437
 LIBROS:	
«Estudios de Derecho Agrario», de ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1447
«La reforma de la Ley de Aguas. I Congreso Nacional de Derecho de Aguas», del CONSEJO REGIONAL DE MURCIA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1451
«Libro homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño», por JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPI	1458
«Compendio de Derecho Civil. Tomo III, Derechos reales e hipotecario», de XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1459

IN MEMORIAM

Se nos ha muerto un compañero, amigo de todos, que marcó etapas y dejó huella en nuestra profesión jurídica.

A Narciso de Fuentes Sanchiz hay que rendirle el homenaje del recuerdo, la gratitud por su ejecutoria, el reconocimiento por su hombría de bien, la admiración por su dedicación profesional y la constante proyección de su figura difícilmente repetible. Esta agrupación corporativa que forma la institución registral tuvo una época llamada Narciso.

La figura de Narciso no es fácil encuadrarla, pues su actividad permite elegir diversos caminos. Su capacidad de mando apoyada, a lo largo de su vida, por el conocimiento pleno de los problemas. La figura se nos puede difuminar si no la encuadramos en esos sectores en los que él pisó con firmeza.

Narciso de Fuentes ofrece a quien quiera acercarse a su biografía un conjunto de actividades que pueden ser la clave que nos lleve a dibujar con plenitud lo que fue.

La principal características de Narciso fue la de ejecutivo. Realizaba con singular destreza todo aquello que su cerebro había ido elaborando durante muchas jornadas de estudio y de trabajo. El marcaba las fronteras y los linderos en los que tenía que moverse dentro de un conjunto de posibles soluciones. Este aspecto, quizá uno de los más relevantes, se hace patente en sus innumerables aportaciones a la Corporación. Pronto, muy pronto, pasó a formar parte de la Junta de Gobierno del Colegio Nacional de Registradores y su primer puesto de servicio fue el de Secretario de la Mutualidad, donde se nota, en todas sus innovaciones, esa mano técnica y al mismo tiempo humana que ofrecía auxilios para esos casos extremos de orfandad, viudedad y fallecimiento. Formó parte y fue ponente de la Comisión que redactó el proyecto del Reglamento del Colegio y su Mutualidad, aprobado por Decreto de 15 de octubre de 1958. Recorrió otros cargos en la Junta de

Gobierno, como el de Director del Centro de Estudios Hipotecarios, el de Vicedecano y el de Decano. En el primero podríamos destacar la creación del «Boletín de Información», que complementa la publicación de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. En el segundo habría que mencionar su labor, apoyada en su capacidad increíble de trabajo, su dominio de la materia y su gran visión de futuro. En el tercero, cuando se convierte en elemento decisivo, habría de ofrecer su magnífica proyección para solventar el cúmulo de problemas que el Decanato lleva aparejados.

En los diferentes campos que el Derecho ofrece al jurista para el estudio y la investigación, tuvo la visión de situarse en el del urbanismo. A Narciso se le conoce en el campo administrativo del urbanismo como un destacado especialista. En su haber existen infinidad de trabajos que culminan en tres realizaciones: su nombramiento como Subdirector general del Régimen del Suelo, la redacción del anteproyecto del Reglamento de Reparcitaciones y aquel artículo de la primitiva Ley del Suelo (art. 209), donde brevemente se intentaba solucionar la coordinación urbanística con la registral. Quizá este capítulo de su vida activa como jurista merezca la pena un estudio profundo, dejando opinar a todos aquellos que —siendo ajenos a nuestra profesión— convivieron con él en aquellas realizaciones.

Otra faceta de su incansable actividad fue la que desempeñó al ser nombrado agregado en comisión de servicio en la Dirección General de los Registros y del Notariado, y ahí hizo gala de esa sólida preparación en temas tan importantes como los de Derecho civil e hipotecario. Su labor en las comisiones de trabajo cristalizó en reformas legislativas y reglamentarias. Por ser Decano del Ilustre Colegio de Registradores perteneció a la Comisión General de Codificación, y al cesar en el Decanato se le nombra vocal permanente de la misma.

Fue activo participante en diversos Congresos Internacionales de Derecho Registral, donde presentó ponencias y en los que, con su brillante dialéctica, intervino en coloquios y formación de conclusiones.

En este apretado resumen de actividades forzosamente se escapan ese conjunto de aportaciones que Narciso prodigaba en su quehacer diario, caracterizadas por su calidad humana, su preparación y su dialéctica convincente.

Al rendir homenaje a la figura que se nos ha ido queremos dejar testimonio, con estas notas, de nuestro profundo sentimien-

to por la pérdida de quien ha sabido mantener la cada vez más difícil posición de dignidad, orientada por una vocación que jamás tuvo el menor desánimo.

«CURRICULUM VITAE»

NARCISO DE FUENTES SANCHIZ, nacido en Valencia el 26 de octubre de 1917, casado con doña María del Pilar Bardají; cinco hijos.

TITULOS Y CARGOS

Bachiller universitario por el Instituto de Segunda Enseñanza de Teruel en septiembre de 1932.

Licenciado en Derecho por la Universidad de Granada en marzo de 1940.

Aprobó las asignaturas del Doctorado de Derecho en la Universidad de Madrid en 1943-44.

Licenciado en Ciencias Políticas por la Universidad de Madrid en 1947.

Aprobó los cursos y seminarios del Doctorado en Ciencias Políticas en la Universidad de Madrid en 1947-48.

Aprobó la Oposición al Cuerpo de Registradores de la Propiedad, Promoción XXIII, en 1941. Habilitado de edad por no tener la reglamentaria, tomó posesión el 3 de diciembre de 1941. Ha servido sucesivamente los Registros de la Propiedad de Híjar (Teruel), Villacarriedo (Santander), Lillo (Toledo), Montoro (Córdoba), Santa Fe (Granada), Estella (Navarra), Gijón II (Oviedo), Bilbao (Oriente) y Madrid 6.

Abogado, no ejerciente, del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Miembro por elección del Cuerpo de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, períodos 1956 a 1963, y Decano desde enero de 1978 hasta julio de 1982.

Miembro del Ilustre Colegio de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas.

Designado el 7 de junio de 1961 Delegado de Programación y Coordinación de la Comisaría para la Ordenación Urbana de Madrid y sus Alrededores.

Por Orden de 13 de diciembre de 1961 designado Subdirector general de Régimen del Suelo, de la Dirección General de Urbanismo, Ministerio de la Vivienda; sirvió el cargo hasta el 14 de octubre de 1965.

Por elección del Cuerpo, Director del Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, período 1966-69.

Designado Vicepresidente de la Asociación Mixta de Compensación de la Manzana «A» de la Zona Comercial de la avenida del Generalísimo, «AZCA», Centro Comercial de Madrid, el 16 de julio de 1964.

Designado por la Asamblea General de dicha Asociación Gerente el 17 de septiembre de 1965; ejerció el cargo hasta el 15 de abril de 1971.

Por elección del Cuerpo, Vicedecano del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, período 1972-75.

Miembro del Consejo de Redacción de «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario».

Miembro del Consejo de Redacción de la «Revista de Derecho Urbanístico».

Director del «Boletín Oficial del Colegio Nacional de Registradores» hasta diciembre de 1969.

COMISIONES

Por Orden de 16 de enero de 1951 se le agregó en Comisión de servicio a la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, Sección de Resoluciones; prestó servicio hasta el 20 de mayo de 1954.

Por Orden de 1.º de junio de 1953 se le designó Vocal-Secretario de la Comisión para redactar un Reglamento del Registro Mercantil, adaptando el vigente de 1919 a las nuevas Leyes sobre Sociedades Anónimas y Limitadas. Actuó en las dos fases de trabajo y el Reglamento se aprobó por Decreto de 14 de diciembre de 1956.

Por Orden de la Presidencia del Gobierno de 29 de febrero de 1956 se le designó miembro de la Comisión Interministerial para el estudio de un Proyecto de Ley sobre coordinación del Registro de la Propiedad con el Catastro.

Por Orden de 27 de enero de 1958 se le designó Vocal-Secretario de la Comisión para el estudio y redacción de disposiciones legislativas y reglamentarias, modificativas y complementarias de

la legislación hipotecaria. La Reforma del Reglamento Hipotecario se aprobó por Decreto de 17 de marzo de 1959.

En 1958 formó parte en la Subsecretaría del Ministerio de la Vivienda de la comisión de trabajo para estudiar el «Seguro Global Vivienda».

De 1960 a 1962 formó parte de la Comisión que elaboró el Plan General de Ordenación Urbana del Area Metropolitana de Madrid.

Por Orden de 28 de noviembre de 1962 se le designó miembro de la Comisión de Estudio y Propuesta de Textos Legales del Ministerio de la Vivienda, puesto en que se le confirmó al reorganizar dicha Comisión por Orden de 30 de mayo de 1968.

Miembro de la Comisión Mixta Informadora sobre problemas del Area Metropolitana de Madrid que redactó el Anteproyecto de la Ley 121/1963, de 2 de diciembre, y cuyo dictamen se publicó en la «Revista de Administración Pública» de mayo-agosto de 1963.

Miembro de la Comisión de «Corporaciones Locales» del I Plan de Desarrollo Económico y Social, 1964-67.

Secretario de la Comisión Mixta creada por la Ley sobre el Area Metropolitana de Madrid, designada por Orden de 8 de febrero de 1964.

Secretario de la Comisión Interministerial redactora de la Ley 121 sobre el Area Metropolitana de Madrid.

Secretario-Ponente de la Comisión redactora del Anteproyecto de Reglamento del Area Metropolitana de Madrid, aprobado por Decreto número 3088/1964, de 28 de septiembre.

Ponente en la Comisión del Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, aprobado por Decreto número 635/1964, de 5 de marzo.

Ponente en la Comisión del Reglamento de Reparcelaciones del Suelo afectado por Planes de Ordenación Urbana, aprobado por Decreto número 1006/1966, de 7 de abril.

Miembro de las Comisiones de «Vivienda» y «Estructuras y Servicios Urbanos» del II y III Planes de Desarrollo.

Miembro de la Comisión para la reforma del Código de Comercio en febrero de 1971.

TRABAJO

Por Orden de 23 de agosto de 1947, en virtud de concurso, se le encomendó estudiar el régimen de la propiedad en la entonces denominada «Africa Occidental Española», Territorios de Ifni y Sa-

hara, con estancia «in situ»; y redactó el anteproyecto del que fue Decreto de la Presidencia del Gobierno de 10 de diciembre de 1949 sobre dicho régimen de propiedad. En la Revista de «Información Jurídica del Ministerio de Justicia», julio-agosto de 1948, se publicó su informe: «Consideraciones sobre la futura reglamentación de la propiedad en el A. O. E.».

Redactó el anteproyecto y colaboró en la Dirección General de Marruecos y Colonias en la elaboración del Decreto de 3 de febrero de 1953 que reguló la Administración de Justicia en el A. O. E.

Redactó el «Programa de actuación y Régimen del Suelo» para el Plan General de Ordenación del Area Metropolitana de Madrid, aprobado por Decreto número 3655/1963, de 26 de diciembre.

Redactó el anteproyecto de Estatutos para la Asociación Mixta de Compensación «AZCA» en diciembre de 1963.

Redactó en febrero de 1964 una «Memoria sobre Política del Suelo» para la Dirección General de Urbanismo.

Redactó el proyecto de Decreto número 489/1964, de 20 de febrero, por el que se determina el régimen de urbanización de la Zona Comercial de la avenida del Generalísimo en Madrid.

Redactó la Ponencia sobre «Estudio de la especulación de terrenos y solares aptos para la edificación de viviendas» para el Segundo ciclo de Seminarios del Instituto Nacional de la Vivienda en 1965.

Redactó en febrero de 1967 una «Memoria de bases para el control del suelo».

Por encargo del Excmo. Sr. Alcalde de Madrid emitió un dictamen sobre «Actuación urbanística en la Avenida de la Paz», con el objetivo de su «plena urbanización»: asentamiento de población, ordenación y urbanización con desarrollo comunitario del Sector. Y redactó el anteproyecto del Decreto número 1032/1968, de 11 de mayo, «Para la Ordenación y Urbanización de la Avenida de la Paz».

Redactó en 1968 el prólogo al libro de don Francisco Javier Díez Montero, «Parcelaciones y Reparcelaciones Urbanísticas», Madrid, 1968.

Redactó en diciembre de 1969, en colaboración con don José Luis Laso, para el concurso convocado por la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, un estudio jurídico urbanístico.

CONFERENCIAS

«La Reforma Hipotecaria y la Jurisprudencia Registral», en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos de Madrid el 14 de marzo de 1956.

«Problemas de Expropiación Forzosa», en la Academia Matritense del Notariado, el Ilustre Colegio Notarial de Madrid, el 3 de junio de 1958.

Lecciones en el Cursillo de Derecho y Gestión Urbanística a la II Promoción de Técnicos de Administración Civil, 1962-63, en la Escuela de Funcionarios de Alcalá de Henares, sobre: «Expropiación forzosa»; «El Urbanismo y la política del suelo»; «La Ley del Suelo y el Planeamiento Urbanístico»; «El Registro de la Propiedad»; «Las limitaciones privadas del dominio»; «El derecho real de hipoteca», y «El arrendamiento como contrato y como derecho real».

«La Propiedad Privada. Registro de la Propiedad y Catastro», el 5 de marzo de 1963 en el Instituto de Estudios Agro-Sociales, Curso de Problemas del desarrollo rural y reformas agrarias.

«En torno al Urbanismo. Política del Suelo y Registro de la Propiedad», en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos el 15 de marzo de 1963.

«Problemas de la concentración urbana», el 17 de mayo de 1965 en la XXIV Semana Social de España. Lección segunda: «Concentración regional y comarcal».

«Edificación forzosa», el 1.º de febrero de 1966 en el Curso sobre «Problemas del Urbanismo moderno», del Instituto de Estudios de Administración Local.

«Un caso práctico de Urbanismo: el Centro Comercial de Madrid», el 5 de diciembre de 1968 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca.

«Experiencias urbanísticas», el 2 de febrero de 1970 en la Escuela Nacional de Administración Pública, I Curso de Urbanismo en Alcalá de Henares.

«La Reparcelación, un instrumento al servicio de la justicia distributiva», en el Ayuntamiento de Zaragoza el 12 de marzo de 1971.

«Urbanismo y seguridad jurídica», el 26 de marzo de 1971 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela.

CONGRESOS

En el Primer Congreso de Derecho Registral, Madrid, 1961, Centenario de la Ley Hipotecaria, presentó una Ponencia sobre «Registro de la Propiedad y Urbanismo».

En París, noviembre de 1967, en la sesión de la «Commision Permanent de L'Union International de la Propriété foncière batie», representando al Consejo Superior de Cámaras de la Propiedad de España, presentó una Ponencia sobre «La collaboration de la propriété privee dans le processus de l'urbanisation».

El 22 de mayo de 1968 emitió, para el «Congrès de l'Union International de la propriété foncière batie», un «Rapport» al Cuestionario del Congreso sobre soluciones jurídicas que permitan asociar a los propietarios de los terrenos en la gestión y construcción de nuevos edificios encuadrados en los planes de urbanización, y a los propietarios de los inmuebles en la modernización y restauración de los mismos en los programas de renovación urbana. Y, en geenal, sobre «reordenación de la propiedad».

En el «Primer Congreso Internacional de Derecho Registral», Buenos Aires, noviembre de 1972, presentó una Ponencia sobre «El Registro de la Propiedad y las actuaciones urbanísticas», y fue miembro de la Comisión redactora de la Carta de Buenos Aires.

DISTINCION INTERNACIONAL

El 22 de diciembre de 1972 el Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina le designó «Miembro correspondiente».

PUBLICACIONES

«La Reforma Hipotecaria y la Jurisprudencia Registral», artículo publicado en «Información Jurídica», mayo-junio 1956, páginas 239 a 264.

Comentario a la Sentencia de 10 de diciembre de 1951: «Acción reivindicatoria. Inscripción de posesión. Finca imaginaria. Posesión real. Prescripción. Incongruencia. Nulidad de inscripción», publicado en «Anuario de Derecho Civil», tomo V, fascículo II, abril-junio de 1952, págs. 811 a 819.

«Problemas de Expropiación Forzosa». Conferencia pronuncia-

da en la Academia Matritense del Notariado el 3 de junio de 1958. Publicada en los «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo XIII, págs. 133 a 166.

Ponencia para el Congreso de Derecho Registral de 1961 con el título «Registro de la Propiedad y Urbanismo».

«En torno al Urbanismo. Política del suelo y Registro de la Propiedad», artículo publicado en la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario» de julio-agosto 1963, núms. 422-423, págs. 449 a 503.

«Edificación Forzosa», artículo publicado en «Problemas del Urbanismo Moderno: Conferencias del curso 1965-66», págs. 223 a 249, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1967.

Prólogo al libro «Parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas», de Francisco Javier Díez Montero, págs. 15 a 18, Madrid, 1968.

«El Registro de la Propiedad y las actuaciones urbanísticas». Ponencia al Primer Congreso Internacional de Derecho Registral, Buenos Aires, noviembre-diciembre 1972. Publicado en la «Revista de Derecho Registral», núm. 2 de 1974, y en la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», núm. 499 de 1973.

Prólogo al libro «Parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas y el Registro de la Propiedad», de Martín Marcos Jiménez, Madrid, Montecorvo, 1976.

Prólogo al «Curso de Conferencias sobre la Reforma de los Códigos Civil y de Comercio por Ley 14/1972, de 2 de mayo», Madrid, Centro de Estudios Hipotecarios, 1978.

«El Cuerpo de Abogados del Estado. Su constitución. Su influencia en el Derecho Común», artículo publicado en la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario» de mayo-junio de 1981, núm. 544, páginas 683 a 708.

Conferencia con motivo del Cincuentenario del Colegio de Registradores de la Propiedad dada en el VI Congreso Internacional de Derecho Registral en octubre de 1984.

En base de todos sus méritos le fue concedida la Gran Cruz Meritísima de San Raimundo de Peñafort en 1982.

La Junta de Gobierno

ESTUDIOS .

Bienes de menores y Registro de la Propiedad (*)

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Menores sujetos a patria potestad:* A) Regla general. B) Supuestos especiales: a) Defensor judicial. b) Representante real. c) Intervención directa. C) Actos de adquisición. D) Actos de modificación. E) Actos de disposición.—III. *Menores sujetos a tutela:* A) Regla general. B) Supuestos especiales: a) Defensor judicial. b) Representante real. c) Intervención directa. C) Actos de adquisición. D) Actos de modificación. E) Actos de disposición.

I. INTRODUCCION

La protección, personal y patrimonial, de los menores ha sido una constante histórica en todos los tiempos y países, aunque lógicamente no siempre con el mismo contenido.

En nuestra Patria la materia ha sido objeto de recientes e importantes modificaciones. La Ley 11/1981, de 13 de mayo, que ha dado una nueva regulación al Título VII del Libro I del Código Civil, regulador de las relaciones paterno-filiales, y la Ley 13/1983, de 24 de octubre, modificando los Títulos IX y X del mismo Libro, introduciendo, entre otras, las novedades de sustituir el antiguo Consejo de Familia y la figura del protutor, por el control del Juez, de volver a la clásica distinción romana, seguida por las Partidas, de tutela y curatela, y de sustituir en caso de conflicto de intereses entre tutor y pupilo, la intervención del protutor por la del defensor judicial.

El objeto de las presentes notas es comentar las repercusiones registrales de dichas leyes, y para ello vamos a distinguir entre menores suje-

(*) Comunicación presentada por MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA, Registrador de la Propiedad de Córdoba, al I Congreso Jurídico Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba los días 28 al 31 de marzo de 1984.

tos a patria potestad y menores sujetos a tutela y curatela, y dentro de cada grupo estudiaremos la distinta situación legal, según se trate de actos de adquisición, modificación o disposición.

II. MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD

A) REGLA GENERAL: REPRESENTACIÓN POR LOS PADRES

Consecuencia lógica de la potestad sobre los hijos es la de poder los padres representarlos legalmente en cuantos asuntos tengan interés. Así, el artículo 154 atribuye a los padres el deber-facultad de «representarlos y administrar sus bienes», y el artículo 162, 1.º, dispone que «los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados». Si se tratase de padre menor soltero, el artículo 157 exige, además, «... asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en caso de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez». Ni qué decir tiene que esta situación de padres menores solteros puede afectar a ambos padres, en cuyo caso la intervención de distintas familias hará más probable la posibilidad de desacuerdos y, por tanto, la necesidad de intervención judicial.

El modo normal de acreditar la representación legal será por la declaración de notoriedad del Notario autorizante de la escritura.

El ejercicio de esta función, a diferencia del derecho anterior, se hará por ambos padres. El artículo 156 establece que «se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con consentimiento expreso o tácito del otro». Registralmente no caben los consentimientos tácitos, siendo preciso que el consentimiento conste en forma pública por aplicación del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria y 1.280, 5.º, del Código Civil. Tampoco será inscribible el contrato otorgado por uno solo de los padres alegando «uso social o urgente necesidad» (art. 156 del Código Civil), lo que sería poco acorde con la naturaleza de los actos inscribibles, que difícilmente pueden considerarse como usuales y donde, en todo caso, la urgente necesidad puede ser ratificada posteriormente por el padre o madre no concurrente al acto. Respecto al consentimiento presunto que también admite el 156, no parece registralmente admisible en base a que los actos registrables no están incluidos en el ejercicio ordinario de la patria potestad.

PRADA rechaza la intervención ante Notario con consentimiento tácito, no considerando fácil prever ni aceptar situaciones de urgente necesidad o conforme al uso social que permitan dicha intervención.

SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA y MARTÍNEZ MARTÍNEZ no admiten la

posibilidad de prestaciones generales del consentimiento por uno de los padres, al ser contraria a la finalidad de protección que supone la patria potestad, significando más bien una renuncia a deberes irrenunciables, como son los emanados de ella. Tampoco admiten que se pueda acudir a la representación voluntaria, por tratarse de una actividad personalísima, opinión de la cual discrepamos, ya que no vemos inconveniente en otorgar un poder, siempre que sea para un acto concreto y no concedido en términos generales.

Sin entrar en el examen de las diferentes opiniones doctrinales, la falta de consentimiento de uno de los padres, cuando legalmente deba intervenir, produce en el Registro la misma consecuencia: El acto no es inscribible.

La representación por uno solo de los padres está legalmente admitida:

- Si el otro tuviera interés contrapuesto en el asunto (art. 163). La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1934, reproduciendo la opinión de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, estima que hay contraposición de intereses en un asunto, cuando «recaiga sobre valores patrimoniales que, si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo». La materia, sujeta a calificación registral, ha producido abundantes Resoluciones de la Dirección General, que ha considerado interés contrapuesto: Si padre e hijo son coherederos (Resolución de 15 de enero de 1928); si el padre es heredero y el hijo acreedor de la herencia (Resolución de 12 de octubre de 1895); si el padre es heredero y el hijo legatario (Sentencia de 6 de noviembre de 1934); si al liquidarse tres herencias hay recíprocas compensaciones entre madre e hijo menor (Sentencia de 1961). Se discute si será posible la representación por un padre de varios hijos en la misma herencia, inclinándose FÉLIX HERNÁNDEZ GIL por la afirmativa, mientras CASTÁN VÁZQUEZ cree necesario el nombramiento de defensor judicial. El hecho de no existir Resoluciones sobre el tema, a pesar de su frecuencia práctica, significa, en mi opinión, que se ha entendido válida la representación por el padre de dos o más hijos herederos en la misma partición.
- Si, en caso de desacuerdo de los padres, el Juez hubiera atribuido a uno de ellos la facultad de decidir (art. 156, 2.º). Ello se acreditará con la correspondiente resolución judicial.
- En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres. La expresión «en defecto» del artículo 156 debe

interpretarse como falta de uno de los padres, sea por fallecimiento o por no conocerse legalmente. La ausencia y la incapacidad habrá que acreditarlas con resolución judicial firme. En cuanto a la imposibilidad debe ser permanente, como sería una incapacidad no declarada judicialmente, cuya apreciación puede hacer directamente el Notario autorizante o valiéndose de certificado de facultativo.

- Si el padre o la madre hubieran sido privados total o parcialmente de la patria potestad por sentencia firme (art. 170).
- En caso de separación de hecho de los padres, se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva (art. 156, final). SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA y MARTÍNEZ MARTÍNEZ opinan que bastará la simple manifestación del concurrente para justificar su intervención unilateral en el acto. Nos parece que debería exigirse alguna otra prueba como convenio de separación, si lo hubiere, declaración de notoriedad por el Notario, manifestación del hijo si tuviese suficiente juicio, etc.

B) SUPUESTOS ESPECIALES

a) *Defensor judicial*

Lo regula el artículo 163: «Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él».

El nombramiento le corresponde al Juez, a petición del padre o de la madre, del menor, del Ministerio Fiscal o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio. Se acreditará con el correspondiente Auto firme y aceptación del cargo.

Su contenido, a diferencia de la patria potestad, no es general, sino para la resolución del asunto concreto, con las facultades que le señale el Juez. La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1917 destacó que la actuación del defensor judicial se extenderá sólo a los actos precisos para la resolución del asunto concreto, sin que tenga carácter general.

b) *Representante real*

El artículo 164 exceptúa de la administración paterna:

- 1.º Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiera ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la

voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos.

2.º Los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que será administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un Administrador judicial especialmente nombrado.

La figura de este representante real aparece bastante borrosa. Su contenido nunca tiene la amplitud que el de los padres, limitándose a las facultades expresamente atribuidas. Podrá aceptar la herencia, legado o donación en nombre del menor, así como realizar actos de pura administración, ya que la representación legal de los padres no se extiende a estos bienes. Si pretendiese repudiar la adquisición es evidente que deberán cumplirse las formalidades del 166, a pesar de que literalmente sólo son aplicables a los padres. No podrán realizar actos dispositivos, ni de administración extraordinaria sin autorización del Juez, aunque al señalar el Código que se cumpla «estrictamente» la voluntad del disponente, cabe pensar incluso en la posibilidad de su supresión. No así en el supuesto de la excepción segunda. Lo que no cabe, a nuestro juicio, es que se extienda la función de este representante real a la adquisición de bienes para el menor, que debe permanecer en los padres.

c) *Intervención directa*

El menor puede por sí mismo realizar ciertos actos, como son:

- Otorgar y revocar testamentos, si es mayor de catorce años.
- Aceptar donaciones puras y simples (art. 626 del Código Civil, a contrario), aunque esta opinión no es compartida por autores como CAMY, ni por la Resolución de 1 de julio de 1920.
- Adquisición de bienes con su industria o trabajo por el mayor de dieciséis años, quien realizará sobre dichos bienes los actos de administración ordinaria, requiriéndose el consentimiento de los padres para los que excedan de ella.

C) ACTOS ADQUISITIVOS

No existe una norma que expresamente atribuya a los padres la facultad de adquirir bienes en nombre de los hijos, por lo que esta posibilidad hay que considerarla incluida en la representación legal que, con carácter general, se atribuye a los padres, según hemos visto anteriormente. La razón de esta omisión habrá de buscarse en la mayor

preocupación del legislador por regular los actos que, a su juicio, pueden dañar el patrimonio del menor, olvidándose de aquellos que, en principio, pueden beneficiarle, como son los adquisitivos, lo cual puede no ser cierto, ya que al mismo tiempo se dispone del dinero del menor, lo cual evidentemente puede perjudicarlo. CAMY opina que no es necesario que conste en el acto adquisitivo que el dinero invertido pertenece al hijo, sin perjuicio de las repercusiones fiscales procedentes.

Por ser una consecuencia directa de la patria potestad, no cabe atribuir a extraños esta facultad adquisitiva, y ello aunque pueda haber bienes excluidos de la administración paterna, salvo las excepciones vistas.

En todo caso hay que entender que la representación de los padres se extiende a todas las vicisitudes conexas al acto, como son garantizar el precio aplazado con hipoteca o condición resolutoria sobre el mismo bien adquirido, adquirir con pacto de retroventa o con cualquier otro gravamen. Así la Resolución de 2 de julio de 1931 consideró innecesaria la autorización judicial para la adquisición de bienes, aunque haya condiciones gravosas, y la de 9 de octubre de 1901 excluye la necesidad de autorización judicial cuando el menor esté representado en la partición por la madre titular de la patria potestad, lo cual ha sido reiterado por la Dirección. Si hubiere intereses opuestos con ambos padres en la partición, la citación al inventario deberá hacerse al defensor judicial, según Resolución de 13 de mayo de 1916.

La novedad más importante respecto a los actos adquisitivos, consiste en la limitación impuesta a los padres para poder repudiar las herencias, legados o donaciones ofrecidas a los menores, exigiendo para ello autorización judicial o el consentimiento en documento público del mayor de dieciséis años (art. 166, 2.º). Este cambio de criterio respecto al derecho anterior se justifica por presumirse el carácter beneficioso para el menor, de toda adquisición a título lucrativo.

La mayor dificultad práctica estriba en la interpretación de la frase final del párrafo 2.º del 166, según el cual «la aceptación de la herencia se entenderá hecha, en todo caso, a beneficio de inventario».

La justificación del texto habrá de buscarse en la cautela del legislador de evitar la posible responsabilidad del Estado, que obliga, a través de la intervención del Juez, a aceptar una herencia, cuando el legítimo representante del menor entiende que debe repudiarse.

PRADA opina que la frase «en todo caso», obliga a respetar las formalidades previstas en el Código para el beneficio de inventario, en cualquier supuesto. Nosotros, en base al artículo 1.018 del Código Civil, opinamos que si el inventario no se inicia o termina dentro de los límites

legales, la herencia «se entenderá aceptada pura y simplemente». Ello significa que la herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario en principio, pero que dicho beneficio desaparecerá si los padres no cumplen los requisitos previstos para disfrutar de él, en cuyo caso la aceptación se convierte en pura y simple, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los padres por los daños que pudiera haber sufrido el menor. No creemos que el Registrador deba rechazar la inscripción de una partición por no haberse cumplido los requisitos del beneficio de inventario.

Si los padres no aceptan, pero tampoco acuden a la autorización judicial o consentimiento del mayor de dieciséis años para repudiar, podría aplicarse la doctrina del 167, es decir, que el Juez, a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las providencias que estime necesarias para seguridad y recaudo de los bienes, incluso nombrando un administrador con las facultades necesarias para resolver el caso.

D) ACTOS DE MODIFICACIÓN

Deberán emanar también de los padres, salvo conflicto de intereses (artículo 162, 2.º), o bienes excluidos de su administración (art. 162, 3.º, en relación con el 164, núms. 1.º y 4.º), en cuyos casos se cumplirá lo dispuesto en dichas normas, es decir, representación sólo por el padre no incompatible, nombramiento de defensor judicial, cumplimiento de la voluntad del disponente, resolución judicial o realización del acto por el mayor de dieciséis años con consentimiento de los padres.

Entre los actos que cabe incluir en este apartado, registralmente hablando, señalamos.

- Declaraciones de obra nueva.
- Constitución en régimen de propiedad horizontal.
- Disolución de comunidad, que no exige autorización judicial, según la Resolución de 25 de abril de 1924. En el mismo sentido, FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ no considera necesaria dicha autorización, por no ser acto dispositivo.
- Agrupación, agregación, segregación y división de fincas.
- Cancelación por pago de hipotecas o condiciones resolutorias. Confirma este criterio el actual artículo 178, 2, del Reglamento Hipotecario, que, rectificando una doctrina anterior de la Dirección, dispone que «para la cancelación por pago de la hipoteca que garantice créditos a favor de un menor bastará el consentimiento del padre o madre que ejerza la patria potestad». Es una

excepción a la regla del número 1 de dicho artículo, que exige para las cancelaciones obtener las mismas autorizaciones precisas para la enajenación de inmuebles. La razón para ello, destacada unánimemente por la doctrina, se basa en ser el padre o madre la persona apta para el cobro, que una vez realizado obliga a cancelar la garantía.

- Determinación de la naturaleza privativa o ganancial de los bienes de la herencia (Resolución de 22 de diciembre de 1933).
- La adjudicación a un coheredero de bienes de la herencia, con obligación de compensar a metálico a los demás, que no necesita autorización del Juez, según Resolución de 22 de febrero de 1943.

Respecto a los arrendamientos de fincas, normalmente no acceden al Registro. La necesidad, o no, de autorización judicial, dependerá de la posición adoptada acerca del carácter real o personal; la Resolución de 12 de abril de 1909 exigió la autorización judicial, mientras la de 28 de mayo de 1897 la excluía. En cualquier caso, el artículo 1.548 establece que «los padres o tutores, respecto de los bienes de los menores o incapacitados, y los administradores de bienes que no tengan poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años». Este precepto ha tenido mala literatura, ya que deja fuera los arrendamientos en que exista anticipo de tres o más anualidades o exista convenio expreso de las partes para que se inscriba (art. 2, 5.º, de la Ley Hipotecaria).

E) ACTOS DE DISPOSICIÓN

La facultad dispositiva de los bienes de los menores radica, igualmente, en los padres como representantes legales de sus hijos. Pero esta facultad, cuando se trata de disponer de bienes inmuebles, está necesitada del requisito de la previa autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal, y sólo cuando concurren causas justificadas de utilidad o necesidad (art. 166, 1.º).

La autorización judicial ha de ser previa, sin que pueda admitirse su concurrencia posterior, según declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1953. En todo caso debe ser específica para un acto concreto y determinado, sin posibilidad de licencias o autorizaciones generales.

La sanción para los actos dispositivos realizados sin autorización judicial es la nulidad radical y absoluta según la citada Sentencia de 1953. SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA y MARTÍNEZ MARTÍNEZ se inclinan

por considerar el acto como incompleto o relativamente ineficaz, en el sentido de no poder perjudicar al representado menor, quien podrá ratificarlo cuando llegue a la mayoría de edad. Registralmente hablando, la Dirección, en Resolución de 27 de enero de 1900, estableció que el Notario no debe autorizar el acto, y las Resoluciones de 10 de marzo de 1944 y 26 de octubre de 1964 dispusieron que el Registrador no puede inscribirlo.

¿Cabe excluir la autorización judicial por el causante o donante? Las Resoluciones de 5 de noviembre de 1887, 16 de septiembre de 1890 y 25 de agosto de 1891 admitieron esta posibilidad, cuando así lo establezca el testador que deje a los menores, que no sean herederos forzosos, herencia o legado de importancia. Hoy día los términos en que se produce el 164, excepción 1.^a, de que se cumpla estrictamente la voluntad del disponente sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos, nos da pie para sostener la validez de esta postura, teniendo en cuenta, además, que, como toda limitación, ha de interpretarse restrictivamente (Resolución de 13 de julio de 1911). Si se puede lo más, eliminar la representación legal de los padres, se debe poder lo menos, eliminar o sustituir la autorización judicial.

La necesidad de autorización judicial ha sido exigida por la Dirección General:

- Para la venta de bienes inmuebles (Resolución de 23 de diciembre de 1903).
- Cesión de crédito hipotecario (Resolución de 5 de abril de 1882).
- Posposición de hipoteca (Resolución de 20 de noviembre de 1911).
- Adjudicación a un tercero para pago de deudas (Resolución de 26 de diciembre de 1893).
- Cancelación de hipoteca o gravamen (Resolución de 19 de julio de 1922), hoy parcialmente rectificada esta postura por el 178, 2, del Reglamento Hipotecario, según hemos visto.
- Revocación por cumplimiento de condición resolutoria de donaciones de inmuebles hechas a favor de los hijos (Resolución de 20 de noviembre de 1892).

El nuevo artículo 178 del Reglamento Hipotecario dispone en su apartado 1 que «a los efectos del párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, los representantes legales de la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación necesitarán, para proceder a su cancelación, obtener las autorizaciones y observar las formalidades legales exigidas para la enajenación de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos». Evidentemente el legislador está pen-

sando en cancelaciones voluntarias, y no en las automáticas que procedan ministerio legislativo por caducidad, cumplimiento de plazo o condición, u otros supuestos imperativos. Lo que sí está claro es que el Registrador no puede entrar en si el acto es necesario o útil para el menor, ya que ello queda al criterio judicial.

Jurisprudencialmente no se ha considerado necesaria la autorización judicial:

- Enajenación de bienes en vía de apremio judicial (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1897 y Resolución de 23 de noviembre de 1899).
- Para formalizar escrituras de ventas realizadas previamente por el causante (Resolución de 11 de julio de 1905).
- Para la compra de bienes con limitaciones o condiciones (Resolución de 2 de julio de 1931).
- Para la escritura de retroventa otorgada por el padre en nombre de los hijos (Resolución de 27 de mayo de 1926).

En base a ello, nos parece que, con carácter general, no será necesario si la disposición no es voluntaria, sino forzosa, como en caso de expropiación forzosa, apremios administrativos, etc. Este criterio tiene el refrendo de la Ley 64 de la Compilación de Navarra.

Tampoco será necesaria la autorización judicial, por aplicación del 166, párrafo final, si el menor tiene dieciséis años y consiente la enajenación en documento público.

Respecto al cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 154, relativa a la audiencia a los hijos si tuvieran suficiente juicio, creemos, con SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, que su falta sólo producirá efectos en el círculo de relaciones entre padres e hijos, sin trascender a terceros, puesto que se trata de un deber de los padres, cuya inobservancia se sancionará por la vía del 170 del Código Civil.

Finalmente destaquemos que la facultad dispositiva de los padres no existe:

- En el supuesto de incompatibilidad de intereses, lo cual da origen al nombramiento e intervención del defensor judicial.
- Respecto de bienes adquiridos por los mayores de dieciséis años con su industria o trabajo (bastando la simple manifestación acerca de este origen), en cuyo supuesto la facultad dispositiva radica en el propio menor, que necesitará, además, el consentimiento de sus padres, según el artículo 164, 4, del Código Civil.
- Cuando se trate de bienes de cuya administración estén exclu-

dos, ya que en este caso no son representantes legales de los hijos (artículo 162, párrafo inicial y excepción del número 3). ALBALADEJO argumenta, además, que si los padres no pueden lo menos, administrar, tampoco podrán lo más, disponer, correspondiendo al administrador la facultad dispositiva, previo cumplimiento del artículo 166, salvo que el testador o donante dispusiera lo contrario, en cuyo caso se cumplirá lo establecido. En contra, SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA y MARTÍNEZ MARTÍNEZ argumentan que las facultades del administrador han de ser interpretadas restrictivamente, y que las facultades dispositivas radican siempre en los padres. A nosotros nos parece más decisivo el argumento legal del 162, excepción 3.ª, y si es claro que los padres no ostentan la representación legal respecto de dichos bienes, no pueden pretender ejercer derecho alguno sobre ellos, basado en una función que no tienen. En todo caso debe respetarse la voluntad del donante o disponente, que no olvidemos puede ser el mismo padre, en cuyo caso la posibilidad de excluir la autorización del Juez es más dudosa, ya que, de un lado, siempre que el legislador habla de donante o disponente parece referirse a persona distinta de los padres, y, de otra, podrían éstos, mediante un acto dispositivo posterior, lesionar la legítima del menor, ya que la donación habría de imputarse aunque los bienes hubiesen sido enajenados.

III. MENORES SUJETOS A TUTELA

A) REGLA GENERAL

Representación por el tutor y control judicial

La norma general patrimonial está contenida en el artículo 267, cuando dice que «el tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación». Y más específicamente el artículo 270 señala que «el tutor único y, en su caso, el de los bienes, es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia».

Queda con ello claro que la representación legal del menor continúa exclusivamente atribuida al tutor, salvo los actos que la ley permita al menor, y que la intervención judicial lo es en cuanto órgano de control,

La representación del tutor tiene carácter personalísimo y, por tanto, no delegable, lo que no significa prohibición de acudir al mandato en actos concretos. Así lo declaró la Resolución de 18 de diciembre de 1900, según la cual «entre las prohibiciones que el artículo 275 (hoy modificado) impone al tutor no se encuentra mencionada la de autorizar a un tercero, para que, como mandatario del mismo, pueda ejercer alguno de los actos concernientes al ejercicio de la tutela».

Reseñado el carácter del tutor como representante legal del tutor, y, por tanto, administrador de sus bienes, debemos destacar ahora la necesidad de cumplir otro requisito para poder otorgar actos registrables, cual es el de obtener la correspondiente autorización judicial, aunque con las matizaciones que, a nuestro juicio, proceden y que veremos a continuación. Así lo establece el artículo 271, 2.º, que, recogiendo el criterio del antiguo 269, 5.º, ordena: «El tutor necesitará autorización judicial: 2.º Para ... celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción».

Los problemas que puede plantear este precepto son importantes en razón a su desmesurada extensión, ya que se refiere a cualquier clase de acto y a cualquier tipo de registro, por lo que prácticamente supone una intervención constante del órgano judicial que va más allá, a nuestro juicio, de lo que es una actividad de control.

Como primer problema examinamos si la intervención del Juez es siempre necesaria o si, por el contrario, tiene carácter supletorio sólo para el supuesto de que los padres no hayan establecido otro tipo de control. En base al artículo 223, creemos que tiene carácter supletorio, ya que este precepto permite que «los padres podrán, en testamento o documento público notarial, nombrar tutor, *establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlo* u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados». Esta facultad de establecer órganos de fiscalización designando a sus componentes, que se atribuye exclusivamente a los padres, permite el resurgir de organismos más o menos similares al antiguo Consejo de Familia, sustituyendo el control judicial. Lo que sí parece claro es que debe existir alguna clase de fiscalización de la gestión del tutor y que no sería válida la supresión absoluta de ella. El artículo 224 del Código Civil establece el carácter vinculante de estos nombramientos respecto al Juez.

Respecto a la extensión del control judicial a toda clase de contratos o actos susceptibles de inscripción y, refiriéndose exclusivamente al Registro de la Propiedad, la opinión no puede ser favorable, y su interpretación ha de ser restrictiva en los términos y por las razones que veremos a continuación.

La doctrina civilista, así MANRESA, al que sigue CASTÁN, se limita a comentar que la frase del antiguo artículo 269, 5.º, «... contratos o actos sujetos a inscripción» debía de interpretarse en el sentido de contratos o actos susceptibles de inscripción, ya que el Código no habrá querido limitar su mandato a los pocos actos o contratos en los que verdaderamente es obligatoria la inscripción, porque los que están en caso contrario son la mayoría. CAMY, comentando el mismo precepto, se limita a destacar como evidente la necesidad de autorización del Consejo de Familia para que el tutor pueda adquirir bienes en nombre del tutelado. Con este pobre bagaje doctrinal el legislador de 1983 se ha limitado a recoger la antigua crítica, exigiendo la autorización judicial para cualquier acto o contrato susceptible de inscripción, sin profundizar en los problemas que ello lleva consigo, teniendo en cuenta la nueva regulación de la tutela, obligando a acudir al Juez en una serie de supuestos innecesarios.

Dejando a parte el problema doctrinal de si en el Registro se inscriben actos o contratos, o títulos, o derechos, sobre lo cual no se han puesto de acuerdo los hipotecaristas en más de ciento veinte años, no se ve clara la razón de «castigar» el ingreso en el Registro de la Propiedad de actos o contratos que, si no fuera por esta razón, no estarían sometidos a control alguno.

El problema más inmediato que se ofrece al intérprete es el determinar cuáles son estos actos o contratos para los que se exige autorización judicial. La contestación más rápida sería entender que el Código se está refiriendo a los actos enumerados en el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento. Pero esta solución olvida otros preceptos fundamentales, como el artículo 3.º de dicha Ley, que exige forma pública «para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior». Es decir, que la forma pública es requisito imprescindible para que el acto o contrato sea susceptible de inscripción, de lo cual se deduce que si el acto o contrato está redactado en documento privado, al no ser susceptible de inscripción por aplicación del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, no necesitará autorización judicial, la cual sólo habría de exigirse si se hubiese redactado en documento público. Lo mismo podría decirse de la escritura pública si no fuese inscribible por estar interrumpido el tracto, o cualquier otra razón.

En base a ello nos parece que la declaración del artículo 271, 2.º, no tiene la amplitud que al antiguo 269, 5.º, se le había venido dando, quizá por desidia doctrinal, dada la facilidad con que el requisito podía obtenerse en la práctica, y que, por tanto, no se refiere el Código a cualquier acto inscribible, sino que dicho precepto, por razón de su contexto,

está directamente relacionado con el párrafo precedente, debiendo sólo aplicarse a los actos dispositivos del menor o tutelado, y no a los adquisitivos, salvo los expresamente designados por el legislador, y que luego veremos.

Apoyan esta postura otras razones complementarias, como las derivadas de la supresión del antiguo número 6 del artículo 269, según el cual el tutor necesitaba autorización «para colocar el dinero sobrante de cada año después de cubiertas las obligaciones de la tutela». Si el tutor puede ahora invertir el dinero del pupilo sin necesidad de autorización judicial, salvo las excepciones de los números 2.º y 5.º del artículo 272, no parece lógico ampliar estas excepciones a todos los supuestos en que el acto pudiera tener acceso al Registro, con lo que se atendería a la forma y no a la sustancia del acto, castigando de este modo la titulación pública y su repercusión en el Registro.

No olvidemos, además, que la brevedad de ciertos plazos para realizar actos adquisitivos, como los nueve días que señalan los artículos 1.524 y 1.535 del Código Civil o el mes del artículo 1.067 impedirán presumiblemente que el tutor pueda ejercitar derechos favorables al menor como retracto de colindantes o coherederos, al ser normalmente imposible obtener en tan breve período de tiempo la pertinente autorización judicial.

Finalmente hay una serie de casos en los que nos parece evidente la innecesariedad de la autorización judicial, como son:

- Instancia para certificar, caso de tenerse que realizar algún asiento, como conversión de posesión en dominio, cancelación de cargas caducadas, etc., al amparo del artículo 353 del Reglamento Hipotecario.
- Instancia descriptiva o escritura de manifestación de bienes, cuando la herencia, caso de heredero único, ha sido aceptada con autorización del Juez.
- Cancelación del usufructo y consiguiente consolidación del dominio a favor del menor, por fallecimiento o cualquier causa no contractual de extinción del usufructo.
- Cancelación por pago de una hipoteca a favor del menor. Si el tutor puede por sí cobrar el crédito, es claro que la posterior cancelación es acto debido. El artículo 178, 2 y 5, dan base a ello.
- Todos aquellos en que el acto o contrato no es voluntario, sino debido, como supuestos de expropiación forzosa, ejecución judicial o administrativa de bienes del menor, inscripción de la incapacidad en el libro de incapacitados, etc.

B) SUPUESTOS ESPECIALES

a) *Defensor judicial*

Lo regula el nuevo artículo 299, siendo una figura nueva en la tutela, como consecuencia de la supresión del protutor. El alcance del nuevo precepto va más allá del supuesto de conflicto de intereses, comprendiendo también el de falta de desempeño de sus funciones, cualquiera que sea la causa, y, además, comprende una genérica referencia a cualquier otra causa prevista en el Código. El texto del nuevo precepto señala: «Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

1.º Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.

2.º En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.

3.º En todos los demás casos previstos en este Código».

Para el primero de los supuestos valen las consideraciones que hacíamos respecto a los sometidos a patria potestad. Es igual el criterio para el caso de conflicto con sólo uno de los padres tutores.

En el supuesto de tutela conjunta, dice el artículo 237 bis que si «hubiere incompatibilidad u oposición de intereses en alguno de ellos para un acto o contrato, podrá éste ser realizado por el otro tutor, o, de ser varios, por los demás en forma conjunta». Más dudoso será admitir la representación por el tutor personal, si existiera conflicto con el tutor de los bienes, en cuyo caso nos parece más acertado acudir al nombramiento de defensor judicial.

La falta de desempeño de sus funciones por el tutor, a que se refiere el número 2.º, ha de ser lo suficientemente duradera en el tiempo como para justificar el nombramiento de defensor o, en su caso, de un nuevo tutor.

El nombramiento lo hará siempre el Juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, a petición del Fiscal, tutor, curador o cualquier otra persona capaz de comparecer en juicio, y recaerá sobre quien estime más idóneo para el cargo (art. 300).

Su contenido no es general, como el tutor, coincidiendo en ello con el defensor en caso de incompatibilidad del menor sujeto a patria potestad, sino que se limita a la resolución de un asunto concreto, o, como dice el artículo 302, «tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez, al que deberá rendir cuentas de su gestión una vez concluida». Se echa de menos la exigencia del cumplimiento de los mismos requisitos que, en su caso, son necesarios al tutor.

b) *Representación real*

Se refiere a ella el artículo 227, según el cual «el que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor».

Se trata de un precepto más restringido que el artículo 223, ya que no permite establecer órganos de fiscalización de la tutela, ni otorgar disposiciones referentes a la persona del menor. Por lo demás, plantea problemas semejantes a los del artículo 164, 1.º y 2.º, que antes esbozamos, y que serían válidos aquí, como limitar la figura a actos de administración, exigencia de autorización judicial si pretendiera repudiar, y atribución al tutor de las facultades no atribuidas al administrador.

c) *Intervención directa*

Al igual que el sometido a patria potestad, el menor tutelado puede realizar ciertos actos por sí mismo, como reconoce el artículo 267, al atribuir la representación legal al tutor, «salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo», por disposición expresa de la ley. Entre ellos, aparte el derecho a ser escuchado si tiene suficiente juicio (arts. 231 y 237, entre otros), destaca el otorgamiento de testamento y su revocación, si fuese mayor de catorce años (la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1903 declaró que el tutor no puede impugnar el testamento del pupilo).

C) ACTOS ADQUISITIVOS

De acuerdo con la nueva Ley, necesitan autorización judicial:

- Aceptación pura y simple de la herencia (art. 272, 1.º, a contrario).
- Repudiación de la herencia (art. 272, 1.º).

- Repudiación de legados y donaciones (liberalidades en el 272, 1.º).
- Renuncia de derechos (art. 271, 3.º).
- Transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado (art. 271, 3.º).

No necesitan, en nuestra opinión, autorización judicial los demás actos, entre los que destacamos:

- Aceptación de la herencia a beneficio de inventario (art. 272, 1.º, y 992, 2.º).
- Aceptación de legados, aunque algún autor, como PUIG BRUTAU, considera prudente someter a la aprobación del Consejo, hoy autorización judicial, algún tipo de legado como el de cosa propia del legatario (art. 863).
- Aceptación de toda clase de donaciones.
- Otorgamiento de escritura de manifestación de herencia o instancia descriptiva de bienes, en caso de heredero único.
- Adquisición de toda clase de bienes, incluso inmuebles, y derechos, y ello aunque estuvieren gravados con hipoteca, condición resolutoria o cualquier otro gravamen, de modo análogo a los menores sujetos a patria potestad, que antes examinamos.

Especial consideración merece el número 4.º del artículo 271, que exige autorización judicial «para realizar la partición de la herencia o la división de una cosa común, las cuales, una vez practicadas, requerirán además la aprobación judicial».

La necesidad de la aprobación posterior judicial, además de las autorizaciones previas para aceptar y para partir, supone un importante cambio de la postura tradicional en nuestro Derecho, mantenida por la Dirección General, aparte de introducir una clara antinomia con el artículo 1.060, según el cual «cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial». Esta antinomia, puesta de manifiesto en la discusión parlamentaria de la ley, fue contestada por la ponencia en el sentido de que la ley de tutela, como ley posterior, prevaldría por vía de interpretación sobre el artículo 1.060. Solución simplista, puesto que ambos artículos forman parte de un mismo Código y, por tanto, de igual rango, por lo que la resolución de esta antinomia no está en la aplicación del artículo 2, 2, del Código Civil —las leyes sólo se derogan por otras posteriores—, sino en el artículo 3, 1, en cuanto señala los criterios para la interpretación de las leyes. Doctrinalmente se ha dicho por autores, como SAVIGNY, que hay que acudir a la conciliación sistemática,

mientras otros se inclinan por la recíproca anulación de las normas contrapuestas, por lo que estamos en presencia de una laguna de ley, lo que nos llevaría a inclinarnos por la no necesidad de la aprobación judicial, que no podría presumirse, una vez entendido anulado el precepto que la exige.

Aunque se mantuviera la postura contraria, la aprobación debe referirse a la partición o división voluntariamente otorgada por el tutor, sin perjuicio del derecho de los restantes coherederos, o, en su caso, comuneros, para pedir la partición (art. 1.051) o la división de la cosa común (art. 400).

Igualmente, no será necesaria la aprobación, dado el carácter restrictivo del precepto, si el acto no es propiamente particional, como otorgamiento de escritura de manifestación de herencia, aceptación de legado o, en mi opinión, adjudicación en *proindiviso* de los bienes hereditarios en la misma proporción en que son llamados a la herencia. Tampoco si la partición es realizada por el testador, y el contador-partidor, o la división por árbitros o amigables componedores al amparo del artículo 402, 2.º, o si se trata de confirmar el tutor la partición por el contador-partidor dativo, conforme el artículo 1.057 del Código Civil.

MORELL, siguiendo lo dispuesto en la Real Orden de 6 de noviembre de 1868 y Resolución de 28 de junio de 1877, tampoco considera necesaria la aprobación si, tratándose de herencias voluntarias, el testador hubiere dispuesto lo contrario.

D) ACTOS DE MODIFICACIÓN

Han de emanar del tutor, en cuanto representante y administrador de los bienes del menor. Conforme a nuestra posición, no requieren autorización judicial, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir el tutor, y que se le exigirá al amparo del artículo 269, 4.º.

Son los mismos actos que examinamos en el correspondiente apartado del sometido a patria potestad, incluida la cancelación por pago de hipotecas, que aunque no recogida en el artículo 178, 2, del Reglamento Hipotecario, es claro que siendo la misma razón debe ser idéntica la solución.

El artículo 272, 2.º, exige autorización judicial para «hacer gastos extraordinarios en los bienes», lo cual supone ser necesaria en las obras nuevas, y el 5.º para «dar y tomar dinero a préstamo», lo que puede tener repercusión registral si se acude a algún tipo de garantía real inmobiliaria.

E) ACTOS DE DISPOSICIÓN

Los actos dispositivos a título oneroso están expresamente mencionados en el artículo 271, 2.º: «Enajenar o gravar bienes inmuebles...», lo que conlleva la necesidad de autorización judicial para cualquier acto o contrato de naturaleza dispositiva sobre esta clase de bienes.

La diferencia con el antiguo artículo 269, 5.º, es clara, ya que antes se refería a cualquier clase de bienes, mientras ahora sólo es necesaria para los inmuebles, en lo que ahora nos interesa, aparte los establecimientos mercantiles, objetos preciosos y valores mobiliarios.

No será necesaria la autorización judicial cuando el acto no sea voluntario, sino debido. Ya excluía la autorización GARCÍA GOYENA, al comentar el artículo 233 del Proyecto de 1851, sosteniendo que no era necesaria si la enajenación era forzosa e independiente de la voluntad del tutor. Entre estos supuestos están incluidos la enajenación en expediente de expropiación forzosa, ejecución judicial o administrativa, cancelación por pago de la hipoteca, retroventa y venta de bien indivisible en subasta pública, al amparo de lo dispuesto en los artículos 404 y 1.062 del Código Civil.

Respecto a los arrendamientos, aunque normalmente tienen muy escasa repercusión registral, destaquemos la necesidad de autorización judicial si el arrendamiento está sujeto a prórroga forzosa (art. 272, 4.º), o bien si exceden de seis años (art. 1.548 del Código Civil). No será, en principio, necesaria en los demás supuestos, como son que haya anticipo de renta de tres o más años, o convenio expreso de las partes para que se inscriba (art. 2, 5.º, de la Ley Hipotecaria).

Los actos dispositivos a título gratuito, que antes aparecían expresamente prohibidos por el artículo 275, 1.º, «donar ... cosas o derechos pertenecientes al menor o incapacitado», son ahora permitidos con autorización del Juez. Así, el artículo 272, 6.º, dice que «también necesitará el tutor autorización judicial: Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, salvo autorización judicial». Dejando a un lado la redundancia que supone el último párrafo, nos parece claro y justificado el cambio de postura, ya que las donaciones no son tan gratuitas en la práctica, sino que suelen tener un carácter remunerativo que no es posible desconocer, por lo que su prohibición absoluta era a veces contraproducente.

MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA
Registrador de la Propiedad

Planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada o solidaria por acto ilícito común.

SUMARIO: 1. *Precisiones históricas y conceptuales.*—2. *Los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil español.*—3. *Las obligaciones plurales extracontractuales.*—4. *Las obligaciones plurales derivadas de acto ilícito civil.*—5. *La peculiar construcción francesa.*—6. *Apreciación crítica de la misma.*

1. PRECISIONES HISTÓRICAS Y CONCEPTUALES

Ante el hecho de una concreta relación obligatoria con unidad de objeto y pluralidad de sujetos parece natural surja la pregunta de si el acreedor (o uno de los acreedores) podrá reclamar la totalidad de la prestación a cada uno de los deudores (o al deudor), o si, por el contrario, el derecho de crédito y el débito quedarán divididos en tantas partes cuantos sean los acreedores y/o deudores, de acuerdo al principio *concursum partes fiunt*. Y parece del todo natural también que la pregunta siguiente y obligada consista en inquirir si en semejante evento lo normal será la posibilidad de la exigencia y el cumplimiento *ad integrum* o más bien el fraccionamiento de la prestación debida. Esto es, si el régimen ordinario vendrá dado por la mancomunidad o por la solidaridad en el caso de relaciones obligacionales con más de un sujeto en la titularidad activa y/o pasiva de las mismas.

Lo de menos es que para explicitar semejante situación se acuda, como hacen algunos autores, a sostener que en un determinado ordenamiento jurídico rige una presunción a favor de una u otra variedad obligatoria (es decir, legalmente se presume la mancomunidad o la solidaridad de las obligaciones), o más bien, como prefieren otros, se trata de que la ley ha establecido al respecto una regla general que, como

toda determinación normativa de este tipo, puede conocer y conoce excepciones.

En Derecho romano parece que rigió el principio de que en el caso de obligaciones con varios acreedores y deudores tenía lugar la división de la prestación (a efectos activos y pasivos) entre los mismos. Acorde, según se pretende, con el carácter individualista de dicho ordenamiento histórico («sistema del egoísmo disciplinado», lo llamó IHERING), la tesis dominante, que cuenta con el notable espaldarazo que supuso la adscripción y defensa de la misma por SAVIGNY, sostiene que en el mundo jurídico romano la posibilidad de que un acreedor pudiese reclamar el todo (*singulis solidum debetur*) y la necesidad de que un deudor viniese obligado a cumplir el todo (*singuli solidum debent*), esto es, la solidaridad, constituía una situación anómala, extraordinaria o excepcional que sólo podía operar, al menos en el ámbito contractual, cuando así lo hubiesen establecido de manera clara los propios interesados.

En el Derecho romano clásico, la fuente principal, y aún única para algunos (PEROZZI), de la solidaridad fue la *stipulatio* celebrada de una determinada manera. Cuando varios deudores contestaban uno tras otro, *spondeo* (o la vez, *spondemus*), a las preguntas del acreedor *Maevi, spondesne mihi centum dare? Semproni, spondesne mihi eosdem centum dare?*, surgía la obligación solidaria pasiva; y cuando habiendo formulado uno de los acreedores la pregunta *spondesne mihi centum dare?*, y cada uno de los demás, a su vez, apostillando *spondesne mihi eosdem centum dare?*, el único deudor contestaba a todas estas preguntas con un *utrique vestrum centum dare spondeo*, nacía la obligación solidaria activa. Más tarde, en los Derechos postclásico y justiniano, al recaer la esencia de la solidaridad no en el requisito formal de la *unitas actus*, sino en el *animus* de los contratantes, cualquier contrato pudo servir para producirla, especialmente aquellos de los que nacían *actiones bonae fidei* e, incluso, para un destacado grupo de romanistas, el mismo mutuo y los contratos *litteris*.

También el testamento podía ser fuente de obligaciones solidarias cuando el testador disponía, por ejemplo, *Titius heres meus aut Caius heres meus Stichum servum Sempronio dato*, en cuyo caso los *heredes instituti* venían obligados a cumplir solidariamente el *legatus per damnationem* a su cargo establecido; mientras que surgía la solidaridad activa a favor de varios legatarios *per damnationem* cuando la fórmula utilizada fuese *Titius heres meus Caio aut Sempronio, utri ille velit, decem dato*. Lo mismo ocurría respecto a las obligaciones derivadas de delito en el caso de pluralidad de autores, ya que el Derecho justinianeo hacía derivar la solidaridad de la unidad del hecho ilícito cometido, como

cuando un *servus* o un animal perteneciente en condominio a varios dueños ocasionare un daño o cuando diversas personas, *communi conspiratione*, ejecutasen un delito. Y, en fin, había casos en que surgía la solidaridad por mandato directo de la ley entre varios obligados, precisamente por la peculiaridad de los deberes que les incumbían: cotutores, cocuradores, codeudores de una prestación indivisible, *sponsores*, *fidepromissores*, *fideiussores*, etc. (1).

No se crea, empero, que la tesis del carácter dominante o normal de la mancomunidad en el Derecho romano no ha conocido la oposición de quienes, con uno u otro grado de amplitud, estiman que la solidaridad tuvo una esfera de aplicación sensiblemente superior a la que de ordinario se admite. Es el caso de BONFANTE, para quien las obligaciones constituidas en un mismo acto deben considerarse solidarias como regla general, al menos durante el Derecho clásico, ya que las disposiciones contrarias a la solidaridad, que la presentan como supuesto de excepción, fruto de la voluntad expresa de las partes, o son normas justinianeas, o fueron interpoladas por los compiladores de los textos clásicos. En el mismo sentido, para ALBERTARIO, el carácter excepcional de la solidaridad sólo se presenta claro fuera de la estricta área de la *stipulatio*, ya que en ésta, lo ordinario, precisamente por su naturaleza formal rigurosa, sería el nacimiento de una obligación solidaria en el caso de que varios deudores contestasen en idéntico sentido la pregunta formulada por el único acreedor. Todavía en forma más acentuada, DE FRANCISCI, siguiendo el parecer de PINELES de que la solidaridad debió ser la regla general lo mismo para el Derecho romano que para los antiguos Derechos germánico y eslavo, considera que «en la antigüedad (romana) lo normal debió ser la solidaridad, ya que el pago, la compensación, la ejecución, la pérdida o la destrucción de la *species* por causa fortuita, el juramento sobre la existencia de la obligación, la *litis contestatio* obtenida por obra o en las relaciones de uno de los sujetos, extinguían las obligaciones en todos los demás» (2).

Sea como fuere, lo cierto es que sobre la base de los textos romanos conocidos, originales o interpolados, pocas dudas pueden existir de que en dicho sistema jurídico hubo una clara inclinación a considerar que en el caso de una relación obligatoria con pluralidad de titulares activos o pasivos debía considerarse como norma de principio que la misma era una obligación mancomunada o parciaria (*pro parte, pro rata*), y que sólo el juego de especiales circunstancias y la valoración de concretos

(1) Cfr. nuestro *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, págs. 37 y ss.

(2) DE FRANCISCI: *Síntesis histórica del Derecho romano*, Madrid, 1954, páginas 482-483.

intereses podían determinar en dicho supuesto que la obligación asumiese la condición de *in solidum (pro toto)*. Así resulta del Digesto, *partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum, singulos in solidum spopondisse, ita duo rei promitendi fierent* (3), del Código (4) y en especial de la Novela 99, 1, *si pactum fuerit speciale, unumquemque teneri in solidum*, disposición esta última que constituye la más clara manifestación del criterio romano restrictivo de la solidaridad, en la que encuentran su más directo punto de apoyo histórico los ordenamientos que acogen similar concepción y que, en opinión de ALBERTARIO, representa un típico fruto de la época bizantina, época en que la piedad por el deudor prevalece sobre los objetivos extrínsecos del crédito y del comercio (5).

En el Derecho medieval español no se regula en forma general la figura de la solidaridad obligacional; es más, incluso se desconoce el término solidaridad. Empero, según ha resaltado con abundante apoyo documental HERNÁNDEZ-GIL, la idea esencial que encierra dicha institución jurídica es contemplada y aplicada en supuestos de fianza y se descubre como muy acusada, incluso en cuerpos legales de distinta procedencia e inspiración, una directriz orientada hacia los resultados propios de la solidaridad (6). Fueron las Partidas, sorprendentemente, las que, bajo la influencia de una especial interpretación del Derecho romano, establecieron, en el decir de BENITO GUTIÉRREZ, «la solidaridad o correalidad como regla, y la parcialidad como excepción», aunque, rectamente miradas las cosas, las mismas se limitaron a consagrar la presunción de solidaridad tan sólo en dos específicos casos relativos a la fianza (P. 5, 12, 8, y P. 5, 12, 10).

Contra esta concepción reacciona la Novísima Recopilación, y en su libro 10, título 1, ley 10 se pronuncia de manera tajante contra la idea de que pueda existir una presunción de solidaridad en el Derecho español, en los siguientes términos: «Establecemos, que si dos personas se obligaren simplemente por contrato, o en otra manera alguna, para hacer y cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entienda ser obligados cada uno por la mitad; salvo si en el contrato se dixere, que cada uno sea obligado *in solidum*, o entre sí en otra manera fuere convenido e igualado; y esto no embargante qualesquier leyes del Derecho común que contra esto hablan: y esto sea guardado así en los contratos

(3) D. 45, 2, 11, 1 y 2.

(4) C. 8, 40, 2.

(5) ALBERTARIO: «Elementi romano-classici ed elementi romano-giustinianeî nel nostro Diritto delle obbligazioni», en *Studi di Diritto commerciale in onore di Vivante*, Roma, 1931, pág. 11.

(6) HERNÁNDEZ-GIL: «El principio de la no presunción de la solidaridad», en *Revista de Derecho Privado*, 1947, págs. 84 y ss.

pasados como en los por venir». Clara admisión, pues, de que si alguna presunción rige al respecto será la de la mancomunidad.

El Proyecto de Código Civil de 1851, que en su artículo 1.058, denominando «mancomunidad» lo que hoy legalmente se llama «solidaridad», dispone que «no hay mancomunidad entre acreedores ni deudores, sino en virtud de pacto expreso o disposición de la ley». GARCÍA GOYENA señala como precedentes de esta norma los artículos 1.202 del Código francés, 1.155 del napolitano, 1.292 del sardo, 897 del de el cantón de Vaud, 1.318 del holandés y 2.088 del de la Luisiana, recuerda los textos romanos fundamentales al respecto y que cabe constituir la mancomunidad (solidaridad) por testamento si así lo expresa el testador, o se sigue necesariamente de su disposición, usando de palabras disyuntivas (*aut*), así como que también es posible que surja directamente de disposición de la ley, y, tras indicar que la responsabilidad por los delitos o faltas envuelve, asimismo, por punto general, la mancomunidad (solidaridad), concluye de manera principista que «cuando dos o más personas se obligan a una misma cosa en favor de un mismo acreedor, sin expresar la mancomunidad, cumplen con la obligación pagando cada uno su parte; exigir la totalidad de uno solo, es suponer una obligación más; y aún cuando hubiera duda sobre esto, debería ser interpretada en favor del deudor» (7). Como se ve, clara admisión del criterio francés recogido en el artículo 1.202 del *Code Napoléon*.

2. LOS ARTÍCULOS 1.137 Y 1.138 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

El Código Civil español de 1889 mantiene esta misma línea y hasta resulta más limitativo, ya que se olvida de mencionar de manera específica a la ley como fuente de la solidaridad, aunque, desde luego, ello no plantea ningún problema para admitir la idoneidad de este mecanismo. Según el artículo 1.137: «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria». Y el artículo 1.138 dispone en el mismo sentido: «Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros».

(7) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 569.

La intención y expresión de los transcritos preceptos de nuestro Código Civil son claras. La circunstancia de que en una relación obligatoria específica concurren varios sujetos en la posición activa, en la posición pasiva o en ambas «no implica» que cada uno de los varios acreedores o cada uno de los varios deudores pueda reclamar o esté obligado a ejecutar la totalidad de la prestación adeudada, aunque, desde luego, ello no supone que quede excluida la posibilidad de que semejante acontecer tenga lugar, ya que cabe que «la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria». Esto es, si en las obligaciones plurales, su sola existencia no determina el que se configure la situación, así denominada gráficamente por el profesor LACRUZ BERDEJO, de «todos y cada uno por el todo» (8), a *contrario sensu*, ello significa que la situación normal o automática será la de la división del crédito y de la deuda en tantas partes cuantos sean los acreedores y los deudores, y, en consecuencia, que la mancomunidad constituirá el supuesto común, mientras que la solidaridad vendrá conformada como el evento excepcional.

Como antes expresábamos, es indiferente que para reflejar esta peculiar configuración de las obligaciones con pluralidad de sujetos en nuestra normativa se recurra a señalar que en el Derecho civil español la mancomunidad es la regla general y la solidaridad la excepción, o bien se indique que entre nosotros rige la presunción de mancomunidad, en el sentido propio de las presunciones *iuris tantum* de que el favorecido por ellas (acreedor o deudor en un supuesto de obligación plúrima) queda dispensado de toda prueba respecto al fraccionamiento de la prestación, y de que es posible su destrucción mediante prueba en contrario, claramente aludida en el artículo 1.137, «cuando la obligación expresamente lo determine», y en el artículo 1.138, «si del texto de las obligaciones... no resulta otra cosa» (arts. 1.250 y 1.251 del Código Civil).

Lo que quizá ya no tiene tanto sentido es que en la doctrina civil española se haya prácticamente generalizado la expresión de «principio de no presunción de solidaridad» o, de manera más escueta, la de «no presunción de solidaridad». Esta terminología la utiliza por primera vez HERNÁNDEZ-GIL y tiene su fuente directa, como una suerte de dependencia conceptual, en la literalidad del artículo 1.202 del Código Civil francés, que habla de «la solidaridad no se presume», sin advertir el error dogmático que supone caracterizar jurídicamente una situación por su faceta negativa y no bajo su aspecto positivo. Cuando en presencia de varios sujetos afectados por un vínculo obligatorio el objeto

(8) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1977, página 58.

debido se divide entre ellos como situación normal u ordinaria querida por la ley, la recta definición de semejante acontecer debe hacerse resaltando lo que ocurre (la división) y no lo que deja de ocurrir (la indivisión), es decir, que la presunción legalmente establecida debe considerarse no como una presunción de no solidaridad, sino como una presunción de mancomunidad, porque, aunque ambas no son más que una y otra cara de la misma realidad, es más correcto en las formulaciones conceptuales de una situación jurídica contemplar la figura y no la contrafigura.

Con todo, por más que no resulte exacto hablar de presunción de no solidaridad, ya que eso es la mera consecuencia de lo que la ley formula de manera directa y positiva, todavía es más rechazable la expresión de HERNÁNDEZ-GIL «no presunción de solidaridad», por lo que supone de inversión a la hora de caracterizar la figura jurídica contemplada en el Código Civil. Este formula de manera clara e indubitada una presunción de mancomunidad, y, en consecuencia, querer definir jurídicamente esa situación como de no presunción de solidaridad, no sólo supone un enfoque errado y defectuoso, sino una deformación de la voluntad legal, porque, por más que desde el ángulo lógico no pueda haber duda de que cuando el legislador establece la presunción de mancomunidad al mismo tiempo está excluyendo la presunción de solidaridad, ya que no puede querer a la vez dos cosas contrapuestas y excluyentes, lo que no cabe es configurar ese estado de cosas como una situación de no presunción, porque no hay duda alguna de que la ley pretende establecer una genuina presunción, y, por tanto, es a esta circunstancia a la que debe atenderse en el momento de calificar la *quaestio iuris*.

Es, en base concretamente a esta sola circunstancia, por lo que quizá resulte más conveniente y más respetuoso con la *ratio legis* enfocar el problema que se está considerando en el sentido de que la ley lo que hace en los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil es establecer la mancomunidad como régimen general u ordinario de las obligaciones plurales, permitiendo invertir esta situación mediante voluntad en contrario. En suma, la mancomunidad como regla y la solidaridad como excepción, ya que, como dice SANCHO REBULLIDA, «si, respecto de una determinada obligación con pluralidad de sujetos nada han previsto la ley ni, en su caso, la voluntad de las partes, se regirá por las normas de las obligaciones mancomunadas» (9).

Es obvio que no es propio de este estudio el adentrarnos en la consideración profunda de lo que significa la dicción legal de que la solida-

(9) SANCHO REBULLIDA: «La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos», en *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, III, Pamplona, 1969, pág. 569.

ridad haya de establecerse «expresamente» (art. 1.137 del Código Civil), aunque sí resulta obligado hacer algunas consideraciones al respecto. Tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas han resaltado, prácticamente de manera unánime, que la constitución de una obligación de este tipo no requiere la utilización del vocablo solidaridad ni ninguno otro determinado, ya que es suficiente que de los términos empleados se derive con adecuada certidumbre que los interesados han querido generar un vínculo obligatorio que permita exigir o sujete a cumplir íntegramente la prestación debida, pues lo que el legislador quiere patentizar cuando habla de «expresamente», aquí como en otros lugares del Código Civil, es que se trate de una voluntad real en tal sentido, esto es, que las partes desean de manera verdadera y firme, aunque no lo hayan manifestado en forma expresa, que la obligación a nacer tenga la condición de solidaria, por lo que, tal como han reconocido diversas Sentencias del Tribunal Supremo (Sentencias de 10 y 11 de octubre de 1927 y 14 de marzo de 1934), cabe la posibilidad de que la voluntad al respecto de los interesados pueda emitirse en forma tácita y se infiera por la vía de indagar la intención de las partes mediante el juego de todos los factores y circunstancias (*facta concludentia*) que obren en el supuesto específico de que se trate; y, en tal sentido, la jurisprudencia habla de los hechos, actos y circunstancias presentes en el caso que puedan entrañar la existencia de la solidaridad (por ejemplo, recibos suscritos por todos los vendedores), ya que, como dice la Sentencia de 14 de marzo de 1934, la existencia de la solidaridad ha de discriminarse en cada caso particular «según las circunstancias y el relieve jurídico del mismo».

No se trataría, pues, de un problema de declaración, sino de un problema de voluntad, por lo que siempre que exista intención o voluntad de solidaridad, así habrá que reputar el vínculo, por más que aquélla no se haya declarado de manera expresa, y, en consecuencia, incluso en el supuesto de que se haya utilizado el término solidaridad expresamente, si resultare que las partes no la querían en realidad, la obligación nacida no tendrá semejante carácter, ya que, como también dice la Sentencia de 2 de junio de 1960, una obligación será solidaria siempre que de su texto pueda «deducirse que la voluntad de los contratantes fue la de crear una unidad en la obligación y la responsabilidad *in solidum* de los cointerésados».

En un sistema como el nuestro, en el que prima la intención sobre la manifestación (arts. 675 y 1.281 del Código Civil) y en el que está consagrado desde el Ordenamiento de Alcalá el principio espiritualista de libertad de forma en la emisión de la voluntad contractual, parece

que la conclusión, en la materia que se considera, no puede ser distinta de la que se acaba de apuntar y en tal sentido deberán entenderse los artículos 1.137 y 1.138 en tema de solidaridad. Sobre estas bases, resulta claro que el texto de dichos preceptos no puede tomarse en su estricta literalidad, sino bajo los condicionamientos genéricos que en nuestro sistema jurídico informan el mundo de la voluntad y de su declaración, y, en consecuencia, podrá estimarse la solidaridad, aunque no haya declaración de voluntad expresa en tal sentido, siempre que de las circunstancias concurrentes en el negocio de que se trate pueda inferirse que esa fue la intención de las partes, esto es, que, tal como ha reconocido el Tribunal Supremo en varias sentencias, cabe considerar la existencia de obligaciones solidarias en base a meras declaraciones de voluntad tácitas.

SANCHO REBULLIDA piensa, contrariamente, que si bien la «expresión» del artículo 1.137 no requiere la utilización del término «obligación solidaria» ni de otro determinado, resulta evidente, sin embargo, que dicho precepto exige expresión de voluntad en el acto constitutivo de la obligación, y que el artículo 1.138 no admite más pruebas en contrario que la resultante del texto de la obligación. En consecuencia, considera que, conforme al Código Civil, sólo habrá lugar al mecanismo de la solidaridad cuando la obligación (no los datos extrínsecos a la relación misma o a su fuente) lo determine expresamente (no implícita o tácitamente), constituyéndose (la solidaridad está en la constitución misma del vínculo y no en la interpretación o en el tratamiento del constituido sin determinación de su carácter) con la naturaleza de solidaria, y requiriéndose para destruir la presunción de mancomunidad legalmente establecida que del texto de la obligación (y no de los datos externos a la misma) resulte otra cosa (10).

Con lo que, en nuestra opinión, resulta que si se entienden de esa manera los artículos 1.137 y 1.138, el propósito aperturista y expansivo que preside el razonamiento de considerar que no hace falta para que surja la solidaridad que se utilice la locución «obligación solidaria» u otra determinada se difumina un tanto y hasta corre el riesgo de diluirse, porque estimar que, en cualquier caso, semejante carácter deberá constar expresamente en el texto mismo del contrato, sin que sea posible recurrir a elementos extraños al estricto acto constitutivo del vínculo, supone una visión tan restringida del fenómeno que prácticamente determina la exclusión del propio punto de partida, ya que si no hace falta utilizar la palabra solidaridad, pero se precisa que semejante condición conste en el texto mismo del negocio que da origen a la obligación, se

(10) *Ibid.*, pág. 573.

está retirando con una mano lo que se da con la otra, porque difícilmente existirá otro camino para constituir una obligación solidaria por vía contractual que atribuir esa nominación específica a la relación generada.

Semejante visión choca contra lo que es normal en el ámbito contractual y supone una concepción tan rigurosa de las obligaciones solidarias que escasamente tiene encaje dentro del principio que rige en nuestro sistema jurídico de que en caso de discordancia entre voluntad y declaración debe prevalecer la primera, aparte de que al excluir la posibilidad de que la condición de solidario de un vínculo obligatorio pueda surgir por vía interpretativa y tenga que constar necesaria, clara y expresamente en su propia textualidad en el momento constitutivo mismo nos remite a la aplicación mecánica del criterio *in claris non fit interpretatio* que hoy goza de escasa aceptación y que en nuestro Derecho resulta manifiestamente marginado por los artículos 675 y 1.281 del Código Civil. Por lo que, en definitiva, parece más razonable admitir con HERNÁNDEZ-GIL que la determinación de la solidaridad queda sometida a las reglas de interpretación contenidas en dichos artículos, y que, en consecuencia, habrá de estarse, ante todo, a la fijación de la intención de las partes, intención que puede resultar de las palabras utilizadas y coincidir con ellas, pero que puede también resultar de la ponderación de otros datos (actos coetáneos, anteriores y posteriores) y de la utilización de criterios de interpretación superiores al literal, como el lógico, el sistemático y el teleológico, que a veces captan una intención en claro desacuerdo con el sentido literal de las palabras utilizadas (11).

En este mismo sentido, Díez-PICAZO, aunque considera que la tesis de HERNÁNDEZ-GIL de que no es preceptiva una declaración de voluntad expresa parece chocar con el texto del artículo 1.137, que habla de «expresamente», estima que, «sin embargo, tiene, a mi juicio, razón al entender que nada impide poner en juego todas las reglas de interpretación de los contratos establecidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil». Ya que si bien normalmente la solidaridad negocial vendrá establecida en el propio negocio constitutivo del vínculo, nada obsta también a que la misma derive de los pactos y reglamentos que entre sí hayan concertado los interesados en la relación solidaria, recordando en esta dirección la Sentencia de 18 de marzo de 1949, que estimó que los demandados eran deudores solidarios porque, como socios de la Caja Rural de un Sindicato Agrícola, tenían establecida la solidaridad en los estatutos, reglamentos y acuerdos del sindicato (12), criterio jurisprudencial que venía a ratificar otro anterior en el mismo sentido,

(11) HERNÁNDEZ-GIL: «El principio...», *loc. cit.*, págs. 93-94.

(12) Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. I, Madrid, 1983, páginas 414-415.

pues la Sentencia de 14 de noviembre de 1954, aunque no atribuye valor absoluto a una cláusula general de solidaridad contenida en unos estatutos sindicales («es deber de los socios inscritos asumir la responsabilidad solidaria e ilimitada con todos sus bienes de todas las obligaciones de la sociedad»), sí reconoce, empero, que cabe tomarla en consideración si las circunstancias particulares del caso litigioso lo permiten.

Interpretación, por lo demás, que vendrá impuesta en numerosos casos por el juego de normas jurídicas distintas a los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil, porque si, por ejemplo, según el artículo 4.º de la Ley General de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974, «los estatutos de las cooperativas de primer grado establecerán la responsabilidad limitada o ilimitada de los socios por las obligaciones sociales y podrán señalar el carácter solidario o mancomunado de la misma...», resultará que, en el caso de que se hayan inclinado por el primer tipo de responsabilidad, los socios quedarán obligados solidariamente por más que en el contrato generador de la obligación no se haya hecho referencia expresa alguna al carácter solidario que asumía la misma, circunstancia que prueba de manera suficiente que aunque, en línea de principio, en el plano contractual no nace la solidaridad si no existe una voluntad efectiva y real en tal sentido, ello no supone, empero, ni que semejante voluntad deba constar de manera manifiesta y expresa, siendo posible su indagación a través de los medios y con los resultados que genéricamente se aceptan a la hora de inquirir la intención efectiva de las partes, ni que necesariamente dicho proceso exploratorio deba agotarse en el interior, en el texto del contrato, pues cabe la toma en consideración de otros elementos que, aun no constitutivos de la obligación, sean determinantes para conocer la naturaleza y alcance de la misma.

No otro es el pensamiento de CASTÁN cuando dice que debe entenderse que «sí cabe una solidaridad derivada, por vía de interpretación, no del texto del contrato, sino de la intención de las partes, o sea de la voluntad tácita exteriorizada mediante un determinado comportamiento (actos u omisiones)» (13). Tesis para cuya admisión no representa obstáculo alguno la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que, aparte de la posibilidad antes apuntada que diversas sentencias establecen, de buscar la fuente de la solidaridad en los «hechos, actos y circunstancias presentes en el caso», el mayor número de las resoluciones del Supremo se limitan a declarar, en forma absolutamente inocua para aquélla, que el Código no exige que se emplee precisamente el término obligación

(13) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, III (*Derecho de obligaciones*), Madrid, 1978, pág. 133.

solidaria, pues basta que los usados, por su significación gramatical y lógica, evidencien la voluntad de los contratantes de deber prestar o poder pedir íntegramente las cosas objeto de la obligación. Y en tal sentido una larga serie de sentencias reiteran esta constante doctrina: Sentencias de 8 de junio de 1915, 11 de febrero de 1927, 2 de marzo de 1950, 2 de junio y 28 de septiembre de 1960, 5 de mayo de 1961, 14 de febrero y 22 de octubre de 1964, 17 de mayo de 1967, 11 de mayo y 7 de diciembre de 1968, 22 de noviembre de 1969, 19 de noviembre de 1970, 30 de marzo y 4 de mayo de 1973, 20 de abril y 16 de diciembre de 1976, 2 de junio de 1980, etc.

Lo curioso es que buena parte de las dificultades suscitadas en este punto se diluyen, en nuestra opinión, con sólo reducir los términos legales a su exacto sentido y ámbito de aplicación. Así, SANCHEZ REBULLIDA, por ejemplo, basa en gran medida sus planteamientos en el hecho de que para destruir la presunción de mancomunidad haga falta que *del texto* de la obligación resulte otra cosa, ya que el artículo 1.138 no admite más prueba en contrario que la resultante de dicho *texto* obligatorio. Ahora bien, rectamente miradas las cosas, aparte de que sería muy difícil demostrar que en el caso en estudio la destrucción de la presunción de mancomunidad legalmente establecida no puede producirse más que a través de un único medio de prueba, se advierte que con bastante frecuencia se pone a jugar el artículo 1.138 del Código en un campo que no es el suyo y se le engarza en indebida conexión con el artículo 1.137 *eiusdem* de cara a la contemplación de la solidaridad en nuestro Derecho como un régimen excepcional en la esfera de las obligaciones con pluralidad de sujetos.

En efecto, si, como dice el artículo 1.137, la concurrencia de dos o más acreedores y de dos o más deudores «no implica» la solidaridad, lo que sí «implicará», en consecuencia, será la mancomunidad, y, por tanto, al contemplar el mencionado precepto esta última situación como hipótesis normal u ordinaria en el caso de obligaciones plurales, es obvio que se está refiriendo de manera primaria a las obligaciones mancomunadas, no sólo porque la excepción que el mismo recoge en orden a la solidaridad no tendría sentido sin haber plasmado antes el principio general, sino, además, porque constituyendo el primer artículo de una sección que se intitula «De la obligaciones mancomunadas y solidarias», resulta del todo natural y lógico que se refiera básica y fundamentalmente a las obligaciones mancomunadas.

Por tanto, cuando el artículo siguiente (el 1.138) habla de «las obligaciones a que se refiere el artículo anterior», esta expresión no hay que entenderla, tal como suele hacer la generalidad de la doctrina, en

el sentido de vincularla a las obligaciones solidarias, ya que dicho artículo precedente lo que primariamente contempla es las obligaciones mancomunadas, y, en consecuencia, todo el entramado de que el carácter solidario de una obligación debe emanar del propio *texto* de su acto constitutivo se desmorona por resultar improcedente la referencia.

El artículo 1.138 del Código Civil se circunscribe exclusivamente a las obligaciones mancomunadas y viene a establecer algo que, por lo demás, se entiende como perfectamente lógico: si en el texto de una obligación mancomunada no se ha establecido otra cosa, «el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya». Por el contrario, si se considera que la remisión al texto de las obligaciones es para determinar si las partes han querido constituir un vínculo solidario, la conclusión, en caso de respuesta negativa, de que entonces la relación generada se entenderá dividida en tantas partes iguales como sujetos, será algo que no guarda relación con el punto de partida: si no se contempla la solidaridad, hay mancomunidad (circunstancia que no necesita repetirse, pues ya lo ha sancionado el artículo 1.137), pero lo que ya no guarda correspondencia es vincular la ausencia de solidaridad al fraccionamiento de la prestación debida en tantas cuotas iguales cuantos sean los sujetos intervinientes.

Los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil español guardan conexión y están entrelazados, pero no en orden, como normalmente considera la doctrina, a establecer el régimen de la solidaridad en nuestro ordenamiento, sino a materializar la esfera de actuación y supuesto normal de las obligaciones solidarias mediante el juego de dos presunciones *iuris tantum*. A través de la primera se dispone que si las partes no han querido, con determinadas garantías de seriedad y certidumbre, otra cosa, la obligación con varios titulares será una obligación mancomunada; por conducto de la segunda resulta que si, en presencia de una relación obligatoria de esta última naturaleza, los interesados no han convenido algo diferente en orden a la distribución del crédito y del débito entre ellos, la misma estará dividida (su objeto, se entiende) en tantas partes iguales como sujetos haya, sin que de dicha circunstancia quepa derivar, por el contrario, que han querido constituir un vínculo solidario, ya que solidaridad se opone a mancomunidad, pero no hay forma de contraponer ésta a «partes iguales», en cuanto sus ámbitos conceptual y existencial son diferentes.

La mayoría de los ordenamientos civiles sigue el mismo criterio que el español de considerar regla general la mancomunidad o reparto de la prestación entre los distintos sujetos tratándose de obligaciones contractuales, aunque en los Códigos más perfeccionados y técnicos se cons-

tata la clara orientación a consagrar el principio contrario, favorable a la solidaridad. Así, en el Derecho suizo, cuando varios deudores sopor ten una prestación indivisible, sin hallarse vinculados ni por pacto ni por ley al régimen de la solidaridad, según el artículo 70 del Código de las Obligaciones, «cada uno estará obligado a toda la prestación», situación que aunque, como dice VON TUHR, está basada en la naturaleza de la prestación y no tiene en la ley el trato jurídico de la solidaridad, «se equipara a ésta en todos los puntos esenciales» (interrupción de la prescripción, régimen de reembolso y subrogación entre los varios deudores, etc.) (14).

Pero la inversión del criterio tradicional y general se produce de manera tajante y claro en los Códigos Civiles alemán e italiano de 1942. A tenor del parágrafo 427 del B.G.B., «si varios se obligan por contrato conjuntamente a una prestación divisible, responden en la duda como deudores solidarios», mientras que «si varios adeudan una prestación indivisible, responden como deudores solidarios» (§ 431). Y en el mismo sentido, de acuerdo al artículo 1.294 del *Codice civile*, «los codeudores están obligados solidariamente, si de la ley o del título no resulta otra cosa», mientras que «las obligaciones indivisibles son reguladas por las normas relativas a las obligaciones solidarias, en cuanto sean aplicables» (art. 1.317). Estamos en presencia, por tanto, de sistemas, que han establecido la presunción de solidaridad en el caso de obligaciones con pluralidad de sujetos nacidas de contrato, rompiendo con el criterio mucho más extendido y tradicional de presumir la mancomunidad en dicho supuesto.

Aunque, según se ha explicado, el establecimiento de la solidaridad en las obligaciones contractuales deba considerarse con todas las ponderaciones y facilidades expuestas, no cabe duda de que en nuestro ordenamiento civil, en cuanto rige en él la presunción de mancomunidad, la solidaridad sólo operará cuando conste por medios intrínsecos o extrínsecos que ése ha sido el querer de los interesados. Ahora bien, por más que tal sea la situación normal, hay casos, dentro de la misma órbita contractual, en que el nacimiento de las obligaciones solidarias no depende de la voluntad de las partes, sino directamente de la ley. Es lo que ocurre en el supuesto de pluralidad de mandantes, ya que según el artículo 1.731 del Código Civil, «si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato»; en el contrato de comodato cuando el mismo se concluya con varios comodatarios, ya que a tenor del artículo 1.748 *eiusdem*, «todos los comodatarios a quie-

(14) VON TUHR: *Tratado de las obligaciones*, II, Madrid, 1934, pág. 283.

nes se preste conjuntamente una cosa responden solidariamente de ella, a tenor de lo dispuesto en esta sección»; en el contrato de sociedad colectiva, pues de acuerdo al artículo 127 del Código de Comercio, «todos los socios que forman la compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente», y en el contrato de sociedad en comandita por lo que hace a los socios colectivos de la misma (art. 148 del Código de Comercio).

3. LAS OBLIGACIONES PLURALES EXTRA CONTRACTUALES

Hasta aquí nos hemos venido ocupando en exclusiva de las obligaciones nacidas de contrato. ¿Qué ocurrirá al respecto en la esfera de las obligaciones extracontractuales? ¿Regirá en ellas también la presunción de mancomunidad en el caso de que se presenten con pluralidad de sujetos? Cuando en virtud de alguno de los hechos distintos al contrato previstos en el artículo 1.089 como fuente de las obligaciones nos encontremos con una relación obligatoria plural y no conste de manera clara el carácter solidario de la misma, ¿qué criterio se utilizará para resolver en un sentido o en otro?

Aunque es cierto que de los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil no puede derivarse sin más, tal como ha pretendido algún autor, que la regla sentada en los mismos valga tan sólo para las obligaciones nacidas de contrato, ya que se trata de preceptos genéricos que sirven para cualquier tipo de obligaciones con indiferencia de su origen y forman parte de un libro del Código Civil que, por más que se intitule «De las obligaciones y contratos», comprende no sólo las obligaciones derivadas de convención, sino también las que se contraen sin convenio y las nacidas de culpa o negligencia, no lo es menos que existe una clara tendencia tanto de la doctrina como de la jurisprudencia a restringir el juego de la presunción de mancomunidad al campo de las obligaciones contractuales. Operan aquí factores derivados del signo de nuestro tiempo, poco propicio a la exaltación de los criterios individualistas que en el fondo son los que justifican la regla del artículo 1.137, ya que, como con acierto ha destacado HERNÁNDEZ-GIL, «es manifiesto que en virtud del auge que desde hace tiempo vienen adquiriendo las ideas sociales, con la consiguiente declinación del individualismo, existe un clima general propenso a la solidaridad» (15).

Ya en una fecha tan temprana como 1903, nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de 23 de diciembre) consagró la tesis, a pesar del silencio legal en tal sentido, de que en el supuesto de que el pago de lo indebido

(15) HERNÁNDEZ-GIL: «El principio », *loc. cit.*, pág. 95.

se hubiese hecho a favor de más de una persona, éstas venían obligadas solidariamente a la repetición, en razón de que el principio tradicional, favorable a la mancomunidad, consagrado de nuevo en los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil, no es aplicable al caso en cuestión, «ya porque no cabe pacto alguno en las obligaciones que no tienen su fuente en la convención, ya también porque la naturaleza del acto jurídico, consistente en el cobro de lo indebido, impone la necesidad del total reintegro al perjudicado, en cuanto sea dable, sustrayéndolo a las contingencias que de la mancomunidad pueden derivarse». Es revelador y sintomático de los nuevos aires que van a correr en esta materia que ante una manifestación de obligación plural derivada de acto lícito no contractual (cuasicontrato en la defectuosa terminología de nuestro Código), como es el cobro de lo indebido, respecto a la cual la ley guarda silencio y, en consecuencia, procedería la aplicación de lo que en forma genérica establece el artículo 1.137 para toda clase de obligaciones con pluralidad de sujetos, la simple circunstancia de que se trate de una obligación generada fuera del contrato es suficiente para excluirla de la férula del mencionado precepto.

Respecto a las obligaciones nacidas directamente de la ley que afecten a varios sujetos, es obvio que no existirá cuestión alguna cuando la misma ley establezca expresamente la solidaridad activa, pasiva o mixta, en cuyo caso nos encontraremos ante un supuesto de solidaridad *ex lege*, claramente distinguible de aquellos otros en que la misma opera *ex voluntate*, así como de los que tratándose de obligaciones surgidas de contrato la ley impone, empero, la vinculación solidaria. Y, sin embargo, en ausencia de expreso pronunciamiento normativo, parece, en una primera impresión, que tanto por el carácter principista que reviste el artículo 1.137 del Código Civil aplicable a todas las obligaciones que, con indiferencia de su origen, presenten pluralidad de titulares activos o pasivos, como por la propia dicción de dicha norma, que sólo impone la solidaridad «cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria» (términos que valen lo mismo para las obligaciones contractuales que para las legales y aún, apurando su sentido gramatical, encajan mejor en éstas que en aquéllas), parece podría concluirse que su tratamiento no debería ser distinto del que se asigna en idénticas circunstancias a las obligaciones contractuales.

Esto es, si en las obligaciones que nacen de la voluntad de las partes no existe solidaridad, sino cuando las mismas tienen, como gráficamente ha dicho nuestro Tribunal Supremo en numerosas sentencias, «voluntad de solidaridad», parece que en las obligaciones de origen legal la conclusión debería ser en idéntico sentido de que sólo se acepte la condición

solidaria de las mismas cuando la propia ley se la haya asignado, máxime cuando se supone que el legislador tiene unas posibilidades de expresión y soporta unas exigencias de claridad y precisión que no se dan en la misma medida entre los particulares. A pesar de ello y aunque evidentemente no tenga la misma justificación, igual que hemos visto que en el campo de las obligaciones contractuales se admite que cabe la solidaridad por la vía de la interpretación, no del texto del contrato, sino de la intención de las partes, se comienza a aceptar también por algunos autores que cuando existe concurrencia de obligados en los casos en que una disposición legal impone la obligación sin expresar el carácter de la responsabilidad de aquéllos, «se considera suficiente para establecer la solidaridad, aunque tal carácter de la responsabilidad no aparezca determinado expresamente en la norma que contempla el caso de la concurrencia de obligados, la posibilidad de deducirla interpretando que tal fue la solución querida por el legislador» (16).

Así, por ejemplo, aunque a tenor del artículo 1.084 del Código Civil, «hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos...», disposición que parece permitir el razonamiento de que como el precepto dice que la responsabilidad es solidaria para cada coheredero después de la partición de la herencia, *a contrario sensu*, la responsabilidad de los mismos será mancomunada antes de la partición, la mayoría de la doctrina española se inclina por considerar que también antes de la división hereditaria los coherederos responden solidariamente de las deudas del difunto, ya que, como escribe en tal sentido ALBALADEJO, «el artículo 1.084 no pretende variar la responsabilidad después de la partición (pues ¿qué fundamento habría para ello?), sino simplemente constata (puesto que con la partición desaparece la comunidad hereditaria) que no habiendo ya bienes hereditarios comunes con los que responder de las deudas, subsiste sólo la responsabilidad (que también antes existía) por las mismas con los bienes propios de los coherederos, entre cuyos bienes propios se encuentran ahora los que antes de la partición eran comunes» (17).

A mayor abundamiento, aunque según el artículo 891 del Código Civil, «si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa», la doctrina mayoritaria española (SÁNCHEZ ROMÁN, LACRUZ, VALLET DE GOYTISOLO, etc.) entiende, no obstante la clara dicción legal que habla de manco-

(16) GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, XV-2. Madrid, 1983, pág. 238.

(17) ALBALADEJO: «La responsabilidad de los herederos por deudas del causante, antes de la partición», en *Anuario de Derecho Civil*, 1967, pág. 504.

munidad entre los legatarios, que debe rectificarse la letra de la norma y considerar que se está en presencia de una solidaridad legalmente establecida, por más que a esta conclusión deba llegarse por la vía de la hermenéutica (en concreto a través del mecanismo de la *analogía legis*), ya que, resalta en tal sentido ALVAREZ VIGARAY, la situación de los acreedores no puede hacerse más desfavorable por la circunstancia de que el testador haya distribuido la herencia en legados, así que debe aplicarse por analogía el artículo 1.084 del Código Civil a los acreedores, de modo semejante a lo que sucede después de hecha la partición en la herencia a beneficio de inventario, podrán exigir el pago de las deudas por entero de cualquiera de los legatarios hasta donde alcance el valor de sus legados, y como la distribución de la herencia en legados no es motivo que justifique el obligar a los acreedores a dividir su acción entre los legatarios, hay que entender que la división de la deuda entre los legatarios en proporción al valor de sus respectivos legados, establecida en el artículo 891, sólo tiene lugar en las relaciones internas entre los legatarios (18).

También la jurisprudencia se mueve en la misma dirección favorable a la solidaridad en casos típicos en que la ley no la ha declarado de manera expresa respecto a las obligaciones que tienen en ella su fuente. Uno de estos casos, de significativa importancia y transcendencia, es el de la responsabilidad decenal de los contratistas (por vicios de la construcción) y de los arquitectos (por vicio del suelo o de la dirección) que establece el artículo 1.591 del Código Civil. En efecto, aunque dicho precepto no dispone el carácter solidario de la responsabilidad del contratista y del arquitecto por la ruina del edificio, sino que más bien de su propia dicción, como advierte TRAVIESAS (19), resulta que la misma se divide entre uno y otro, diversas Sentencias del Tribunal Supremo reconocen el juego de la solidaridad en dicho supuesto, no obstante el silencio de la norma que establece semejante responsabilidad.

Puede leerse, en tal sentido, en la Sentencia de 5 de mayo de 1961: «Que si bien es cierto que es principio general sentado en el artículo 1.137 de nuestro Código Civil que la solidaridad de los deudores, cuando sean varios, no se presume y debe pactarse expresamente, no lo es menos que conforme determina el artículo 1.138, no se precisa una declaración clara y terminante de la solidaridad, bastando que del contexto de la obligación se deduzca su existencia...; y como quiera que la obligación que ahora se exige no tiene su origen en la convención de las

(18) ALVAREZ VIGARAY: «La distribución de toda la herencia en legados», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1965, pág. 44.

(19) TRAVIESAS: «Contrato de arrendamiento (obra y servicios)», en *Revista de Derecho Privado*, 1919, pág. 45.

partes, sino que se deriva de un precepto legal, el artículo 1.591..., es evidente que en el caso que se resuelve en que la ruina fue originada tanto por los defectos del suelo y del cálculo como de la obra y también por vicios de la construcción y la mala calidad de los materiales empleados, sin que pueda determinarse la proporción en que dichos diversos elementos hayan influido en la realidad de la ruina ocasionada, debe apreciarse que dada la expresión de igualdad en la responsabilidad que contiene el precepto, con la identidad del origen legal de la obligación misma, la conjunción de las causas originantes de la ruina y la indivisibilidad de la obligación hacen nacer la solidaridad que se deduce del artículo 1.591...». Y en la Sentencia de 18 de noviembre de 1975 que «dada aquella igualdad de responsabilidad habrá de tener el carácter solidario que resulta del texto de la propia obligación que la ley establece».

Esta doctrina, que encuentra en numerosos autores favorable acogida, ya que, como dice GARCÍA CANTERO, «no hay obstáculos para imponer de hecho una responsabilidad solidaria, basada en la naturaleza de las cosas, cuando la ruina se deba tanto a vicio de la dirección como de la construcción» (20), es un reflejo más del fenómeno antes apuntado de extender el ámbito de actuación de la solidaridad, en base sobre todo a la consideración de que se debe favorecer todo lo que tienda a asegurar al lesionado la reparación más firme y eficaz del daño sufrido, junto a una orientación también creciente a aumentar el grado de responsabilidad y compromiso de aquellos que profesionalmente prestan sus servicios a la sociedad y a intensificar la protección y derechos de los consumidores y usuarios. Como escribe, en relación al último punto comentado, CADARSO PALAU, «la tendencia a una mayor severidad en la apreciación de la responsabilidad de los profesionales de la construcción, y paralelamente la disposición de favor hacia la víctima, son factores que contribuyen en forma considerable a legitimar la posición que, tanto en doctrina como en jurisprudencia, se muestra propicia a la solidaridad, cuando, concurriendo varios sujetos responsables, no es posible discriminar la parte de cada uno de ellos en la causación del daño» (21).

Y así, poco a poco, por sucesivas decantaciones y delimitaciones, hemos llegado al supuesto que constituye la materia de este estudio: ¿qué ocurrirá cuando afectan a varios sujetos las obligaciones derivadas de la comisión de un acto ilícito no delictual? ¿La responsabilidad dimanante de la culpa extracontractual o aquiliana aparecerá regida por las pautas de la mancomunidad o, por el contrario, estará sometida a las

(20) GARCÍA CANTERO: «La responsabilidad por ruina de edificios ex artículo 1.591 del Código Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1963, pág. 1101.

(21) CADARSO PALAU: *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, pág. 309.

de la solidaridad? La Ley que crea la obligación de reparar el daño ilícitamente causado (*damnum iniuria datum*, art. 1902 del Código Civil), nada dice en forma expresa respecto al carácter que ha de asumir dicha obligación cuando sean varias las víctimas o varios los autores de la acción u omisión dañosa, y es obvio que en este campo, por el matiz abstracto y genérico que presenta, la ausencia de una declaración legal expresa en pro de la solidaridad no puede suplirse con la misma facilidad con que una similar carencia se cubre en la esfera contractual o, más genéricamente, negocial, ya que en ésta, como sabemos, aunque no se haya declarado expresamente por las partes que desean constituir la solidaridad, la obligación nacida tendrá esta naturaleza siempre que, tal como advierte Díez-PICAZO con gran nitidez y concisión, «quede evidenciada la voluntad de los contratantes de obtener los resultados económicos propios de la solidaridad» (22).

4. LAS OBLIGACIONES PLURALES DERIVADAS DE ACTO ILÍCITO CIVIL

Siguiendo la tónica del Código Civil francés, nuestro Código no contempla específicamente el supuesto de que un hecho ilícito civil haya sido realizado por varios sujetos y, en consecuencia, no entre a calificar como mancomunada o solidaria la obligación de reparar que a todos ellos concierne. El genérico y determinante artículo 1.902 del Código Civil español, que recoge la figura de la culpa extracontractual, se limita a disponer que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

Una visión simplista y elemental de las cosas, en base al criterio interpretativo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, podría conducirnos a la conclusión de que en cuanto la responsabilidad extracontractual es tan sólo una variante obligacional modalizada por su específico origen y en cuanto, de manera genérica y principista, nuestro Código Civil, en el libro IV, que engloba todas las clases de obligaciones con indiferencia de su origen, ha sentado, en el artículo 1.137, la presunción de mancomunidad en el caso de vínculos con pluralidad de sujetos, no es necesario adentrarse en una indagación que, irremediablemente, va a estar siempre dotada de una base normativa insuficiente e insegura. Es obvio que una argumentación estrictamente legalista no puede resultar suficiente para resolver un punto como éste, en el que confluyen, a simple vista y en una primera consideración del problema, poderosas razones en pro de la solidaridad.

(22) Díez-PICAZO: *Fundamentos* .. I, op. cit., pág. 414.

En el Derecho romano rigió la pauta de la responsabilidad conjunta en el supuesto de comisión del delito por varias personas, pero fue concretamente en el campo del *damnum iniuria datum* en el que semejante criterio alcanzó precisión y explicitación normativa. La *lex Aquilia* contempla de manera directa el problema en los dos textos siguientes:

«Pero si fuesen muchos los que hiriesen al siervo, debe examinarse si todos quedan obligados, cual si cada uno de ellos fuere el que matare. Y si realmente apareciere de quién era el dardo que lo mató, el que lo lanzó es el que queda responsable como si él fuere el matador; pero si esto no se averiguare, dice JULIANO que todos quedan obligados como matadores; y que aunque se accionare contra uno, los demás no quedan libres; porque como la ley Aquilia es penal, lo que uno de ellos paga no releva a los demás» (23).

«Los antiguos jurisconsultos resolvieron también que si muchos derribasen una viga y con ella aplastaren a un siervo, todos quedaban responsables por la ley Aquilia» (24).

Como ya hemos señalado, el Código Civil francés no estableció de manera expresa la responsabilidad solidaria de los obligados por la comisión de un acto ilícito común, y aunque esta pauta, como tantas otras del respetado e imitado *Code Napoléon*, influyó en numerosos Códigos Civiles (entre ellos el nuestro) que asimismo omitieron el establecimiento de dicha responsabilidad conjunta, otros muchos también rompieron con el modelo francés y han seguido el camino contrario.

Ya en un Código Civil tan respetuoso con el prototipo galo como es el italiano de 1865 se quiebra semejante formulación, y en su artículo 1.156 dispone que «si el delito o el cuasidelito es imputable a varias personas, quedan obligadas solidariamente a reparar el daño causado». Como dirá CHIRONI, «la comunión de la acción injuriosa pone, por lo mismo, con razón, a cargo de cada concurrente el resultado que se ha derivado, y, por lo tanto, la norma de la obligación solidaria que nace del delito o cuasidelito a cargo de las personas que hayan concurrido a cometerlo. La disposición es justa y responde perfectamente a los principios... Frente al lesionado sería injusto que, por el hecho del concurso, la posición jurídica de cada injuriante disminuyese de grado o influencia en la entidad del efecto total, porque como por medio de la injuria ha sido lesionado el derecho en toda su integridad por cada uno de los que han participado en cometerla, también la responsabilidad debe ser plena para cada uno» (25).

(23) D. 9, 2, 11, 2.

(24) D. 9, 2, 11, 4.

(25) CHIRONI: *La culpa en el Derecho civil moderno. Culpa extracontractual*, I, Madrid, 1904, págs. 365-366.

En la esfera americana, el Código chileno, en su artículo 2.317, establece que «si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2.323 y 2.328». En los mismos términos, el artículo 2.344 del Código Civil de Colombia, salvo el cambio de la palabra cuasidelito por la culpa. Según el artículo 1.081 del Código argentino, «la obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el Derecho criminal». A tenor del artículo 1.917 del Código Civil para el Distrito y Territorios federales de México, «las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas, de acuerdo con las disposiciones de este capítulo». De acuerdo al artículo 1.195 del Código venezolano, «si el hecho ilícito es imputable a varias personas, quedan obligadas solidariamente a reparar el daño causado». Y en forma parecida, los Códigos Civiles de Guatemala (art. 2.289), El Salvador (art. 2.068), Brasil (art. 1.518), etc.

De nuevo en Europa y en la órbita de los ordenamientos germánicos, la regla de la solidaridad en la responsabilidad extracontractual afectante a varios sujetos arranca en un momento tan temprano como 1811, mediante su instauración en el Código austriaco, cuyo parágrafo 1.302 dispone que «si el daño ha sido causado con premeditación o no es posible determinar las partes respectivas de cada uno, todos son responsables conjunta y solidariamente». Después vendrán el parágrafo 830 del Código Civil alemán, según el cual «si varios han causado un acto ilícito realizado en común, cada uno de ellos es responsable del daño», ya que, como dice LARENZ, la comisión conjunta de una acción presupone una cooperación consciente y querida de varios para la obtención del resultado que cada uno quiere como el de su acto, y, en consecuencia, los varios sujetos participantes son en este caso coautores, por lo que el daño producido mediante la actuación conjunta es imputado en toda su extensión a cada uno de dichos coautores (26); y como corolario lógico el parágrafo 840 dispondrá que «si varias personas son responsables conjuntamente por los daños causados por un acto ilícito, sin perjuicio de la disposición del parágrafo 853, párrafo 3.º, responden como deudores solidarios», lo cual significa, según reseña el mismo LARENZ, que el perjudicado puede reclamar la indemnización que le corresponde de cada uno de los obligados a su arbitrio, en su totalidad o en parte, si bien toda ella sólo una vez y con indiferencia de que se trate de un

(26) LARENZ: *Derecho de obligaciones*, II, Madrid, 1959, págs. 623-624.

supuesto de responsabilidad extracontractual por daños o de uno de responsabilidad por riesgos, ya que ambas categorías están comprendidas en la expresión «acto ilícito» (27).

De acuerdo al párrafo primero del artículo 50 del Código suizo de las Obligaciones, «cuando varios han causado juntos un daño, están obligados solidariamente a repararlo, sin que quepa distinguir entre el instigador, el autor principal y el cómplice». VON TUHR comenta, empero, que no son deudores solidarios por regla general varias personas que respondan del mismo daño sin ser conjuntamente responsables de él, *verbi gratia*, por efecto de dos actos ilícitos independientes el uno del otro, o bien por efecto de un acto ilícito y de la infracción de un deber contractual, o bien porque una de ellas responda como autora de un hecho y la otra por virtud de sus deberes de vigilancia, como poseedora de un animal o como propietaria de un edificio, pero de los principios de la conexión causal se desprende que ninguna de ellas puede descargarse de responsabilidad alegando la de la otra parte y que, por tanto, cada cual responde del daño causado en su integridad (28).

Correspondió luego al Código Civil italiano de 1942 continuar en la misma dirección, sancionando en su artículo 2.055 que «si el hecho dañoso es imputable a varias personas, todas están obligadas solidariamente al resarcimiento del daño». Si, como con anterioridad hemos señalado, el artículo 1.294 del *Codice* ha consagrado el principio de que «los codeudores están obligados solidariamente, si de la ley o del título no resulta otra cosa», esto es, establece una genérica presunción de solidaridad en todo caso en que en una misma obligación concurren varios deudores, llama a primera vista la atención el hecho de que el legislador italiano se haya sentido impulsado a reiterar la regla en el ámbito de las obligaciones dimanantes de la comisión de un hecho ilícito. Para RUBINO, la razón que ha inducido al legislador actual a una afirmación explícita de la solidaridad en la esfera del hecho ilícito debe indagarse en la oportunidad de reforzar un principio por sí ya reclamable en base a la disposición general enunciada en el artículo 1.294 (29). Para BARASSI, en cambio, la formulación del artículo 2.055 se diferencia de la del 1.294 en el hecho de que la primera excluye la solidaridad en el caso de la responsabilidad objetiva, por lo que el artículo 2.055 supondría una derogación del más amplio artículo 1.294, ya que no es posible admitir en un Código una disposición superflua (30).

(27) *Ibid.*, p. 626.

(28) VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, II, *op. cit.*, págs. 259-260.

(29) RUBINO: «Delle obbligazioni», en *Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia, 1957, pág. 161.

(30) BARASSI: *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milán, 1948, pág. 562.

En opinión, finalmente, de POGLIANI, la duplicidad de regulación respectivamente para la obligación en general y para la que nace del acto ilícito en particular encuentra su explicación no en un criterio de oportunidad, que no parece eficazmente sostenible, sino en una razón de carácter histórico y en otra de naturaleza sistemática. Por la primera, se observa que el legislador actual ha reconocido la necesidad de respetar la tradición, transfiriendo así al artículo 2.055 aquella regulación específica que era recogida en el artículo 1.156 del precedente Código, si bien lo dispuesto en el artículo 1.294 hubiera sido suficiente para establecer el principio de solidaridad también para los codeudores por hecho ilícito. Por la segunda, se revela que el artículo 2.055 prevé también los efectos del regreso entre los corresponsables en forma autónoma, y por eso diversamente caracterizada respecto a la regla establecida en el artículo 1.299 para las otras obligaciones (31).

El ciclo de establecer la responsabilidad solidaria para los obligados en razón de la comisión conjunta de un hecho ilícito civil o responsabilidad extracontractual conjunta se cierra con el reciente Código Civil portugués de 1966, cuyo artículo 497 ha establecido que «si fueran varias las personas responsables de los daños, será solidaria su responsabilidad». Con semejante disposición el ordenamiento civil de Portugal se ha alineado en el significativo número de Derechos que van plasmando en su seno el principio del sometimiento de los diversos autores del ilícito civil a las resultas de la responsabilidad solidaria.

Frente a los ordenamientos civiles que consagran la responsabilidad solidaria por acto ilícito común, aquellos otros, como el nuestro, que nada establecen al respecto de modo expreso y que, más bien, por el juego mecánico del carácter excepcional que reviste la solidaridad y el principio de *favor debitoris* que, en una primera impresión, parecería quedar afectado de admitirse por vía interpretativa la responsabilidad solidaria, claramente lesiva para los deudores, parece deben entenderse en el sentido de que también en el campo de la culpa aquiliana ha de regir la regla general de la mancomunidad. Por ello, quizá, lo más instructivo para constatar las tensiones y movimientos que se dan en un campo como éste, sometido a la directa presión de factores económicos, sociales, culturales y políticos que pugnan por influir en la forma que deben valorarse y aplicarse las específicas normas jurídicas, sea el contemplar con cierto detalle cómo se han desarrollado los acontecimientos en Francia.

(31) POGLIANI: *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Milán, 1969, página 250.

5. LA PECULIAR CONSTRUCCIÓN FRANCESA

Como ya hemos dicho, el artículo 1.202 del *Code* determina de manera enfática y rigurosa: «La solidaridad no se presume; se precisa que esté estipulada expresamente. Esta regla no cesa sino en los casos en que la solidaridad tiene lugar de pleno derecho, en virtud de una disposición de la ley». Y esa disposición de la ley no existe en el ámbito de la responsabilidad extracontractual para el caso en que varias personas resulten vinculadas por la comisión en común de un hecho ilícito. ¿Podrá suplirse la falta de previsión legal? ¿Cabrá indagar una supuesta *ratio iuris* que permita cubrir la omisión normativa al respecto? ¿En base a qué hechos y circunstancias será posible la aplicación de un criterio de responsabilidad conjunta que supere una formulación que, aparentemente, pugna con la sensibilidad y los valores medios de la hora presente? ¿Deberá marginarse el juego lógico-formal de los principios del Código y en su lugar operar con estimativas y planteamientos que rebasan el estricto campo de lo jurídico-conceptual? ¿Se tratará, una vez más, del viejo y permanente problema de la colisión entre la letra y el espíritu de la ley, de forma tal que, aunque el Código Civil francés no formule literalmente la responsabilidad solidaria de los coautores del acto ilícito, la intención del legislador, el sentido íntimo de la norma y el objetivo último de la misma propicien, sin embargo, esta conclusión?

Los primeros comentaristas del *Code Napoléon* (TOULLIER, DURANTON, MARCADÉ, ZACCHARIAE, TROPLONG, etc.) fueron contrarios a la idea de solidaridad por hecho ilícito común. Recogiendo y asumiendo ese sentir, LAURENT señala que los primeros autores que han escrito sobre el Código Napoleón se pronuncian contra la solidaridad en materia de delitos civiles, a excepción de DELVIN COURT, y advierte que le resulta fácil a TOULLIER establecer que los coautores de un hecho dañoso no están obligados solidariamente a reparar los daños e intereses, ya que esto no podrá ser una solidaridad legal, porque ¿cómo existirá una solidaridad legal que la ley no establece? En su opinión, aunque el artículo 55 del Código Penal de 1810 pronuncia la solidaridad contra los autores de un mismo crimen, semejante disposición debe ser objeto de interpretación estricta, ya por su carácter penal, ya por establecer una solidaridad legal. Consecuentemente, en su sentir, la tesis negativa de la solidaridad es la correcta, pues no existe solidaridad legal sin ley y no hay ley que la establezca para los delitos civiles ni para los cuasidelitos, debiendo rechazarse también la denominada solidaridad virtual (32).

(32) LAURENT: *Principes de Droit civil français*, XVII, Bruselas-París, 1878, páginas 318 y ss. En una importante obra que resume muy bien el estado de la

Y la verdad es que, desde un riguroso punto de vista conceptual, difícilmente puede ser otra la conclusión, ya que si la solidaridad, en los casos en que expresamente no fue concertada, no admite otra fuente que el directo mandato legal (art. 1.202), será realmente paradójico y contradictorio sostener que estamos ante un supuesto de solidaridad legalmente establecido cuando la propia ley guarda silencio al respecto, tal cual ocurre en el campo de la responsabilidad plural por hecho ilícito civil. La escuela de la exégesis y sus conclusiones rigurosas en materia interpretativa no podrán conducir a una solución que prescinda, por un lado, del juego de la lógica formal, y, por el otro, de la manifiesta ausencia de un precepto específico que en línea de principio se reclamaba como necesario.

Sin embargo, también la tesis contraria encuentra tempranos defensores e, incluso, hunde sus raíces, en una fecha anterior a la promulgación del *Code*, nada menos que en el juicio favorable de POTHIER. Para tan ilustre precursor de la normativa civil codificada, «el tercer caso de obligación solidaria se da respecto a aquellos que han cometido un delito, pues los mismos están obligados solidariamente a la reparación, sin que puedan oponer excepción alguna de discusión ni de división, siendo indigno de ellas» (33). Diversos autores modernos (PLANIOL, RIPERT, BOULANGER, JOSSEAND, LALOU, etc.) se inclinan en esta dirección, en razón de que, como dicen COLIN y CAPITANT, una jurisprudencia muy antigua, fundada en el Derecho romano y en la práctica del viejo Derecho francés, había establecido que las personas que han causado por su culpa común un daño a otra son responsables respecto de la víctima de la reparación del perjuicio, tratándose, por tanto, de un ejemplo importante del mantenimiento en el Derecho moderno de una regla consuetudinaria, ya que dicha jurisprudencia no se funda en texto positivo alguno. Por lo demás, la Corte de Casación ha variado en lo que respecta a la base jurídica de la solidaridad, ya que mientras en unos casos ha invocado un argumento de analogía derivado del artículo 55 del Código Penal, en otros se apoya en la idea de la imposibilidad práctica de determinar la parte de responsabilidad que corresponde a cada uno de los responsables de un mismo delito civil, y en otros, en fin,

cuestión, DRAKIDES sostiene que en Francia, aunque deba admitirse la responsabilidad solidaria en el ámbito de las obligaciones plurales nacidas de hecho ilícito, respecto a las derivadas de los cuasicontratos hay que defender la tesis de la mancomunidad. DRAKIDES: *Du principe en vertu duquel la solidarité no se presume pas*, París, 1939, págs. 141-142.

(33) POTHIER: *Oeuvres complètes de Pothier, I (Traité des obligations)*, París, 1844, pág. 248.

ha acudido a la noción de la indivisibilidad de la culpa, que no es, en realidad, más que una variante de la anterior (34).

De todas maneras, para la doctrina y la jurisprudencia francesas, siempre respetuosas con la letra de su glorioso Código Civil y poco dispuestas a ignorar las prescripciones que claramente emanen del mismo, la tesis de la solidaridad de los corresponsables por ilícito civil común, que no puede encontrar en la ley apoyo directo y expreso, ha resultado de difícil admisión y se explica que, igual que ha ocurrido en otras materias de subrepticio forzamiento del Código, hayan recurrido a construcciones extrañas para justificar el cambio de sentido que se imprimía al tenor literal de los preceptos civiles. En este caso, el mecanismo *ad hoc* ha sido el de la solidaridad imperfecta, impropia u obligaciones *in solidum*.

La idea de la obligación *in solidum* se basa en que en determinados casos de pluralidad de deudores, aunque cada uno de ellos responda por entero, su responsabilidad es autónoma de la de los otros, ya que el vínculo del que la misma deriva es un vínculo independiente, que ha nacido por sí solo (35). Los efectos civiles y procesales de esta construcción y las importantes diferencias que la separan de la variedad de las obligaciones solidarias propias son palmarios, por más que su punto de apoyo dogmático y legal resulte harto precario, a menos que se quiera aceptar como suficiente la insólita y sorprendente justificación que en su día adelantara MOURLON en el sentido de que «la solidaridad es perfecta cuando existe entre varias personas unidas por un interés común, que tienen entre sí relaciones frecuentes o se conocen...; será imperfecta, cuando la ley la establece entre personas que no se conocen, que no son sino codeudores accidentales o cuando sus relaciones son esporádicas» (36), lo que reduciría la solidaridad a poco más que un fenómeno de conocimiento, amistad o confianza entre los varios sujetos de la relación obligatoria.

Pero es que aunque, como hace COSSÍO, la noción de obligación *in solidum* se quiera hacer descansar en el hecho de que el vínculo de cada deudor obligado al todo es un vínculo independiente, que tiene una

(34) COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, III (Teoría general de las obligaciones). Madrid, 1924, pág. 379.

(35) COSSÍO: «La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español», en *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pág. 550. Exagerando esta concepción se llegará a decir que la obligación *in solidum* nace con independencia de toda disposición legal, por la fuerza misma de las cosas; que es una manera de ser de la obligación y que en ella nos hallamos en presencia de un estado puro de hecho, sin intervención del legislador. VINCENT: «L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive», en *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1939, págs. 601 y siguientes.

(36) MOURLON: *Répétitions écrites sur le Code civil*, III, París, 1896, n. 1260.

fuente autónoma y ha nacido por sí solo, difícilmente puede encajar en nuestro ordenamiento, ya que el mismo admite la solidaridad por más que los así obligados deriven sus vínculos de títulos distintos, en función de qué, según el artículo 1.140 del Código Civil, «la solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones». Pues bien, sobre la base del matiz apuntado por COSSÍO, LEÓN ALONSO ha definido entre nosotros la obligación *in solidum* como aquella situación jurídica caracterizada porque «cada vez que varias personas vengan obligadas, todas, a varias prestaciones idénticas, sin que, por tal razón, la deuda pueda ser considerada unitaria o única, nos hallamos ante una obligación de las llamadas *in solidum*, que proporcionará al perjudicado acción suficiente para obtener la satisfacción de forma total de su interés lesionado, si bien debe permanecer absolutamente inalterada la norma de que dicho interés sólo será una vez exigible (37); algo esto último, por lo demás, que ocurre exactamente igual en las obligaciones solidarias normales.

La doctrina francesa mayoritaria, impulsada por la jurisprudencia, se ha deslizado sin mayores problemas por el amplio portillo de las obligaciones *in solidum*. Tras las huellas de DEMOLOMBE, que probablemente fue el primero en hacer uso de este artilugio jurídico (37 bis)), BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, después de resaltar que la doctrina científica se halla dividida en cuatro sistemas: los que defienden la solidaridad perfecta, los de la solidaridad imperfecta, los de la responsabilidad por el todo y los de la responsabilidad por partes viriles, estiman que en el caso de la responsabilidad plural por hecho ilícito no se trata de una obligación solidaria, sino de una obligación al todo que afecta a los coautores de un ilícito civil o de un cuasidelito y comprende la totalidad de los daños y perjuicios, ya que en el sistema de la jurisprudencia, el derecho de los Tribunales a condenar solidariamente a los coautores de un delito civil o de un cuasidelito, resulta imposible encontrar la parte de cada uno en el hecho dañoso (38).

(37) LEÓN ALONSO: *La categoría de la obligación «in solidum»*, Sevilla, 1978, página 208.

(37 bis) Según GIORGI fue DEMOLOMBE quien advirtió lo arbitrario y falso de la distinción entre solidaridad perfecta e imperfecta, y defendió la existencia de una sola especie de solidaridad, si bien admite que hay otras obligaciones similares a las solidarias, porque obligan a todo deudor por entero, de modo que un solo pago libra a todos, y tales son precisamente las nacidas de un hecho ilícito; pero estas obligaciones no pueden llamarse solidarias, ni solidaridad imperfecta a la esencia que las informa, sino que lo más que cabe decir de ellas es que son *obligaciones in solidum*. GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, I, Madrid, 1909, pág. 169.

(38) BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE: *Traité théorique et pratique de Droit civil. Des obligations*, II, París, 1907, págs. 410 y ss.

¿Cada deudor delictual soportará, se preguntan los hermanos MAZEAUD, una verdadera obligación solidaria, semejante a la que soporta un codeudor contractual? ¿No será más bien una obligación *in solidum*, es decir, simplemente la obligación para cada uno de pagar el todo, pero sin ninguno de los caracteres de la solidaridad? La cuestión no es baladí, porque si la obligación es solidaria cada uno de los deudores representa a los otros (art. 1.206), la remisión de deuda concedida a uno aprovecha a todos (art. 1.285), la cosa juzgada respecto a uno tiene valor respecto a todos, el recurso interpuesto por uno beneficia a todos, etcétera, mientras que algunas de estas soluciones no deberán ser admitidas en caso de que se trate de obligación *in solidum*.

Piensen los MAZEAUD que en el supuesto de hecho ilícito común los individuos están obligados a pagar el todo porque cada uno ha causado todo el daño, pero la obligación de cada uno de los coautores a la reparación de la integridad del daño no origina una obligación solidaria, sino una simple obligación *in solidum*. La parte lesionada, para conservar su acción contra cada uno de los coautores, deberá interrumpir la prescripción en relación a cada uno de ellos; la sentencia que obtenga frente a uno no será oponible a los otros, y la apelación interpuesta por uno contra una sentencia común no aprovechará a los demás.

Se objetará, con SOURDAT, dicen, que la obligación de cada uno de los codeudores a la integridad de la deuda es forzosamente solidaria, ya que no existen dos tipos distintos de obligaciones al todo, uno *in solidum* y otro solidario, sino un tipo único: la obligación solidaria; a lo que responden que aunque, sin duda, no existe en materia contractual la obligación *in solidum* al lado de la obligación solidaria, en cambio los dos tipos son perfectamente distintos en materia extracontractual. En tal sentido, por más que la mayor parte de las sentencias aplican a los codeudores de una obligación delictual las reglas de la solidaridad, algunas otras, empero, evitan esta asimilación en material delictual y se pronuncian muy netamente por una obligación *in solidum* sin solidaridad (39).

Claro que lo que resta por demostrar es cómo no existiendo la obligación *in solidum* en el ámbito contractual se da, sin embargo, en la esfera delictual, cuando se supone que éste es un punto atinente a la teoría general de la obligación que debe tratarse de la misma manera con indiferencia de cuál sea la concreta fuente obligacional; y sobre todo en base a qué hechos se justifica semejante dualidad en la esfera extracontractual y dónde está el específico apoyo normativo que permite soste-

(39) MAZEAU (Henri y León): *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil, délictuelle et contractuelle*, II, París, 1934, págs. 766 y ss.

ner la existencia de tan singular variedad obligatoria. Si se observa con atención, se invierte el lógico razonamiento e incluso se incurre en petición de principio, pues no es que como en materia extracontractual se dan las obligaciones *in solidum* (afirmación completamente gratuita y *prius* indemostrado), la obligación derivada de la comisión en común de un hecho ilícito tendrá dicha naturaleza, sino que debería ser: como la responsabilidad que surge en el caso de daño injusto ocasionado por varios es por ley *in solidum*, hay que admitir la existencia de esta categoría de vínculos plurales, distinta de la de la solidaridad ordinaria, cosa que no ocurre en la órbita de los contratos, ya que en ésta no existen más que normales obligaciones solidarias, bien por que así lo han estipulado expresamente las partes (solidaridad *ex voluntate*), bien por que en tal sentido lo haya dispuesto la ley de manera directa (solidaridad *ex lege*).

En similar dirección se manifiestan PLANIOL, RIPERT y ESMEIN al advertir que cuando varias personas son responsables de un mismo daño, sin que se pueda dividir el mismo entre ellas, la víctima puede reclamar a cada una la reparación de la totalidad del perjuicio, sea citado a todas las partes, sea citando solamente a una de ellas. Cuando la falta de la persona o de la cosa de la que ésta responda haya sido la causa de la totalidad del daño, la existencia de otro responsable obligado en las mismas condiciones no modifica en nada su responsabilidad. Pues bien, aunque la jurisprudencia, conforme a una antigua tradición, consideró a los corresponsables de un mismo daño como obligados en las mismas condiciones que los deudores que son responsables solidariamente por contrato, de suerte que no sólo la víctima podía reclamar a cada uno de ellos la reparación de la totalidad del perjuicio, sino, además, que estos corresponsables eran considerados como representantes los unos de los otros en la relaciones con el acreedor, sentencias recientes, en cambio, declaran que no hay obligación solidaria, sino obligación *in solidum*, es decir, obligación para cada uno de pagar el todo, pero sin que se produzcan los efectos secundarios de la solidaridad (40).

MARTY y RAYNAUD se preguntan sobre si existe una solidaridad jurisprudencial en materia de responsabilidad por hecho ilícito común. La respuesta es que hay una importante jurisprudencia que ha generalizado la solución del artículo 55 del Código Penal (que declara la responsabilidad solidaria respecto a las condenas pecuniarias), para afirmar en términos generales el derecho de la víctima de un delito civil a demandar de cualquiera de los responsables la reparación integral. Esta jurisperu-

(40) PLANIOL, RIPERT y ESMEIN: *Traité pratique de Droit civil français*, IV (*Obligations*). París. 1952, págs. 977 y ss.

dencia, consideran, ha conducido a los autores a una reflexión más pausada sobre ciertas obligaciones que pueden existir junto a las obligaciones solidarias y que hoy son habitualmente designadas obligaciones *in solidum*. Semejante idea ha influido, a su vez, sobre la jurisprudencia, de suerte tal que las sentencias recientes de la *Cour de Cassation* precisan a propósito de la responsabilidad de los coautores de un delito fuera de las condiciones del artículo 55 del Código Penal que existe una obligación *in solidum* y no obligación solidaria. En base a ello, por más que el principio de que la solidaridad no se presume se aplica lo mismo a la solidaridad legal que a la convencional, se puede precisar, empero, que al lado de esta verdadera solidaridad existe la obligación *in solidum*, que dichos autores reconocen y para la que no hace falta ni texto legal ni convención expresa (41).

6. APRECIACIÓN CRÍTICA DE LA MISMA

A la vista de los pareceres expuestos y de los esfuerzos dialécticos desarrollados para dar entrada al más importante y determinante efecto de la solidaridad pasiva, la posibilidad de reclamar a cualquiera de los deudores la totalidad de la prestación, aun no existiendo precepto legal que así lo establezca respecto a los hechos ilícitos civiles y contrariando, por tanto, el principio general de que la solidaridad no se presume, a través de la híbrida obligación *in solidum*, ¿qué valoración cabe hacer al respecto?, ¿qué juicio merece el esfuerzo desarrollado en tal sentido por la doctrina y la jurisprudencia francesas?

La primera impresión que se produce es la de estar en presencia de un gran artificio, ya que la nueva figura, ni histórica, ni legal, ni dogmáticamente resiste un análisis riguroso, y luego la de que, en definitiva, se trata de excluir la aplicación de una regla jurídica clara y terminante sin tener el valor de enfrentarla directamente, sino mediante el empleo de subterfugios y mecanismos de dudosa legitimidad. MARTY y RAYNAUD han explicado muy bien el tortuoso camino por el que se ha llegado a la situación reseñada: la jurisprudencia comenzó por reconocer tan sólo que en el caso de un delito civil cometido por varias personas, la víctima podría reclamar de cualquiera de ellas la reparación total del daño causado, pero sin atreverse a calificar conceptualmente en uno u otro sentido semejante estado de cosas; la doctrina científica se muestra receptiva a esta indicación y empieza a preguntarse, al objeto de intentar justificar la aparición de esta sedicente responsabilidad *ad integrum*,

(41) MARTY y RAYNAUD: *Droit civil*, II-1, París, 1961, págs. 784 y ss.

si no existirán, al lado de las ordinarias obligaciones solidarias otras que operarían también en el sentido indicado; la jurisprudencia, a su vez, recoge con presteza la falta de oposición doctrinal y da el paso ulterior de crear una nueva variedad dentro del género de las obligaciones con pluralidad de titulares, la obligación *in solidum*, que operaría tan sólo en la esfera de la responsabilidad plural dimanante de acto ilícito civil y se caracterizaría por la nota de que, mientras en las obligaciones solidarias cada deudor debe «la misma» prestación, en ella está vinculado a la ejecución de «idéntica» prestación que la que afecta a los restantes corresponsables.

¿Existe en este caso una solidaridad creada jurisprudencialmente? A la vista del terminante artículo 1.202 del Código Civil francés, difícilmente cabría admitir la legitimidad de tal variedad, y entonces lo que se hace es recurrir a un subterfugio. Fuera de la expresa convención de los interesados, la solidaridad precisa de un mandato legal que la establezca, pero aquí puede obviarse la prohibición porque nos encontramos tan sólo ante una *obligatio in solidum* que no cabe reconducirla al campo de las obligaciones solidarias. Entre las obligaciones mancomunadas y las solidarias existiría un *tertium genus*, el de las *in solidum*, que evitaría los inconvenientes de las primeras y permitiría eludir la rigidez legal a la hora de admitir la existencia de las segundas.

Lo malo de estas construcciones artificiosas es que no resisten en su exposición el riguroso juego jurídico. Porque, en efecto, si a través de esa sedicente categoría se logra la vinculación de todos y cada uno de los codeudores al pago de la totalidad de la reparación debida, ¿podrá calificarse esta situación como distinta de la ortodoxa solidaridad por más que se sostenga que en la misma no se producen los efectos secundarios de ésta? Un acontecimiento jurídico se nomina de una u otra manera en función de su efecto principal y caracterizador: la presencia o ausencia de meras consecuencias colaterales, efectos accidentales o implicaciones aleatorias en nada cambia la naturaleza de la figura ni permite cobijarla bajo un *nomen iuris* distinto del que, de acuerdo a su sustancia, le corresponde. Una obligación con pluralidad de deudores, en la que cada uno de ellos deba cumplir la totalidad de la prestación a requerimiento del acreedor, es y será siempre dogmáticamente, mientras la ley no disponga otra cosa, una obligación solidaria, por más que se den o no ciertos efectos colaterales o secundarios, sin que sea posible desvirtuar esta elemental consideración principista mediante el intrascendente argumento de que en unos casos se adeuda la misma prestación, mientras que en otros se debe tan sólo idéntica prestación, algo que se revela como mera cuestión semántica y que, desde el punto

de vista legal, ni tiene punto de apoyo suficiente ni produce consecuencias estimables.

Aparte de que toda la construcción encierra una grave e insalvable contradicción interna y de que incurre en clara petición de principio, pues si la obligación *in solidum* se diferencia de la solidaria en que en ella no se dan una serie de notas menores propias de ésta (representación, remisión, cosa juzgada, etc.), debería ser precisamente la ley la que, al establecer en ciertos casos la ausencia de estos efectos secundarios, permitiría la configuración de una nueva variedad de obligación plural, mientras que lo que se hace es precisamente seguir el camino contrario: como se da por existente la categoría de la obligación *in solidum*, debe admitirse también que en ella fallan los caracteres accidentales de los vínculos solidarios, y esto por más que la ley guarde respetuoso silencio al respecto. Con toda evidencia, se invierte el camino lógico y correcto para la formulación de una nueva categoría jurídica.

Claro que la estratagema se presenta a primera vista habilidosa para intentar dejar sin efecto en la esfera de la responsabilidad plural por hecho ilícito el principio general de que la solidaridad sólo se produce por voluntad expresa de los interesados o mandato directo de la ley, acudiendo al sofisma de que en dicho campo la cuestión no tiene por qué plantearse, ya que en él no estamos ante genuinas obligaciones solidarias, sino ante meras obligaciones *in solidum*. Ahora bien, lo que nadie ha explicado de manera suficiente es cómo puede admitirse la existencia de dos especies distintas de obligaciones cuando en ambas la sustancia es la misma (la vinculación de todos y cada uno de los deudores a la ejecución íntegra de la prestación debida), y, siendo esto así, cómo cabe aceptar que se den obligaciones *ad totum* sin que la ley expresamente las contemple y establezca, cuando precisamente rige en esta materia el riguroso y principista imperativo de que «la solidaridad no se presume», a menos que ingenuamente se considere que todos los inconvenientes y prohibiciones se desvanecen de manera mágica con tan solo hablar de prestación idéntica en lugar de la misma prestación, algo que no pasa de ser un mero juego de palabras. La vieja y razonable pregunta de LAURENT en el sentido de ¿cómo puede existir una solidaridad legal que la ley no establece?, continúa pesando, como una losa difícil de remover, sobre unas construcciones que, en el fondo, no persiguen otra cosa que buscar pacífico acomodo a una especie de solidaridad pasiva subrepticia y vergonzante.

Tiene razón, pues, el profesor ALBALADEJO cuando estima que el montaje doctrinal-jurisprudencial francés sobre las obligaciones *in solidum* en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, «en defi-

nitiva, se ha planteado como camino para, respetando el texto legal (tan sólo de una manera formal, añadiríamos por nuestra parte) —el artículo 1.202, según el que la solidaridad no se presume—, sin embargo, evitar la mancomunidad a base de decir que ciertamente la obligación solidaria estará (a falta de haber sido establecida excepcionalmente) excluida por aquél, pero no la *in solidum*» (42). Lo curioso es que este gigantesco y rechazable esfuerzo tergiversador, para excluir de la ley lo que ésta con toda claridad incluye, se está relevando en la práctica como innecesario, ya que la más reciente doctrina francesa constata la decadencia operativa de la denominada *obligatio in solidum*, pues, como advierte CHABAS, en los supuestos más frecuentes de accidentes de circulación u otros no viene ya justificada por la equidad, al quedar la víctima suficientemente protegida por los seguros obligatorios vigentes (43).

Aunque respondiendo a orígenes distintos y persiguiendo objetivos diferentes, la construcción francesa sobre la supuesta diferenciación en el campo extracontractual entre obligaciones solidarias y obligaciones *in solidum*, que no sólo carece de expresa apoyo legal, sino que nace, precisamente, para cubrir una hipotética insuficiencia normativa, nos recuerda en alguna medida a aquella otra diferenciación, también en el ámbito de las obligaciones plurales, que el siglo pasado alumbró y en cuya artificiosidad y suerte efímera podría mirarse como en un espejo la que ahora se comenta. Como medio para resolver la aparente antinomia del Digesto de que en el supuesto de obligaciones con pluralidad de sujetos en unos casos se atribuía eficacia extintiva a la *litis contestatio* concluida con uno de los deudores, mientras que en otros se negaba semejante efecto y hacía falta el pago efectivo de la totalidad de lo debido, KELLER y RIBBENTROP elaboraron la teoría de que unos y otros textos justinianos se referían a dos especies distintas de obligaciones; esto es, que no se trataba de que la *litis contestatio* tuviese una u otra eficacia dentro de la misma especie obligacional, algo que hubiera supuesto una clara *antinomia iuris*, sino que la distinta virtualidad de la misma venía impuesta por el hecho de que operaba ante dos realidades jurídicas diferentes. Las obligaciones que se extinguen por la *litis contestatio* celebrada con algunos de sus sujetos eran las correales, mientras que aquéllas en las que semejante efecto extintivo no tenía lugar eran las solidarias (44).

(42) ALBALADEJO: «Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común», en *Anuario de Derecho Civil*, 1963, pág. 351, n. 6.

(43) CHABAS: «Remarques sur l'obligation in solidum», en *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1967, págs. 310 y ss.

(44) CRISTÓBAL MONTES: *Curso de Derecho romano*, op. cit., págs. 45 y ss.

En las correales, el vínculo es único, aunque existan varios sujetos y, por tanto, en cuanto la *litis contestatio* sólo puede realizarse una vez, y consumada se extingue la acción, es natural que su verificación provocase la extinción de la relación obligatoria; por el contrario, como en las solidarias hay tantos vínculos como sujetos, la *litis contestatio* concluida con uno de ellos provoca la desaparición del ligamen del mismo, pero deja intactos los correspondientes a los restantes obligados. De esta manera, señala CROME, la distinción entre obligaciones correales con unidad de vínculo y simplemente solidarias con tantos vínculos como sujetos se revelaba como un ingenioso expediente ideado por KELLER y RIBBENTROP para resolver una aparente antinomia de las fuentes (45).

La construcción tuvo tanto éxito y gozó de tan general predicamento que, irónicamente, IHERING pudo decir de ella que los jurisconsultos de la segunda mitad del siglo XIX podrían separarse en dos grupos: los que no han escrito y los que han publicado algo sobre las obligaciones correales, y que probablemente no habrá producido más quebraderos de cabeza a los teólogos el concepto de la Trinidad que a los juristas el de esta dualidad o pluralidad. Lo malo es que el ingenioso expediente se reveló como absolutamente artificial desde el momento que quedó demostrado, a través de las investigaciones de EISELE y ASCOLI, que no se estaba en presencia de una supuesta antinomia, sino ante algo tan simple y repetido en la compilación justiniana como son las interpolaciones.

En efecto, en el Derecho clásico, vigente el procedimiento formulario, tenía lugar el efecto extintivo (*rectius*, consuntivo) de la *litis contestatio* respecto a todos los casos de obligaciones solidarias, ya derivasen de *stipulatio*, ya se originasen en delito. JUSTINIANO (46) abolió la eficacia extintiva general de la *litis contestatio*, y, en consecuencia, los textos clásicos que contemplaban la liberación de todos los deudores mediante *litis contestatione cum uno debitorum* debían ser interpolados a través de la inclusión del término *solutio*, único medio ahora efectivo para liberar a todos los obligados. Lo que sucede es que en este punto, cual ocurrió en tantos otros de la compilación justiniana, el encargo se realizó de manera desigual y fragmentariamente, pues mientras algunos

(45) CROME: *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel Diritto francese*, Milano, 1908, pág. 215.

(46) «En general mandamos que, a semejanza de lo prescrito respecto de los mandantes sobre que la acción promovida contra uno de ellos no libera a los demás, se observe también respecto de los fiadores. Pues hallamos que en las obligaciones de éstos se establecen pactos de esta naturaleza, y por esto con la ley general mandamos, que con la elección de uno de los fiadores y del reo principal no queden libres los demás, o que el obligado principal quedará libre de toda responsabilidad con la elección de uno de los fiadores, a no ser que el elegido satisfaga al acreedor; mas quedará íntegro el derecho hasta el completo pago o hasta que por cualquier otro medio le satisfagan». C. 8, 41, 28.

textos clásicos fueron alterados y adaptados a la nueva realidad normativa, otros permanecieron intactos y continuaron reflejando la concepción clásica ya derogada. En ese defecto, meramente sistemático y de ordenación, se encuentra el origen de toda una variedad obligatoria, la de las obligaciones correales, que cautivó a numerosos romanistas y civilistas del siglo pasado y que, durante algunos años, se presentó como una depurada, inteligente y rigurosa elaboración dogmática.

En el caso francés ni siquiera existe la justificación de la antinomia o ambigüedad de los textos normativos, ya que el *Code Napoléon* no se ocupó de una distinción que para ese momento habían abandonado ya los jurisconsultos, ni da pie para sostener que en presencia de una obligación con pluralidad de deudores, en unos casos se produzca la totalidad de los efectos propios de la solidaridad y en otros resulten excluidos los que, de manera gratuita, se denominan efectos secundarios de la misma, por lo que el procedimiento seguido por los autores franceses para introducir la categoría de la *obligatio in solidum* es todavía más arbitrario y posee menor apoyo normativo directo que el que determinados pandectistas del siglo pasado encontraron para crear la sedicente especie de las obligaciones correales.

Y es que, a poco que se observen las cosas, se constata, sin mayor esfuerzo, la irrealidad de la construcción comentada y su clara condición de subterfugio para burlar la tajante prescripción legal de que, fuera del campo contractual, hace falta expreso mandato legal para que surja la solidaridad entre codeudores. Como tal no es el caso en la hipótesis de hecho ilícito civil realizado por varias personas, se le da la vuelta, afirmando que en el mismo, por más que los varios responsables no están vinculados solidariamente (algo que tropezaría de manera directa con el inocultable silencio legal al respecto), lo que sucede es que los corresponsables han quedado sujetos *in solidum*, situación que, aunque excluye algunos de los típicos efectos de la solidaridad pasiva, permite, en cambio, reclamar a cualquiera de ellos la integridad del resarcimiento: con lo que, en definitiva, se consigue el principal y deseado efecto de la solidaridad sin tener que imponer un supuesto de la misma allí donde la ley con toda evidencia no lo ha contemplado.

No se trata, pues, de que se utilizarían dos categorías jurídicas legalmente existentes, obligaciones solidarias y obligaciones *in solidum*, para cubrir con las mismas supuestos de hecho diferentes, sino de que se estaría creando *ex novo* una de ellas para intentar evitar que determinadas hipótesis fácticas queden definitivamente fuera del radio de acción de la otra. Como no se puede predicar sin más, porque contra ello conspira el principio de que «la solidaridad no se presume», que en el caso

de varios ejecutores de un mismo hecho ilícito civil todos ellos respondan solidariamente, se acude al cómodo expediente de defender la existencia en tal hipótesis de una obligación *in solidum* que, de todas maneras, va a permitir se alcance el mismo resultado fundamental: la posibilidad de reclamar a cualquiera de los obligados la totalidad del resarcimiento del daño. Sosteniendo a continuación que el artículo 1.202 del Código Civil francés excluye la solidaridad en el supuesto en consideración, pero no así la responsabilidad *in solidum*, el cuadro se cierra y mediante una hábil estratagema se consigue el mismo resultado que *a priori* resultaba excluido por el tajante dictado legal.

Como ya hemos dicho, el mecanismo, empero, se revela de escasa consistencia y de imposible justificación desde un ángulo dogmático riguroso. En primer lugar, porque no es correcto que para caracterizar una determinada situación jurídica se utilicen conceptos y categorías que se han creado precisamente a la vista de las circunstancias específicas que se dan en aquélla, ya que esto produce la impresión de un montaje artificial y reordenado. Y aquí sucede que a la hora de calificar el *status* en que se hallan los diversos autores de un daño injusto se habla de que los mismos están obligados *in solidum*, pero da la casualidad que esta variedad obligacional se está singularmente creando en el mismo supuesto que se intenta caracterizar; esto es, existe obligación *in solidum* porque los distintos responsables han quedado vinculados de esta manera o los autores del hecho ilícito responden *in solidum* porque están afectados por una obligación de dicha naturaleza. En cualquier caso, una indeseable confusión que desdibuja la categoría utilizada y torna hartó insegura y discutible la cualificación que en base a ella se atribuye a los varios deudores en el caso de comisión de un hecho ilícito común.

Y en segundo término, porque cuando el artículo 1.202 del Código Civil francés dispone que «la solidaridad no se presume», está excluyendo de manera básica y fundamental el efecto determinante y definidor de la solidaridad pasiva, es decir, la posibilidad de que el acreedor reclame a uno solo de los deudores la prestación íntegra, ya que de esa y no de otra manera contempla el propio Código en su artículo 1.200 la aludida variedad obligacional al disponer que «hay solidaridad por parte de los deudores cuando todos están obligados a una misma cosa, de manera que cada uno puede ser constreñido por la totalidad, y cuando el pago hecho por uno solo libera a los demás con respecto al acreedor». En consecuencia, si fuera de los casos pactados o de los legalmente establecidos no cabe que en una obligación con pluralidad de deudores se pueda exigir a uno de ellos la totalidad de su objeto, que en eso, en

definitiva, se sustancia la regla de la no presunción de solidaridad, no se puede pretender que semejante prescripción quede sin efecto en base al simple alegato de que en el caso de responsabilidad plural por hecho ilícito no estamos ante una obligación solidaria, sino ante una mera obligación *in solidum*, ya que ello dejaría sin contenido el mandato del artículo 1.202 y desnaturalizaría la noción misma de solidaridad.

Por lo demás, finalmente, tampoco, desde un riguroso enfoque de teoría general de las obligaciones, cabe sostener que en las denominadas obligaciones *in solidum* cada deudor no debe «la misma» prestación que su coobligado, como ocurre en la obligación solidaria, sino una prestación «idéntica», porque ello probablemente nos trasladaría fuera del ámbito de la división de las obligaciones por razón de los sujetos y nos colocaría en el de las clases de obligaciones en función de su objeto, algo que, desde luego, ningún defensor de las obligaciones *in solidum* está dispuesto a aceptar. Aparte de que esa misma concepción supone, como corolario necesario, el aceptar que en la referida variedad obligatoria se da una pluralidad de vínculos diferentes, circunstancia que determina que la misma, aunque terminológicamente se sitúe en la esfera de las obligaciones solidarias, conceptual y esencialmente debería ubicarse en el marco de las obligaciones mancomunadas, de las que resultaría harto difícil y problemático distinguirla.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES

Profesor Extraordinario
de la Universidad de Zaragoza

Naturaleza y clase de la *actio communi dividundo*

NATURALEZA DE LA ACCIÓN (ARTÍCULO 400 DEL CÓDIGO CIVIL):
ATRIBUTIVA O DECLARATIVA DE DOMINIO

Dentro del campo del Derecho procesal ha sido discutidísimo en la doctrina legal y científica cuál sea la naturaleza de la *actio communi dividundo*. Su carácter atributivo o declarativo de dominio constituye un verdadero dilema que ha dividido la opinión científica en dos secciones.

Los paladines de la naturaleza atributiva o traslativa de esta acción (1) han creído ver en el Digesto el sostén de su razón (2). No obstante este espejismo, los glosadores lo explican por medio de una permuta de partes indivisas, en cuya consecuencia cada uno recibía su lote con los gravámenes constituidos durante la indivisión y por los cuales respondía en la medida de su interés y hasta totalmente en ciertos casos, cuando se trataba de hipotecas (3).

En España tampoco han faltado autores que amparen el carácter atributivo de aquella acción, entre los que descuellan MANRESA (4), que dice: «que la división de lo común es traslativa y no declarativa de la

(1) Debe destacarse a CARLOS MAYNZ: *Curso de Derecho Romano*, 1888.

(2) Lib. XX, tit. 6.º, L. 7: «Si convenit de parte pro indiviso alienanda, si certa res est, quae venit, potest dici de reliqua parte ab initio agi oportere, nec obstat exceptio. 2.º Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione, facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae, ei obtingit, qui, pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata».

(3) Entre los principales destacan: POTHIER (1925), en *Traité des Fiefs*, número 457; GUYOT, en *Traité des Fiefs*, tomo I, cap. 5; FONMAUR, en *Traité des Lods et Ventes*, tomo I, núm. 303.

(4) *Comentarios al Código Civil*, pág. 679, tomo III, 1952.

propiedad, porque con aquel acto los derechos dominicales del condueño, reconocidos de modo expreso en el artículo 399 del Código Civil durante la permanencia del condominio, no se alteran en modo alguno al dividirse las cosas comunes entre los adjudicatarios, sino que simplemente se transmiten y consolidan, variando, en conclusión, no lo esencia antes bien la forma del derecho real de dominio»; del propio criterio se hacen partícipes MUCIOS SCAEVOLA (5), CASTÁN (6) y GAYOSO ARIAS (7). El primero de ellos, o sea MANRESA, cita, en amparo de su tesis, la Resolución de 22 de mayo de 1944 de cuyo contenido no parece, a nuestro entender, deducirse de un modo inequívoco la naturaleza atributiva de la partición, ya que más bien no decide este particular, sino que adopta una posición escéptica, y así entre otros razonamientos dice: «... que la división de los bienes comunes ya se repute atributiva o declarativa...».

No obstante, amparando el criterio de estos autores, está la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuyas Sentencias de 11 de junio de 1897 y 29 de enero de 1916 reconoce, taxativamente, partiendo de los mismos fundamentos, ese carácter atributivo (8), al declarar que «siendo jurisprudencia establecida por este Tribunal que practicada en forma debida la división y adjudicación de los bienes hereditarios, no procede la petición de herencia, y que la partición constituye un título traslativo de dominio a favor de los herederos, doctrina que ha venido a sancionar el vigente Código Civil, al disponer en su artículo 1.068 que la partición válidamente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le han sido adjudicados».

Ahora bien, de la lectura de los considerandos de estas sentencias entrevemos que las mismas no reconocen este carácter atributivo o traslativo a la *actio communi dividundo* del artículo 400, sino a la *actio familiae erciscundae* del artículo 1.051 del Código, y prueba de ello es que se amparan en el artículo 1.068 sobre los efectos de la división, aunque algunos podrían decir que es como consecuencia obligada de la remisión que hace el artículo 406. Pero no puede ser, por cuanto los efectos de la partición de la herencia son distintos de los de la división de la comunidad, como también lo son las relaciones jurídicas.

(5) *Comentarios al Código Civil*. Véase también ALBALADEJO en *Comentarios al Código Civil*.

(6) *Derechos reales restringidos*.

(7) «Naturaleza y desarrollo procesal de la *actio communni dividundo*», en *Revista de Derecho Privado*, 1920, pág. 210.

(8) Considerando que según declara la Ley 1.ª, tít. 15, Part. 6.ª, por la partición de los bienes que los omes han comunalmente por herencia, tiénese a cada uno por pagado con su parte, siendo juris...

existentes entre los comuneros y coherederos, por un lado, y entre los primeros y la comunidad y los segundos y la herencia, por el otro.

En la comunidad de bienes pura, el comunero es propietario —con la limitación que impone la copropiedad— exclusivo de una parte indeterminada material, pero rigurosamente cierta, de un bien —común— concreto y puede transigir y negociar sobre dicha parte. Por el contrario, en la comunidad hereditaria, y especialmente cuando la herencia la componen no una, sino varias cosas, el coheredero tiene derecho, como tal, a la herencia conceptuada como *universitas ius*, pero no a ningún bien concreto y especialmente determinado de la misma, porque desconoce el bien o bienes que en los lotes de la partición le van a corresponder y, por consiguiente, no puede negociar ni transigir contractualmente sobre ninguna parte indivisa de aquéllos, o sea, que no tiene ningún derecho de propiedad respecto a cada bien en singular, sino que su derecho lo es potencialmente o en «expectativa», y en la partición se le atribuirán uno o más bienes sobre los que con anterioridad a ella no tenía ningún derecho dominical, al revés de lo que ocurre en el condominio, donde, con la división, la parte indeterminada pero cierta de los comuneros se hace determinada en sentido material.

Con anterioridad a la división son propietarios ideales, pero, en definitiva, con plenos derechos dominicales (9); y con la división no hacen más que delimitar su derecho dominical, cosa que no ocurre en la partición de la herencia. En ésta se atribuye al heredero la propiedad, en la comunidad no, porque ya la tiene atribuida desde que entró a formar parte en ella; con la división no se hace más que reafirmar al comunero en su derecho de propiedad, es decir, declarar su propiedad concreta y tangible.

Prueba de lo expuesto es que en los países de «costumbre», como dice HÉCTOR LAFAILLE (10), surgió la doctrina que juzgaba a ese acto jurídico como declarativo de derechos, en el sentido de considerar a los copartícipes, desde el comienzo del condominio, únicos propietarios de los bienes que, en definitiva, recibían; ni más ni menos que si en la herencia se los hubiera transferido directamente el causante (11).

A pesar de que la naturaleza declarativa de la partición, por los motivos alegados, es más dudosa en la herencia, los autores franceses: POTHIER, LAURENT, COLIN y CAPITANT, etc., no han vacilado, siguiendo

(9) Exceptuando las limitaciones que por la relación de comunidad la Ley impone.

(10) *Derecho Civil. Tratado de Derechos Reales*, Buenos Aires, 1944, páginas 235 y ss.

(11) LEFÈVRE: *L'ancien droit de successions*, pág. 339, 1.ª ed.

el contenido legal del artículo 883 del Código Civil francés, en atribuirle este carácter.

Los Códigos italiano (12) y argentino han proclamado en su articulado la naturaleza declarativa (13), y así dice el artículo 2.695 del último: «La división entre los copropietarios es sólo declarativa y no traslativa de la propiedad, en el sentido de que cada condónimo debe ser considerado como que hubiera sido, desde el origen de la indivisión, propietario exclusivo de lo que le hubiere correspondido en su lote, y como que nunca hubiese tenido derecho de propiedad en lo que ha tocado a los otros condóminos».

La acción de división del condominio es declarativa de dominio, además de los razonamientos expuestos anteriormente, por lógica interpretación del artículo 450 del Código Civil: «Cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión».

Dicho artículo, tanto si se interpreta en el sentido de que se entiende que ha poseído solamente, como si se quiere ver en el mismo la significación de que ha poseído con exclusividad, vienen a configurar la tesis declarativa de la división (14); y en este sentido dice VALVERDE (15) que al considerarse la posesión del comunero después de la división, no como una nueva posesión, sino como una continuación de la posesión indivisa, no cabe duda de que dicha división no hace más que declarar la propiedad, no trasladarla, pues la palabra del artículo 450 es clara y concreta... «la parte que al dividirse le cupiere»..., o sea, que parte del momento divisional, a diferencia de su semejante el artículo 440.

En segundo lugar, también se deduce del precepto del artículo 399 (16), según el que «el efecto de la enajenación o de la hipoteca estará limitado a la porción que se le adjudique en la división»; de aquí se deduce que (17), además de la parte concreta de la cosa que le vendrá a corresponder al copropietario en la división, no podría darse

(12) «Comunione e divisione», en *Riv. di Diritto Commerciale*, 1949, I, 486.

(13) Criterio que ha sido seguido por innumerables autores italianos: GIUSEPPE MIRABELLI, *ob. cit.*; CICÚ, en «La Natura Dichiarativa della divisione nel nuovo codice civile», en *Riv. Trim. Diritto Proc. Civ.*, 1947, 7.

(14) BELTRÁN DE HEREDIA: *La comunidad de bienes en el Derecho español*, 1954, pág. 363.

(15) *Tratado de Derecho Civil español*, tomo I, pág. 261.

(16) Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte... pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla... Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad.

(17) BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, pág. 364.

validez a aquella enajenación, si no hubiese dispuesto a título de propiedad, cosa esta que no puede ocurrir en la comunidad hereditaria.

En relación con el artículo 1.051

Si en nuestro Derecho, a pesar de las meritorias opiniones en contra, hay sobrados fundamentos legales para reconocer a la división de la comunidad de bienes naturaleza declarativa, respecto a la hereditaria, a nuestro entender —conforme a las Sentencias del Tribunal Supremo citadas de 11 de junio de 1897 y 29 de enero de 1916— (18) se hace más dificultoso atribuirle el mismo carácter, como sostiene BELTRÁN DE HEREDIA, sin que el artículo 440, según el que «la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción, y desde el momento de la muerte del causante en el caso de que llegue a adirse la herencia», pueda hacer creer lo contrario, toda vez que este artículo es de aplicación a la comunidad hereditaria antes de que se haga uso de la acción del artículo 1.051 y, por consiguiente, mal se puede presumir la naturaleza de una acción antes de que nazca o se ejercite tal acción; pero claro está que, lógicamente, los defensores de esta teoría entienden que la posesión queda transmitida a los herederos antes y después de la partición, pero, a nuestro criterio, para que se desvaneciesen las dudas, debería añadirse a este artículo: «... y si fueren varios, a cada uno de ellos individualmente respecto de los que le hubiesen correspondido en la partición», pues en este caso se asemejaría el contenido del citado precepto al del artículo 450, sin olvidar que se refiere aquél a la pérdida o término de la posesión del causante y la continuación de la misma por el heredero.

ROCA SASTRE (19), como BELTRÁN DE HEREDIA (20), coinciden en que los artículos 657, 661, 440, 784, 881 y 450 (21) del Código Civil hacen posible la tesis de que la partición —referida a la comunidad

(18) Quizá, como dice MARTÍN LÁZARO en «Caracteres y efectos de la partición de la herencia», en *Revista de Derecho Privado*, 1936, págs. 81 y ss., será más acertado dar la razón a una postura intermedia, pero no en el sentido de que la división no es traslativa ni declarativa, sino de conceptuarla como de naturaleza mixta, pues declara y traslada el dominio simultáneamente.

(19) «¿La partición es un acto traslativo o declarativo de propiedad?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1929, págs. 743 y ss.

(20) *Ob. cit.*, pág. 362.

(21) Artículo 657: Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.

Artículo 661: Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones.

Artículo 784: El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque fuera antes que el fiduciario...

Artículo 881: El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos.

hereditaria— es en nuestro Derecho positivo un acto de efectos declarativos o determinativos; criterio que también justifica ROCA SASTRE con base en el artículo 2.º de la Ley de Derechos Reales de 28 de febrero de 1927 y en el artículo 5.º del Reglamento de 26 de marzo de 1927, y dice que la partición de la herencia, como tal, no es acto sujeto al impuesto, porque siendo éste un tributo sobre transmisiones de bienes, no hay transmisión alguna en el acto meramente particional, ya que ni en los artículos citados ni en la tarifa se comprende el concepto partición, sino que el párrafo 27 del artículo 19 del susodicho Reglamento la excluye del impuesto, no como exención, sino como un caso de no sujeción. En cambio, cuando no se trata de un acto verdaderamente particional, lo sujeta al impuesto.

Ahora bien, la legislación de derechos reales, a nuestro entender, si no hacía tributar a la partición en sí misma se debía a que al Fisco —muy previsora— no le interesaba sujetar al impuesto únicamente la partición, sino toda transmisión de bienes, acciones y derechos de toda clase a título de donación, herencia o legado, aun cuando no se hubieran formalizado los inventarios o particiones (22).

Dice también el referido autor, ROCA SASTRE, que, «faltando en esta clase de comunidad —hereditaria— la adjudicación de una cuota sobre cada cosa singular de la masa relictas, que es precisamente la base del sistema traslativo, es imposible el cambio, conmutación o traslación recíproca de partes indivisas entre los comuneros». Ahora bien, si, como dice este autor, la adjudicación de una cosa o, mejor dicho, de una cuota sobre cada cosa singular de la masa relictas es la base del sistema traslativo, debemos aclarar que dicha adjudicación sólo puede tener lugar mediante la acción de partición y, en su consecuencia, ésta es traslativa o atributiva de dominio y no declarativa.

CLASE DE ACCIÓN

Doctrina

Otro problema procesal en el que ha habido diversidad de criterios doctrinales es el que versa en qué clase o grupo de las acciones reales, personales o mixtas debe clasificarse o encuadrarse la *actio communi dividundo*.

En este tipo de acciones se ha creído ver un concurso del elemento

(22) Véanse Ley y Reglamentos Derechos Reales (BOE 29 abril 1958 y 7 a 17-II-1959), Decreto de 6 de abril de 1967 y Real Decreto de 29 de diciembre de 1981.

personal y del real que no permitía considerar al uno como necesario del otro, lo que ha tenido lugar en todas las acciones que tienen por objeto la división de la cosa común, y que son, en número de tres: La *actio finium regundorum* —para regular los deslindes—, la *actio familiae erciscundae* —del artículo 1.051 del Código Civil— y la *actio communi dividundo* —del artículo 400 de igual texto legal—.

Por razón de este concurso aparente de los dos elementos, JUSTINIANO da a estas acciones la calificación de mixtas (23) en la *Instituta* (24): *Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam. Qualis est «familia erciscundae actio»..., «item communi dividundo»..., item «minium regundorum»*, considerando que ocupan un sitio intermedio entre las personales y las reales.

El jurisconsulto ULPIANO también llama a estas acciones mixtas, pero bajo otro punto de vista, como sinónimas de *iudicia duplicia* o *iudicium duplex*, debido a que todos los que litigan en ellos son actores y demandados simultáneamente (25): *In tribus istis duplicibus iudicis... quaeritur, quis actor intelligitur, quia causa omnium videtur? Sed magis placuit, eum videri actorem qui ad iudicium provocassit*.

Cuando bajo cierto ángulo se procura liquidar las relaciones entre los comuneros, que han sido equiparadas semejantemente a una sociedad, podría creerse que los trámites encaminados fueran de índole personal (26). De otro lado, la separación de los intereses, que la escuela clásica asimila al dominio pleno sobre cada parte indivisa, aparecería quizá como de carácter real.

Son muchos los que sostienen la tesis de la acción real, como TROP LONG (27), NAQUET (28), SALVAT (29) y PRIETO COBOS (30). Y no son menos los que dicen que es de carácter personal, entre ellos: MAYNZ (31), MOLITOR (32), JAPIOT (33), GAYOSO ARIAS (34), entre otros. Este último autor dice que no cree quepan acciones mixtas en el sentido tradicional de ser a la par reales y personales, porque la acción no es más

(23) PRIETO COBOS, en *Ejercicio de las acciones civiles*, Valladolid-Madrid, 1960, pág. 435, considera reales las tres acciones romanas citadas.

(24) Lib. 4, ley 6.ª, 20, «De actionibus».

(25) L. 14, tít. I, lib. 5, *Digesto*.

(26) LAFAILLE, *ob. cit.*

(27) *Traité de la vente*, tomo II.

(28) *Rev. Critique*, 1874, pág. 218.

(29) Citado por VALIENTE NOAILLE: *Derechos Reales*, Buenos Aires, 1958 página 340.

(30) *Ob. cit.*: *El ejercicio de las acciones civiles*, 1960.

(31) *Ob. cit.*

(32) Citado por LAFAILLE, *ob. cit.*, vol. II, pág. 244.

(33) No admite el carácter real de la acción.

(34) *Ob. cit.*, pág. 210.

que el derecho en cuanto puede hacerse valer ante autoridad, y no cabe que un derecho sea a la vez personal y real, que tenga por término personal pasivo, por sujeto de la correlativa obligación, a un hombre determinado, y que no lo tenga, sino a todos indefinidamente, que recaiga sobre una cosa individual, corporal directamente y que no recaiga más que a través de una persona obligada a darla, a lo sumo: *Quod-libet, aut est, aut non est*. Según él, la acción *communi dividundo* no es real, porque no siendo la división acto declarativo, la acción que la persigue no tiende a la declaración de un *ius in re* preexistente. El condominio es un derecho real, pero la acción ésta no se dirige sólo a hacerlo respetar, sino, al contrario, a hacerlo cesar para en adelante, contra lo que ocurre con todas las demás acciones reales. Si no es una de ellas esta acción, ha de ser personal forzosamente, en el criterio de GAYOSO ARIAS.

Como sea que las acciones reales tienen por objeto el reconocimiento o declaración de que al actor compete un *ius in re* y la condena al demandado de cesar en la lesión al mismo, restituyendo la cosa; y las personales, *ius in personam*, persiguen la condena del demandado a cumplir una obligación personal que le incumbe para con el demandante, esto es, una obligación correlativa a un derecho personal, o sea, al derecho de exigir al sujeto pasivo una prestación de dar, hacer o no hacer; es de ver la necesidad de otro grupo de acciones, o sea, de aquellas que ni son puramente personales ni reales, y que si bien tienen su razón de ser en «la cosa», se ejercitan en méritos de un derecho rigurosamente personal, como es el ejercicio de la acción *communi dividundo*, que compete a toda persona comunera frente a las demás.

El reconocimiento de esta acción como mixta, siguiendo la concepción romana mencionada, ha tenido varios seguidores, entre ellos: BAUDRY LACANTINEIRE (35), PONCET (36), DEMOLOMBE, CADAVALCH y BURGUÑA (37), que coinciden al afirmar que esta acción tiene el carácter de mixta, de real y personal.

Si bien es cierto que quizá hoy día hay una cierta tendencia doctrinal a hacer desaparecer las acciones mixtas (38), y a considerar la de «división» como acción personal, nosotros creemos todavía en la necesidad de la subsistencia de este grupo de acciones siguiendo el criterio romanista y de los glosadores, debido a que, de suprimirse, sería frecuente encontrarse frente a serios problemas de clasificación de acciones, dado que a muchas de ellas, por su naturaleza especial, no se sabría exacta-

(35) *Ob. cit.*

(36) Citados en *Prontuario de las acciones*, 1956.

(37) *Traité des actions*, núm. 132. Citado por LAFAILLE en *ob. cit.*, vol. 2.º, 244.

(38) Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1943.

mente si conceptualizarlas como personales o reales, como ocurre con la '*communi dividundo* objeto de nuestro estudio. Y, de esta manera, admitiendo la existencia de acciones mixtas, esta duda se desvanece; cuando, además, no hay por qué salirse de la órbita del Derecho romano sin obtener con ello ninguna ventaja jurídica.

Jurisprudencia

En nuestro Derecho positivo, el Tribunal Supremo —con mucha lógica—, en su extensa jurisprudencia, ha sentado, en amparo de nuestro criterio, el principio reiterado de que la acción *communi dividundo* es mixta (39), siguiendo las directrices romanas *tam in rem quam in personam*.

Admite la Ley de Enjuiciamiento Civil la existencia de este tipo de acciones en su artículo 62, regla 4.ª: «... en los juicios en que se ejerciten acciones mixtas, será Juez competente...» (40); sin que ello quede desvirtuado por las propias Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1932, 11 de diciembre de 1934, 26 de octubre de 1951 y 22 de diciembre de 1956, que llaman mixtas a aquellas acciones que se ejercitan siempre que en una misma demanda se formulen pedimentos de carácter personal y otros de naturaleza real; y las Sentencias de 7 de diciembre de 1940 y 2 de julio de 1941, que declaran que la acción mixta no es un ente procesal, sino el resultado de una acumulación de acciones que obliga a discernir, a efectos de competencia, cuál es la principal y cuál es la subordinada. Añadiendo la última resolución citada que el concepto de acción mixta es técnicamente artificiosa (41).

JUAN MUÑOZ XANCO

Profesor de la Universidad
de Barcelona

(39) Sentencias de 12 de agosto de 1901, 26 de febrero de 1908, 11 de agosto de 1919, 14 de agosto de 1919, 21 de noviembre de 1919, 19 de octubre de 1927, 25 de febrero de 1928, 21 de noviembre de 1929 y 9 de noviembre de 1931.

(40) Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1905.

(41) JORGE CARRERAS JANSANA, Catedrático de Derecho Procesal del Estudio General de Navarra, en su lección magistral de Cátedra confirmó también la tesis de que la *actio communi dividundo* es mixta.

El Legado de Alimentos

SUMARIO: *Introducción.—II. Concepto.—III. Legado de alimentos y de pensión periódica.—IV. Legado de alimentos y usufructo a título de alimentos.—V. Interpretación de la voluntad del testador.—VI. Legado de alimentos y a título de alimentos.—VII. Vinculación de lo legado a la finalidad alimenticia.—VIII. Cálculo de la cuantía del legado: A) Cuantía fijada por el testador. B) Cuantía no fijada: 1) Estado y condición del legatario. 2) Cuantía de la herencia. C) Cuantía que venía prestando en vida el testador.—IX. Responsabilidad del gravado: A) Heredero aceptante pura y simplemente. Supuesto del heredero legítimo y la opción del artículo 820, 3.º, del Código Civil. B) Heredero aceptante a beneficio de inventario. C) Legatario gravado con legado de alimentos («sublegado»).—La aplicación de la normativa de los alimentos legales al legado de alimentos. Examen del artículo 153 del Código Civil.*

I. INTRODUCCION

La protección y defensa del derecho a la vida del individuo presenta importantes aspectos de Derecho privado, fuera de los más conocidos y relevantes de Derecho público.

La conservación y desarrollo del derecho de la vida del individuo encuentra uno de sus apoyos en la llamada «obligación legal de alimentos», como obligación de sustento y mantenimiento a cargo de diversas personas establecida en base a vínculos familiares principalmente.

Ahora bien, no toda actuación del Derecho privado dirigida a esta finalidad protectora del derecho a la vida del individuo se enmarca dentro de los alimentos legales. Al lado de dicha obligación alimentaria *ex lege* nos encontramos con obligaciones alimentarias derivadas de negocio jurídico *inter vivos* o del testamento. A esta última limitaremos este breve estudio.

En efecto, si, como parece indudable, la finalidad práctica e inmediata de la prestación de alimentos consiste en suministrar a una persona los medios necesarios para atender a su subsistencia, aquella finalidad se consigue: a) Mediante el cumplimiento del deber personal y recí-

proco de los cónyuges de socorrerse mutuamente como efecto personal de la institución jurídica del matrimonio recogido en el artículo 56 del Código Civil; b) mediante el ejercicio del poder-deber de la institución jurídica de la patria potestad previsto en el número 1 del artículo 155 del Código Civil; como consecuencia de la Ley de 13 de mayo de 1981, la obligación de los padres —entre otras— de alimentar a sus hijos, teniéndoles en su compañía y procurándoles una formación integral está recogida en el número 1 del artículo 154. Por otra parte, la redacción dada en la reforma al artículo 155 es distinta a la anterior e introduce la novedad en el número 2 de que los hijos «deben contribuir equitativamente, según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia, mientras convivan con ella»; fórmula que plantea algunas cuestiones de interpretación —en su relación con los alimentos—; c) mediante la revocación de la donación prevista en el número 3 del artículo 648 del Código Civil; d) mediante un acto *inter vivos* (renta vitalicia, usufructo, etc...) o *mortis causa* constituidos con la intención y finalidad de asegurar a una persona los medios de subsistencia; e) mediante el cumplimiento de la estricta obligación legal de prestar alimentos (1).

Resulta, pues, evidente que nos encontramos ante dos tipos genéricos de obligaciones de contenido alimentario: la propiamente calificada como obligación *ex lege* y las derivadas de cualquier otro negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa* con esa misma finalidad. Esta distinción, desde siempre instituida, pero no siempre debidamente fundamentada por la doctrina, merece una especial atención.

Es opinión, comúnmente admitida, que la finalidad de asegurar a una persona lo que sea necesario para la satisfacción de las necesidades de la vida, puede ser perseguida por una multiplicidad de negocios. Elemento común a todas estas figuras es, sin duda, el interés a la vida del que tiene derecho a los alimentos.

Ahora bien, fuera de dicha analogía las varias relaciones de deuda alimenticia difieren esencialmente en la naturaleza y en la disciplina jurídica positiva según que la obligación de procurar los medios para la subsistencia proceda de la voluntad de la ley o de la voluntad privada. No es posible, pues, en principio, reunir en una sola categoría dogmática tales figuras pensando sólo en su función práctica.

Sin embargo, desde diversos sectores doctrinales se ha observado que las obligaciones alimenticias legales y voluntarias constituyen en el fondo *unum et idem*, ya que la esencia de las relaciones jurídicas se determina en base a su concreta función económica y la finalidad de

(1) BELTRÁN DE HEREDIA, P., en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo III, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid, 1982, pág. 6.

todas las figuras de derecho alimentario es hacer posible la existencia. Pero dicha objeción no está verdaderamente sustentada por ninguna razón formal o sustancial. El elemento de la finalidad no individualiza de por sí la institución y no es lícito apoyar la unidad conceptual de los fenómenos jurídicos sobre el fundamento de la finalidad económica (2).

Lo esencial es admitir que las obligaciones alimenticias voluntarias no se confunden con las obligaciones alimenticias legales previstas en los artículos 142 y siguientes del Código Civil. Las obligaciones alimenticias familiares son el tipo más importante de obligaciones alimenticias, pero no son más que una especie dentro del género.

Es evidente que estas obligaciones, que pueden tener los orígenes más diversos, no forman un conjunto homogéneo. El fundamento de la obligación no queda sin influencia sobre su régimen. Así, los rasgos más originales de la obligación alimentaria familiar (reciprocidad, irrenunciabilidad, intransmisibilidad, etc...) se derivan del fundamento de la obligación, y no de su destino o finalidad. Ya que es el fundamento de la obligación lo que introduce la diversidad entre estas obligaciones, que tienen, por lo demás, una finalidad común, es preciso buscar el principio de una clasificación en el origen de las obligaciones alimentarias. Una distinción esencial se impone: Unas se encuentran ligadas a la cualidad de hombre, cualidad de padre o de ciudadano, y resultan de un lazo de solidaridad. Las otras son creadas por la actividad del hombre y resultan de un acto o un hecho jurídico (3).

La norma legal aplicable a las diversas obligaciones de alimentos no puede ser, en consecuencia, común a todas estas variedades de obligaciones. La mayoría de los Códigos europeos, entre ellos nuestro Código Civil, sólo contienen regulación específica de los «alimentos legales», olvidándose casi por completo de las otras obligaciones alimenticias voluntarias, dejándolas sin regulación o, todo lo más, sometiéndolas a la normativa de los «alimentos legales».

Nuestro Código Civil, en su artículo 153, último de los dedicados a los «alimentos entre parientes», según reza el título VI, dispone que «las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate».

(2) GIORGIO BO: *Il diritto degli alimenti*, vol. 1.º, 2.ª ed., Milán, 1934, páginas 4 a 6.

CICÚ: «La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti», en *Riv. Dir. Civ.*, 1910, págs. 170 y ss.

(3) PELISSIER, Jean: *Les obligations alimentaires*, París, 1961, pág. 460.

La interpretación de este artículo 153, en relación con sus precedentes artículos 142 a 152, y los 879 y 880, no parece fácil a primera vista, y es lo que vamos a pretender efectuar con exclusiva referencia al legado de alimentos, para lo que se hacía imprescindible establecer estas consideraciones previas.

II. CONCEPTO

El estudio exclusivamente incidental reservado por la doctrina al tema del legado de alimentos, explica cómo no se ha delineado aún un válido esquema unitario de la relación.

La existencia de una reglamentación particularizada de la obligación alimenticia *ex lege* y, por otro lado, la misma previsión normativa del legado de alimentos que hace el artículo 879 del Código Civil y la remisión subsidiaria que hace el artículo 153 a los preceptos propios de los alimentos legales (arts. 142 a 152) han inducido siempre al intérprete a estudiar esta obligación de refilón. Y, desde este punto de vista, se ha debido afrontar siempre un delicado problema de límites, a los fines de delimitar hasta dónde la obligación testamentaria se modela sobre la legal, y establecer los principios legales que son comunes a las dos relaciones y cuáles, por el contrario, caracterizan propiamente la individualidad de la obligación testamentaria. La doctrina ha propuesto varias soluciones y todas diversas entre ellas, probando con ello que la tarea de una, aunque esquemática, determinación conceptual del legado de alimentos no se presenta de lo más simple.

En orden a la expresión «legado de alimentos» se impone, ante todo, una precisión del concepto mismo (en sentido jurídico) de «alimentos».

El legado de alimentos —según OSSORIO MORALES (4)— tiene por objeto facilitar al legatario los medios necesarios para su subsistencia, con cuyo objeto el testador ordena le sea abonada una pensión periódica.

Realmente, parece que, a efectos del concepto de «alimentos», es opinión unánime remitirse a la definición que ofrece el artículo 142 del Código Civil: «Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable».

(4) *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, pág. 397. En el mismo sentido, DÍAZ CRUZ: *Los legados*, Madrid, 1951, pág. 330.

La interpretación de dicho precepto ha sido ya realizada por los autores más autorizados, por lo que nos remitimos a sus estudios (5).

Unicamente es preciso reiterar (6) que la deuda alimenticia (verbi-gracia, la derivada de un legado de alimentos), para que pueda ser calificada como tal, requiere esa permanente tendencia a cubrir una necesidad de la vida. Es, por tanto, el fin que se pretende para lograr un resultado lo que permite subsumir un supuesto en la categoría de deuda alimenticia, no el carácter alimenticio de los medios que se destinan para conseguir esa finalidad. El legado de alimentos es históricamente sólo aquel que tiene la función de otorgar al legatario lo necesario para vivir (D. 33, 1, 5), aunque el testador pueda proveer a esta necesidad de diferentes modos. Los medios jurídicos empleados conservan su régimen propio, pero ocupan, respecto de la verdadera sustancia de la prestación de alimentos, un lugar secundario. En tal sentido, la prestación de alimentos tiene una naturaleza peculiar que le imprime esa permanente adecuación de los medios al fin.

La prestación de alimentos no se agota por el mero hecho de que proporcionen unos medios al alimentista que puede emplear en satisfacer una necesidad. Es esa necesidad vital su presupuesto, la que aglutina y da sentido al conjunto de derechos y deberes que articulan la relación obligatoria para que, en rigor, sea alimenticia.

III. LEGADO DE ALIMENTOS Y DE PENSION PERIODICA

El legado de alimentos —según ha puesto de manifiesto GARCÍA CANTERO (7)— es un subtipo de legado de prestaciones periódicas, caracterizado por ser submodo, consistente en facilitar al legatario los medios necesarios para su subsistencia.

Tanto el legado de alimentos como el de pensión, se encuadran en los legados con eficacia meramente obligatoria.

(5) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, vol. 2.º, Barcelona, 1970, págs. 331-361. Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 53-66. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, tomo IV, Barcelona, 1982, págs. 71-97. ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho civil*, tomo IV, Barcelona, 1982, págs. 14-30. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P.: *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Salamanca, 1958, y *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo III, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid, 1982. PIÑAR LÓPEZ, B.: «La prestación alimenticia en nuestro Derecho civil», *R.G.L.F.*, 1955, II, págs. 7-36. DORAL, J. A.: «Pactos en materia de alimentos», *A.D.C.*, 1971, págs. 313 y ss.

(6) Como ha puesto de manifiesto DORAL en *op. cit.*, págs. 385-386.

(7) «Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código Civil», en *R.C.D.I.*, 1973, pág. 799.

La legislación vigente prevé específicamente en el artículo 879 el legado de alimentos y educación, mientras que el artículo 880 regula el de pensión periódica, hipótesis más general que, obviamente, comprende también la primera, para la cual dicta una especial disciplina acerca del momento de la exigibilidad de la prestación.

El artículo 880 contempla el caso de legado de pensión en general —«legada una pensión periódica o cierta cantidad anual, mensual o semanal...»—, lo que quiere decir que se refiere a *cualquier* legado de pensión, y no sólo al caso de pensión *simple* o sin especificación de su fin. El artículo 879 contempla únicamente los legados de pensión de alimentos y de pensión de educación. Ahora bien, ni uno ni otro artículo regulan la totalidad de lo que se refiere a cada uno de esos legados de pensión, ni formulan sus respectivos conceptos, sino que se reducen a establecer algunos preceptos aplicables a ciertos extremos de tales figuras (8).

De la coordinación de tales preceptos se desprende, por consiguiente, que el legislador ha querido tomar en consideración y disciplinar todas las variadas hipótesis en las que, por medio de una disposición testamentaria, se da origen a una relación caracterizada por el hecho de que la eficacia de la fuente negocial se extiende en el tiempo, dando lugar a prestaciones recurrentes.

Sin embargo, a pesar de tener una regulación cercana, entre ambas instituciones podemos establecer ciertas diferencias:

- El legado de pensión periódica tiene una duración temporal fija, determinada por el testador, o bien asume el carácter de renta vitalicia.
- El legado de alimentos tendrá la duración que señale la necesidad del legatario, pudiendo tener una vigencia intermitente, según que aparezca o desaparezca dicha necesidad y «dura mientras viva el legatario si el testador no dispone otra cosa» (art. 879).
- El legado de pensión, para su efectividad, no requiere cualidad especial alguna en el legatario, salvo el cumplimiento de la condición que, en su caso, hubiera establecido el testador, para el percibo de la pensión. En el legado de alimentos deberá probar el legatario encontrarse en estado de necesidad, esto es, en imposibilidad total o parcial de proveerse de los medios necesarios para su subsistencia.
- El objeto del legado de pensión es una *res certa* (verbigracia, una suma determinada de dinero o de cosas invariablemente estable-

(8) ALBALADEJO, M.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XII, vol. 1.º, Madrid, 1981, pág. 254.

cidas). El objeto del legado de alimentos es la satisfacción de una necesidad, bien mediante el pago de una periódica cantidad de dinero o mediante la opción que otorga el artículo 149 del Código Civil.

- En el legado de pensión la prestación consiste normalmente en dar una suma de dinero. En la deuda alimenticia el dinero tiene la mera función de representar el valor de los alimentos, es decir, es el equivalente pecuniario de los alimentos que, en definitiva, son los que constituyen el objeto verdadero y propio de esta forma de legado.
- El legado de alimentos, por último, constituye una deuda de valor, sujeta, por tanto, a las normales revalorizaciones y a las variaciones derivadas de la fluctuación de las necesidades del legatario. Por el contrario, el legado de pensión, por su misma naturaleza, está sujeto al principio nominalístico (8 bis).

IV. LEGADO DE ALIMENTOS Y USUFRUCTO A TÍTULO DE ALIMENTOS

No puede estar ciertamente encuadrado en la figura del legado de alimentos el legado de usufructo dispuesto a título de alimentos. En el de usufructo, el derecho atribuido es de naturaleza real y su titularidad pasa *recta via* del causante al legatario, salvo que éste renuncie al legado, mientras en el legado de alimentos, el legatario adquiere sólo un derecho de crédito a su satisfacción. De igual modo que cualquier otro derecho de su misma naturaleza, tiene necesidad de la cooperación activa del gravado, esto es, del deudor.

Además, en el legado de usufructo su titular puede obtener del bien toda la utilidad compatible con el natural destino de la cosa, sin que tal utilidad pueda mínimamente ser conmensurada al estado de necesidad, respecto del cual puede ser tanto excesiva como insuficiente (9).

Únicamente podría plantear alguna duda de calificación un legado de usufructo en el que el testador ha querido evidenciar el motivo de la disposición. Pero, en verdad, no podría determinar el cambio de naturaleza del legado en favor del de alimentos el hecho de que el testador

(8 bis) Véase al respecto los *Comentarios* de BONET CORREA en las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 14 de febrero de 1976 en A.D.C., 1977, pág. 716; 5 de octubre de 1977, en A.D.C., 1978, pág. 869; 16 de noviembre de 1978, en A.D.C., 1980, pág. 186.

(9) CARAMAZZANA, G.: «Delle successioni testamentarie», en el *Commentario teorico-pratico al Codice civile*, diretto da Vittorio de Martino, Roma, 1973, página 396.

haya eventualmente sujetado el legado de usufructo al vínculo de la incedibilidad o inembargabilidad. Dicho vínculo carecería de valor, ya que no podría ser establecido por el testador, sino por la ley (10). El testador lo único que podría hacer es obligar, mediante una condición resolutoria, al legatario de usufructo a no ceder las rentas e intereses. Pero esto dejaría inalterado el carácter de legado de usufructo.

V. INTERPRETACION DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR

La interpretación de la voluntad del testador en tema de legado de alimentos, al igual que en otras muchas materias, se revela particularmente importante. Extremos tales como ¿quién es el gravado?, ¿uno o todos los herederos?, ¿la cuantía señalada por el testador es fija o variable?, ¿hay legado de renta o de alimentos?, ¿se ha vinculado algún bien hereditario al pago del legado?, etc..., se presentan comúnmente y su solución ha de buscarse en una correcta interpretación de la voluntad del testador.

Ahora bien, en este momento, lo que primero exige examinarse es si el testador ha pretendido disponer un verdadero legado de alimentos o bien ha establecido un encargo, ruego o súplica para favorecer a un tercero, pero sin otorgarle derecho a exigir del gravado el cumplimiento de tal «encargo, ruego o súplica», interpretación que se complica sobremanera, habida cuenta que tras expresiones de mero «ruego» pueden encontrarse verdaderos mandatos vinculantes, teniendo en cuenta la persona que las dicta, aquellas a quienes se dirigen, la solemnidad del acto o la seguridad de que serán cumplidas.

A este respecto, son de singular importancia cuatro sentencias del Tribunal Supremo, en las que, a través de una interpretación gramatical, no se llegó a idénticas soluciones. Veamos cada una de ellas:

Sentencia de 20 de marzo de 1902 (C. L. núm. 84): Considerando que con arreglo al tenor literal de la cláusula 8.^a del testamento de don F., doña J. fue instituida heredera por su marido, con la obligación de subvenir a la decorosa subsistencia de la hermana de éste doña C., porque el primer significado léxico del verbo *recomendar* es, según el Diccionario de la Academia, el de encargar, y en el presente, el encargo hecho por el testador a la heredera de socorrer a su hermana, atendiendo el desamparo en que ésta quedaba y a que disponía de lo suyo propio, constituye clara expresión de su voluntad en tal sentido, aunque no la formulase en términos imperativos, impropios e inadecuados a la con-

(10) Véase al respecto la Sentencia de 12 de diciembre de 1927 (CL, núm. 48).

fianza y a los sentimientos de consideración y afecto que abrigaba hacia su esposa, a quien instituyó como única heredera.

Considerando que esa misma voluntad se revela claramente de todo el contexto de la mencionada cláusula, porque el testador, después de manifestar en ella que del remanente que quedara de todos sus bienes, derechos y acciones, instituía única heredera en pleno dominio a su querida esposa, no se limitó a hacer a ésta una recomendación vaga o genérica en favor de doña C., sino que expresó que tal recomendación o encargo había de consistir precisamente en atenderla y suministrarla lo necesario para su decorosa subsistencia mientras viviera, lo que implica que el testador quiso o fue su intención que su esposa socorriese a su hermana anciana y desvalida con las rentas o productos del haber hereditario».

Sentencia de 1 de febrero de 1907 (C. L. núm. 40): «Considerando que mejorada una hija en el testamento de su madre, expresando ésa estar segura de que si en alguna ocasión sus otros hijos acudieran a su citada hermana les atendería en lo posible, aún interpretada esa cláusula en el sentido de imponer a la hija mejorada una obligación exigible con arreglo a derecho, no por ello puede entenderse que su cumplimiento haya de quedar al libre arbitrio de sus hermanos no mejorados, porque aparte la inmoralidad que tal supuesto podría entrañar si aquéllos no tuvieran que acreditar que su situación y circunstancias hacían legítimamente necesario el auxilio de su hermana, resultaría, además, ésta de peor condición que aquéllos, lo que con toda evidencia será contrario a la voluntad de la testadora».

Sentencia de 15 de enero de 1916 (C. L. núm. 27): «Considerando que al hacer doña T. a sus herederos la recomendación condicional, que en obsequio a su hermano consigna en la cláusula 11 de su testamento, referente a que si aquél, por consecuencia de cesantía en su destino o de cualquier otra causa llegase a encontrarse sin recursos, provean a lo que sea absolutamente necesario para su subsistencia, cláusula discutida en el pleito, no les ligó con vínculo jurídico obligatorio, por cuanto aquella locución gramaticalmente analizada, es ni más ni menos que un encargo, ruego o súplica de tantos como frecuentemente se consignan para favorecer a un tercero, pero que si voluntariamente no se cumplen, no hay posibilidad legal de exigir su cumplimiento y queda sin ejecutar».

(Sin embargo, pensamos que la decisión del Tribunal Supremo no se fundamenta en que la testadora «recomendase», sino que en el propio testamento se añadía: «Ni el don R. ni los aludidos hijos del difunto

marido de la testadora podrán entablar reclamación alguna judicial ni extrajudicial por tales conceptos, sino que se someterán necesariamente a lo que, conforme dicha voluntad de la testadora, crean conveniente darles las herederas en cumplimiento de esta recomendación, pues no tienen otro carácter estas dos disposiciones que la testadora hace a aquéllas»).

Sentencia de 15 de diciembre de 1920 (C. L. núm. 140): «Considerando que es principio de Derecho sancionado en el artículo 675 del Código Civil, que toda disposición testamentaria ha de entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, debiendo observarse en caso de duda lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.

Considerando que la cláusula por la que el testador recomienda con mucho interés a su hija y al marido de ésta que conserven siempre a su lado a una antigua sirviente, procurando que no carezca de las cosas más precisas mientras viva, encierra un legado de alimentos comprendido en el artículo 879 del Código Civil, puesto que se designa legatario a quien alimentar, y heredero a quien se impone la obligación de prestar alimentos; y si en la redacción de la cláusula y expresión de su voluntad empleó el testador locuciones de recomendación, de encargo, de cariño y de gran confianza y de tanta seguridad que siempre sería su dicha criada por sus hijos atendida, que no consideró preciso dejarle legado alguno, tales locuciones, ni por su significación gramatical, ni por la intención que revelan, constituyen uno de tantos encargos que se hacen en los testamentos para favorecer a personas y no determinan vínculo alguno de Derecho; antes al contrario, por los momentos tan solemnes en que se consignan y por la seguridad y confianza del testador de que serán cumplidas, constituyen un vínculo de Derecho eficaz y solemne generador de la institución aludida.

Considerando que los actos jurídicos generados de derechos y obligaciones tienen el nombre, la significación y el alcance que les da la ley, debidamente apreciadas, no el que quieran darle las partes apreciando conceptos aislados y las frases con que se expresan, prescindiendo de la intención que es la base de la interpretación de toda disposición testamentaria».

VI. LEGADO DE ALIMENTOS Y A TÍTULO DE ALIMENTOS

El legado de alimentos tiene, como sabemos, por finalidad facilitar al legatario los medios necesarios para su subsistencia, para lo cual el testador suele ordenar dicho legado en alguna de las siguientes formas:

- Fijando una cantidad determinada para alimentos, —que suele considerarse, como veremos, un puro y simple legado de pensión o renta— y que cierto sector doctrinal califica como «a título de alimentos».
- Utilizando el procedimiento previsto en el artículo 879, número 4, del Código Civil, según el que: «Si el testador acostumbró a dar en vida al legatario cierta cantidad de dinero u otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia».
- Estableciendo el normalmente llamado legado de alimentos que es aquel en que el testador dispone se pague al legatario una pensión para alimentos sin fijar su cuantía, al que son de aplicación las normas sobre alimentos legales entre parientes por la remisión general del artículo 153, salvo disposición diversa del testador, rigiéndose su contenido en toda su extensión por el artículo 152, con las limitaciones cuantitativas que fija el artículo 879, número 3, según el cual habrá de tenerse en cuenta «el estado y condición del legatario y el importe de la herencia» (11).

Prescindiendo del procedimiento previsto en el número 4 del artículo 879, veamos qué diferencias existen entre el legado de alimentos y el mal llamado «a título de alimentos», para deducir el régimen de cada uno de ellos.

Cuando al ordenar este legado el testador fija al legatario una cantidad determinada para alimentos, normalmente se entiende que esa cantidad periódica es la que ha de serle abonada, independientemente de que resulte o no suficiente para atender a las necesidades del legatario alimentista. En tal caso se tratará de un simple legado de pensión, sin que la calificación dada por el testador influya para nada en su régimen. Algunos autores lo llaman en esta hipótesis «legado a título de alimentos». Es posible que el legatario no la necesite para su subsistencia, o que sea excesiva o insuficiente para ello, a pesar de lo cual tendrá derecho

(11) GARCÍA CANTERO: «Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código Civil», en *R.C.D.I.*, 1973, pág. 799.

a percibir esa cantidad que se le hubiera asignado en el testamento y sólo ésa (12).

Por verdadero legado de alimentos se entiende, en cambio, aquel en que el testador dispone se pague al legatario una pensión para alimentos, sin fijar su cuantía. En tal caso la exigibilidad del legado y la determinación del importe de la pensión queda subordinada a las condiciones a que el propio Código somete la obligación de prestar alimentos (artículos 142-152), ya que según el artículo 153 tales disposiciones generales son aplicables a los casos en que por testamento se tenga derecho a alimentos, salvo lo ordenado por el testador (13). Ha de entenderse, por tanto, implícitamente establecida la condición de que el legatario se encuentre en situación de necesidad, y comprendiendo en el legado todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como también la educación e instrucción del alimentista, mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable (art. 152 del Código Civil).

Como vemos, pues, el primer y más importante problema que se plantea en el legado de alimentos es el de si le deben ser necesarios al alimentista para vivir.

De tener que serle necesarios, sólo si lo son tendría derecho a que se los suministrase el gravado con el legado; sino, no, aunque el testador le haya concedido un legado de alimentos que, por tanto, habría que entender como de alimentos para si los necesita el legatario.

Si la necesidad del legatario no es requerida, el legado de alimentos sería exigible sin ella, es decir, aunque por otros caminos el legatario disponga de medios para satisfacer sus necesidades. Se convertiría entonces en el deber de dar el gravado al legatario la pensión que se le hubiese señalado, o en el deber darle periódicamente las sumas o las cosas que, de haberle sido, le serían precisas para vivir (14).

Lo que verdaderamente importa en todo este asunto —como muy bien ha resaltado ALBALADEJO (15)— es determinar (cuando, como por lo general ocurre, no se ha especificado si se conceden los alimentos en todo caso o sólo si los necesita el legatario) de qué se debe partir mientras no conste lo contrario ¿de presumir que el testador dejó el legado de alimentos para todo caso, o de que, por el contrario, lo dejó sólo para si el legatario los necesita?

La opinión que se refleja mayoritaria en nuestra doctrina es parti-

(12) OSSORIO MORALES, J.: *Op. cit.*, pág. 397.

(13) OSSORIO MORALES, J.: *Op. cit.*, pág. 398.

(14) ALBALADEJO, M.: *Op. cit.*, pág. 264.

(15) *Op. cit.*, pág. 264.

daria de entender que en caso de que no haya habido fijación de cantidad por el testador, el legatario para hacerse acreedor al legado ha de demostrar la necesidad (16), en base a la remisión que el artículo 153 hace de las normas generales de obligación alimenticia entre parientes (artículos 142-152) a otros supuestos análogos (art. 879).

El artículo 153 establece que «las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate» y como entre las disposiciones anteriores se encuentra el artículo 148, que dispone que «la obligación de dar alimentos será exigible desde que la necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos», resulta claro que el legatario sólo tendrá derecho a alimentos si acredita su necesidad.

Ahora bien, no puede pensarse que se trata de una cuestión indiscutida, diversos autores han defendido posiciones más o menos antagónicas a la opinión mayoritaria (17).

Una opinión relevante, aunque inexacta a nuestro juicio, es la defendida por la jurisprudencia italiana, según la cual «el legado de alimentos está subordinado al estado de necesidad del alimentista, salvo explícita voluntad en contrario del testador» (18). El proceso lógico que parece subyacer a esta afirmación es el siguiente: puesto que la ley, en principio, concede al testador la facultad de establecer suministros cuantitativamente diferentes de los indicados para la obligación alimenticia legal, se considera que los suministros en la dicha obligación legal de alimen-

(16) DÍAZ CRUZ, M.: *Los legados*, Madrid, 1951, págs. 330-339. OSSORIO MORALES: *Op. cit.*, págs. 397-398. GARCÍA CANTERO: *Op. cit.*, pág. 799. DORAL: *Op. cit.*, págs. 376-386. MIGUEL TRAVIESAS: «Legados», en *R.D.P.*, 1931, págs. 141-142 (ver allí las opiniones de RICCI, LOSANA y BORSARI). SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. 2.º, Madrid, 1910, pág. 1286. LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, tomo V, Barcelona, 1981, pág. 315. DÍEZ-PICAZO: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Madrid, 1982, págs. 540-541.

(17) Q. MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, tomo XV, artículos 858 a 911, 4.ª ed., Madrid, 1945, págs. 397 y ss. PIÑAR LÓPEZ, B.: *Op. cit.*, págs. 13-14. GANGI, C.: *I legati nel Diritto Civile Italiano*, vol. 1, Padova, 1933, pág. 158. TALASSANO: «Sullo stato di bisogno nel legato di alimenti», en *Giur. it.*, 1959, página 737; dubitativamente, MESSINEO: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, VI, pág. 518.

(18) Cass. civ., 4 de abril de 1957. El punto de divergencia está obviamente representado por esta última reserva, que en opinión del Supremo Tribunal tendría su fundamento en el amplio alcance del inciso final del artículo 660 del Código Civil italiano («salvo que el testador haya dispuesto lo contrario»), inciso que atribuiría al testador no sólo «la facultad de disponer un legado con contenido más vasto y más limitado que el de las obligaciones alimentarias reguladas por la Ley, sino también la de exonerar expresamente al legatario de la carga de la prueba del estado de necesidad».

tos, están condicionados por la existencia de un estado de necesidad del alimentista, las prestaciones libremente establecidas por el testador pueden, en consecuencia, no estar necesariamente vinculadas al estado de necesidad. Ahora bien, el silogismo —como señala CRISCUOLI (19)— no es tan concluyente como a primera vista pudiera parecer. El punto fundamental de divergencia entre la obligación alimenticia y la obligación de renta vitalicia recae en la circunstancia de que la prestación de renta no está subordinada a la concurrencia de un estado de necesidad, por lo que debe admitirse que si el testador dispone a favor del gravado que los suministros deben efectuarse aunque no subsista un estado de necesidad, la obligación de la prestación de tales suministros no es un deber alimenticio, sino una simple obligación de renta.

La tesis de la jurisprudencia italiana sólo podría ser acogida si se demostrase que el no subordinar los suministros debidos a un estado de necesidad excluiría también la existencia de una obligación de renta o de otro tipo de prestaciones periódicas. Lo que no ocurre en el Derecho italiano, ni en el nuestro tampoco.

Así pues, ha de mantenerse exigible, en todo caso, para la existencia de un legado de alimentos o, aún mejor, para el percibo de la prestación por el legatario, que éste se encuentre en estado de no poder atender a su propio mantenimiento.

Pero veamos, finalmente, cómo influye la intención o voluntad del testador.

Para resolver el problema de la relevancia de la intención del testador y del estado de necesidad es oportuno observar las dos más importantes especies que se pueden identificar en las hipótesis de disposiciones que contienen prestaciones periódicas a un sujeto teniendo en cuenta sus necesidades de sustentación.

Una primera hipótesis puede individualizarse en la disposición que establece a favor del legatario un crédito alimentario verdadero y propio en cuanto el testador se ha referido al estado de necesidad como límite del contenido del crédito.

Una segunda hipótesis puede encontrarse en el legado de prestaciones periódicas en el que el testador se ha limitado a tener en cuenta la necesidad del legatario determinando la suma debida. La relevancia del estado de necesidad aparece sólo sobre el plano de los motivos que han movido al testador (20).

Debe, por consiguiente, distinguirse la hipótesis en que el crédito

(19) CRISCUOLI, G.: *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965, pág. 142.

(20) NAPOLI, E.: «La successioni testamentarie», en *La Giurisprudenza sistematica di Diritto civile e commerciale*, a cura di M. BIANCA, Torino, 1983, páginas 265-266.

tenga naturaleza alimentaria verdadera y propia de aquélla en la que las consideraciones subjetivas del testador hayan permanecido en el estadio de los motivos, sin ser traducidas en una voluntad negocial (21). Los motivos que inducen al causante a disponer una atribución carecen de relevancia jurídica por tratarse de consideraciones personales de aquél que se mantienen dentro de su ámbito interno, sin salir, por así decirlo, a la luz del Derecho. Podrá un motivo ser elevado por el testador a la categoría de modo o condición, pero en ese mismo momento deja de ser motivo propiamente dicho y pasa a adquirir los perfiles y la consideración de la otra figura (22).

Así pues, la indicación de un crédito como alimenticio se justifica cuando el contenido pueda reconducirse al modelo ofrecido por las obligaciones calificadas de alimenticias por la ley. El contenido debe, por tanto, ser la obligación de proveer a la satisfacción de las necesidades de la vida, de las más fundamentales exigencias de la vida de la persona.

En conclusión, se pueden perfectamente individualizar las dos figuras citadas de legado en las cuales tiene relevancia la finalidad alimenticia prevista por el testador:

- La primera hipótesis será la única que constituya la figura del legado de alimentos, en cuanto tiene una causa alimenticia. A tal especie, y a salvo de lo que haya dispuesto el testador, se aplicará la disciplina de las obligaciones de alimentos legales, en cuanto sea aplicable. *Legado de alimentos*.
- La otra hipótesis, dada la irrelevancia del motivo que no se traduce en voluntad negocial, configura un legado de renta o prestaciones periódicas. *Legado a título de alimentos*.

VII. VINCULACION DE LO LEGADO A LA FINALIDAD ALIMENTICIA

Establecido un legado de alimentos en favor de determinada persona, se cuestiona si lo percibido por ésta (a salvo de una prestación en especie, como previene el artículo 149 del Código Civil) ha de destinarse

(21) BIANCA, C. M.: «Un caso di cessione di rendita vitalizia e delle facoltà di rivalutarla», en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1956, pág. 983.

(22) LÓPEZ VILAS, R.: «Sobre la distinción entre legados e instituciones modales», en *A.D.C.*, 1966, pág. 590. Véase también ALBALADEJO: «Consideraciones sobre algunos extremos del modo testamentario», en *A.D.C.*, 1983, págs. 1094-1108, y LUNA SERRANO: «Disciplina del modo testamentario imposible», en *A.D.C.*, 1968, páginas 109 y ss.

a satisfacer las necesidades que tal legado pretende cubrir, o puede darse otro destino.

El tema se relaciona con una posible institución modal testamentaria que grava al legatario en su propio beneficio, es decir, vinculándose a destinar lo legado a su propia «alimentación», pues, según el artículo 797, «la expresión del objeto de la institución o legado, o *la aplicación que haya de darse a lo legado por el testador*, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad».

En principio, parece clara la solución de que el legatario ha de dar a la pensión alimenticia el destino previsto por el testador o fijado por la ley (art. 142). Pero hemos de diferenciar los dos supuestos anteriormente vistos: el legado de alimentos y el «a título de alimentos». Comencemos por el segundo:

— En este caso, como hemos visto, la intención del testador al fijar una cantidad determinada, con la intención de cubrir las necesidades del legatario, ha constituido un legado de pensión, puesto que la finalidad alimenticia que le movió a establecer tal legado quedó en el plano de los motivos, sin salir a la luz del Derecho, por lo que no adquirió tal motivo relevancia jurídica alguna.

En tal supuesto, como hemos visto, no es preciso, para la efectividad del legado, que el legatario acredite la carencia de medios de subsistencia. Este tendrá derecho a la pensión fijada la necesite o no para vivir.

Por consiguiente, en el legado de pensión «a título de alimentos» el legatario no está vinculado a dedicar a alimentos lo que le ha sido legado, podrá darle el destino que tenga por conveniente.

— En el caso de verdadero legado de alimentos, la solución ha de ser necesariamente diversa. Si la causaa de la efectividad de tal legado radica en la carencia de medios de subsistencia del legatario que habrá de acreditar para lograr el percibo de la pensión, es indudable que dicha pensión habrá de destinarla a satisfacer con ella las más elementales necesidades de la vida. Sólo cabría plantearse la duda —como hace ALBALADEJO (23)— de «si percibiendo como alimentos lo que necesita, hay algún reparo en que el mismo interesado, apretándose el cinturón por su propia voluntad, lleve una vida más modesta de lo que le correspondería y permitirían los alimentos y aplique a fines distintos parte de lo que así ahorra». Parece —a juicio de dicho autor— que siempre sobre la base de que se le pueda imponer el llevar al menos el mínimo nivel de vida aceptable, según las circunstancias, no haya más reparo

(23) *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1, ya citado, pág. 261.

a ese ahorrar para otros fines distintos del mantenimiento, que pueda haberlo para cuando los alimentos que se perciben sean los legales entre parientes.

VIII. CALCULO DE LA CUANTIA DEL LEGADO

Del artículo 879 del Código Civil se deduce la existencia de dos posibles tipos o normas del legado de alimentos: Una, en la que se especifica la cuantía de los alimentos, esto es, de la pensión alimenticia; y otra, en que queda indeterminada dicha cantidad.

Cuando no está determinada la cantidad, dispone el Código que la misma se fijará de acuerdo con el estado y condición del legatario, en relación con el importe de la herencia. Si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero u otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada esa misma cantidad, si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia.

Así pues, al testador se le otorga la facultad de dejar indeterminada la pensión, fijar una cantidad exacta, o bien mantener la que venía prestando en vida al alimentista.

La experiencia jurídica enseña que, de ordinario, el testador ejercita esta facultad suya o con la predeterminación de una suma fija de dinero o bien con la indicación de precisos criterios de determinabilidad de la suma misma. De otra parte, no puede excluirse teóricamente que el mismo testador establezca la prestación de una cantidad determinada o determinable de otras cosas fungibles, como alimento, vestido o alojamiento. De todos modos, la atención de la doctrina está atraída particularmente por la primera hipótesis y según una autorizada corriente doctrinal, la predeterminación de una suma fija para los alimentos no parece conciliable con el carácter variable propio de los mismos alimentos, que naturalmente están subordinados al estado de necesidad del alimentado, de por sí eminentemente variable: por lo que se afirma que en todo caso en que el testador haya indicado una suma determinada no recogerá nunca una obligación de alimentos, y la eventual indicación de la prestación como alimentaria habría de considerarse como una afirmación irrelevante (24).

A) CUANTÍA FIJADA POR EL TESTADOR

Cuando, al establecer el legado, el testador fijó la cuantía determinada del mismo, se plantea la cuestión de si estamos o no ante un ver-

(24) CRISCUOLI, G.: *Op. cit.*, pág. 150.

dadero legado de alimentos y, por consiguiente, si son aplicables las normas reguladoras de los mismos.

De los artículos 142, 146 y 157 se deduce, sin duda alguna, que la cuantía de la pensión ha de ser necesariamente variable y, sin embargo, en los legados de alimentos en que el testador fijó anticipadamente su cuantía, nos encontramos con una pensión de cuantía inalterable (25). En efecto —como afirma DÍAZ CRUZ (26)—, la cuantía asignada como alimentos en el legado o se reduce y aumenta, según las condiciones y posibilidades de alimentista y alimentante, o se mantiene fija. Si fluctúa se llena el requisito esencial de los alimentos, pero se infringe un principio fundamental del legado, cual es la voluntad testamentaria, que indiscutiblemente señaló una cuantía determinada para los alimentos, y se producirá una reducción o aumento no autorizado por el testador. Si se estima intocable la cuantía se infringen todos los principios emanados del instituto de los alimentos, cual los reconocidos en los artículos 146, 147, 148, 149, 150 y 151 del Código Civil.

La solución de entender que cuando nos encontramos ante la fijación de la pensión por el propio testador, ésta ha de ser invariable y, por consiguiente, nos colocamos fuera del ámbito del legado de alimentos, ha de rechazarse si se interpreta rígidamente, ya que no se ve razón para excluir *a priori* que la preterminación de una suma fija no consienta una variabilidad de las prestaciones alimentarias. Bajo este perfil, el problema de la existencia o no de un legado de alimentos, propiamente dicho, es una cuestión de hermenéutica.

Se hace preciso distinguir dos posibles hipótesis (27):

1) Que el testador haya dispuesto la atribución con la intención de que ésta deba ejecutarse en todo caso, prescindiendo de cuáles sean las condiciones económicas del beneficiario: en este caso, se tratará de «cuantía tasada» y la voluntad testamentaria deberá ser respetada como un legado de renta verdadero y propio. Si el causante lega una cantidad periódica para alimentos, nos encontramos, no frente a un legado de alimentos, sino a uno de pensión periódica, en cuya hipótesis sólo se atenderá a la cuantía de la pensión, haciéndose caso omiso de la calificación que al legado le haya dado el testador, toda vez que las relaciones

(25) Como señala MANRESA (*Comentarios al Código Civil español*, tomo VI, Madrid, 1898, pág. 621), «a su vez, nada impide al testador fijar para la educación o para los alimentos una cantidad que pueda estimarse y sea en realidad excesiva. No cabe restringirla, a no perjudicarse las legítimas, ya que el testador puede dar a la porción libre de sus bienes el destino que le parezca».

(26) *Op. cit.*, pág. 331.

(27) Distinción ya aceptada en nuestra doctrina por DÍAZ CRUZ: *Op. cit.*, página 334, y ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 266; y en la doctrina italiana por CRISCUOLI: *Op. cit.*, pág. 151.

jurídicas tienen su valor propio e intrínseco, cualquiera que sea la calificación que se les haya dado, y siempre debe atenderse en materia testamentaria a la voluntad del *de cuius*, que nos parece se inclina más hacia la cantidad por él fijada que a la institución de los alimentos (28).

2) Que el testador, quiera, con la determinación de la suma alimenticia, establecer, para el tiempo en que el legado adquirirá relevancia jurídica externa *post mortem*, el índice del tenor de vida que deberá ser asegurado al legatario por todo el tiempo de duración de la relación: en este caso, no cabe duda que la suma indicada constituye una «cuantía demostrativa» y, específicamente, un índice de determinabilidad y no de determinación de la prestación alimenticia, en cuanto la suma será dirigida simplemente a fijar, con el tenor de vida del beneficiario, las condiciones de necesidad por las cuales él podrá solicitar los alimentos en orden a los cuales el montante de dichos alimentos podrá variar en más o en menos respecto a la suma originariamente establecida por el testador (29). La deuda de alimentos a cargo del gravado es ciertamente una deuda de valor y no una deuda monetaria. Y, en efecto, el legado de prestación periódica de una suma de dinero cuando haya sido dispuesta por el testador en función alimenticia, tiene ínsito el carácter de la mutabilidad, aunque la suma a prestarse haya sido determinada por el propio testador, debiéndose a tal determinación atribuir carácter meramente indicativo: por tanto, en dicha hipótesis se está en presencia de una deuda de valor que, como tal —salvo que el propio testador haya dispuesto lo contrario—, es susceptible de adecuación en dependencia del fenómeno de la inflación y de los consiguientes cambios que se registren en las condiciones del legatario y en las exigencias conexas a su sustentamiento (30).

La mayor dificultad se presenta a la hora de discernir cuándo la suma fijada por el testador es una «cuantía tasada» y cuándo será una fijación orientativa. La solución, ciertamente, vendrá dada por la interpretación de la voluntad del testador, pero en caso de duda, creo es preferible estimar se trata de cuantía tasada, fija e invariable (31) y, por consiguiente, calificarla de legado de renta o prestaciones periódicas.

(28) DÍAZ CRUZ: *Op. cit.*, pág. 332.

(29) CRISCUOLI: *Op. cit.*, pág. 151.

(30) CARAMAZZANA, G.: «Delle successioni testamentarie», en el *Commentario teorico-pratico al Codice Civile*, diretto da Vittorio DE MARTINO, Roma, 1973, página 394.

(31) Opinión ya defendida por ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 266.

B) CUANTÍA NO FIJADA

Veamos ahora el legado de alimentos en que el testador no fijó la cantidad. En este caso, a falta de fijación por el testador la ley señala los datos de que hay que partir para determinarla.

El artículo 879 del Código Civil en su tercer párrafo dispone que «si el testador no hubiese señalado cantidad para estos legados, se fijará según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia». Este párrafo nos fija los dos elementos de comparación para valorar la cuantía del legado, el «estado y condición del legatario» y el «importe de la herencia». Estos dos términos suponen trasladar a la materia del legado la misma idea que contempla el artículo 146 del Código Civil, al fijar la cuantía de los alimentos entre parientes, cuando establece que su cuantía «será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe» a tenor del artículo 142 del Código Civil.

Analicemos separadamente cada uno de estos dos términos:

1) *Estado y condición del legatario*

El hecho de existir comporta, por naturaleza, la satisfacción de algunas necesidades fundamentales, y la necesidad para el propio sujeto de procurarse, ante todo, los medios necesarios para el propio sustento. Piénsese en la necesidad de alimento que es esencial a todo organismo viviente, ninguno de los cuales podría sobrevivir sin estar suficientemente nutrido. Por otro lado, en un cierto nivel de civilización, son igualmente indispensables un techo, vestimenta adecuada, etc., en caso de enfermedad la correspondiente asistencia médico-sanitaria; si nos encontramos ante un menor es necesario proveer a su educación e instrucción.

Se trata, en suma, de necesidades elementales o primarias, cuya falta de satisfacción produce al sujeto graves y a veces irreparables perjuicios, destinados a repercutir fatalmente en la sociedad a la que pertenece (32).

Surge, pues, una neta distinción entre un grupo de necesidades, digamos «primarias», y otras innumerables y en vía de progresiva multiplicación que condicionan la vida del individuo. Ahora bien, en esta materia objeto de estudio ¿a qué tipo de necesidades entiende referirse el legislador?

La apreciación del estado de necesidad del legatario de alimentos dista mucho de ser una apreciación matemática y objetiva. La insuficien-

(32) PROVERA, G.: «Alimenti», en *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca. Libro primo: *Persone e famiglia*. Art. 433-448, Bologna, 1972, pág. 74.

cia de recursos del legatario está establecida por una comparación, no ya entre los recursos personales del propio legatario y una plataforma de recursos paralelamente establecidos —como establece la Ley de Enjuiciamiento Civil para la concesión del beneficio de justicia gratuita, por ejemplo, contrastando las condiciones económicas del solicitante, con la cuantía del salario mínimo interprofesional, según la reforma producida por Ley de 6 de agosto de 1984—, sino entre los recursos personales del legatario y sus necesidades personales. Cuando los recursos del individuo no le permiten hacer frente al conjunto de sus necesidades vitales, hay insuficiencia de recursos y estado de necesidad. La apreciación del estado de necesidad es entonces subjetiva.

No solamente se toman en consideración todas las necesidades del individuo, sino que estas necesidades son apreciadas en función de tal individuo. Un sujeto se encuentra en estado de necesidad, sea cuando carece de todo tipo de recursos, sea cuando dispone de medios que resulten insuficientes para satisfacer sus necesidades primarias. En el primer caso, el estado de necesidad coincide con el de su completa indigencia; en el segundo, por el contrario, será necesario un análisis detallado de la situación económica del que reclama los alimentos, comparado con la naturaleza y entidad de las necesidades que deben ser satisfechas.

El estado de necesidad, al ser algo relativo, los Tribunales toman en cuenta, en principio, la condición social del acreedor. No se trata de permitir a una persona mantener su categoría, sino solamente de satisfacer necesidades que se hacen sentir más de prisa cuando uno está habituado a un tren de vida más elevado (33).

Así pues, el estado de necesidad que se requiere en el legatario para que pueda ser acreedor a la pensión alimenticia, vendrá determinado por la comparación entre las necesidades de éste y los recursos propios para satisfacerlas.

(33) PELISSIER, J.: *Les obligations alimentaires*, París, 1961, pág. 162. No deja de resultar curioso —afirma Díez-PICAZO (*Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Madrid, 1982, págs. 55-56)— que en la redacción anual, tras las reformas de 1981, se haya suprimido el inciso final del primer párrafo del artículo 142, de acuerdo con el cual las prestaciones de alimentos se miden con el parámetro de la «posición social de la familia». Una primera impresión puede haber inducido a un poco reflexivo legislador reformista a pensar que el precepto consagra desigualdades sociales que pueden resultar irritantes. Lejos de eso, en nuestra opinión, la regla era y es igualitaria dentro del único marco en el que puede serlo, que es el de la familia. Significa que se participa por igual en el tren de vida o nivel de vida. El haberla suprimido es un error y se puede y se tiene que llegar a la misma conclusión partiendo de los postulados de la igualdad entre los cónyuges y de la protección integral de los hijos.

A los fines de valorar los recursos propios del legatario, deberán tenerse en consideración todos los bienes que le pertenecen y no sólo aquellos que tienen naturaleza de ingresos. En principio, todos los recursos del legatario, cualquiera que sea su origen y naturaleza, han de ser tomados en consideración. Ahora bien, no podemos ocultar la existencia de una corriente de opinión que estima que tratándose de necesidades primarias de naturaleza permanente, éstas sólo podrían ser satisfechas adecuadamente por quien dispone de ingresos de capital o trabajo adecuado a las necesidades mismas. Así, el legatario que es propietario de un capital improductivo podría siempre reclamar el legado de alimentos cuando no tenga suficientes ingresos.

Esta opinión ha de ser lógicamente rechazada. Aquél que tiene un capital improductivo no puede decirse que sea propiamente un necesitado. Veamos: de un lado, porque todo capital es, en cierta medida, idóneo a la producción de un rédito según el destino que le dé quien tiene el poder de disposición; de otro, porque aunque se admita que los réditos recibidos por el poseedor del capital sean en todo o en parte insuficientes para la satisfacción de las necesidades primarias, no por ello tendrá derecho sin más a los alimentos. En tal hipótesis se podrá seguramente afirmar que se encuentra en estado de necesidad, pero queda ahora por establecer si está o no en grado de proveer al propio mantenimiento (34). A fin de obtener la efectividad del legado de alimentos ha de exigirse que el legatario no sólo se encuentre en estado de necesidad, sino que, además, no esté en grado de proveer al propio mantenimiento (35).

Estar en grado de proveer al propio mantenimiento significa encontrarse en las condiciones idóneas al aprovisionamiento de medios de subsistencia; lo que se verifica en cierta medida en relación a quien dispone de bienes de cualquier especie, pero se verifica sobre todo en relación a quien, siendo capaz de desarrollar una actividad laboral retribuida, tendría concreta posibilidad de obtener de la actividad misma cuanto es necesario para vivir. En una estricta razón de justicia no sería lógico —en tema de alimentos legales, que la ley concediese a todo individuo— por el solo hecho de no querer proveerse por sus propios medios (capital, trabajo, etc.) de lo necesario para su subsistencia— la facultad de constreñir a determinadas personas —parientes— a proveerle gratuitamente de los medios indispensables para la satisfacción

(34) PROVERA, G.: *Op. cit.*, pág. 76.

(35) Como hace el Código Civil italiano —en tema de alimentos legales— en el artículo 438, al establecer que «los alimentos pueden ser exigidos sólo por quien se encuentra en estado de necesidad y no está en grado de proveer al propio mantenimiento».

de sus necesidades —y en caso de legado de alimentos, requerirlo del gravado—, cuando podría adquirirlos él mismo, desarrollando a esta finalidad una actividad laboral retribuida o dando un destino al capital a fin de obtener rendimientos (36).

En efecto, para evaluar los ingresos del legatario de alimentos, ha de tomarse en cuenta no sólo los ingresos efectivos, sino también aquellos que el necesitado podría obtener si quisiera. Así pues, la valoración del estado de necesidad se nos muestra más subjetiva si cabe.

Recordemos que, en concreto, por lo que se refiere al ejercicio de una actividad laboral retribuida, nuestro Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente —Sentencia de 9 de diciembre de 1972— que esa posibilidad de realizar una actividad remunerada no ha de entenderse como mera capacidad subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias —Sentencia de 31 de diciembre de 1942— y que no cesa la obligación alimenticia aunque el alimentista ejerza un oficio, profesión o industria, si por las condiciones de estrechez en que se ve obligado a vivir y la posición del gravado, estime el Tribunal que las necesidades del alimentista pueden y deben ser más holgadamente satisfechas —Sentencias de 27 de marzo de 1900, 15 de diciembre de 1942 y 24 de febrero de 1955, entre otras— (37).

Como ha señalado DORAL (38), puede ordenarse un legado de alimentos a pesar de que el alimentista ejerza una profesión, oficio o industria, o disfrute de rentas que rebasen el mínimo de lo constreñible el hecho de la subsistencia, siempre que tengan la función de satisfacer una necesidad vital.

Así, el que puede trabajar y rehúsa el trabajo no puede, en principio, reclamar del gravado el legado de alimentos. Es él quien debe subvenir, con su trabajo, a sus necesidades. Pero hay casos legítimos de rehúse al trabajo. Pertenece a los Tribunales apreciar la legitimidad manifiesta para el legatario de ejercer una actividad profesional. Es así en los casos de enfermedad, invalidez, accidente, etc. El legatario podrá entonces, sin dificultad, exigir una ayuda alimenticia. En otras hipótesis la im-

(36) La Sentencia de 29 de noviembre de 1958 afirmó que: «Considerando que la sentencia de instancia para denegar la concesión de los alimentos provisionales que la demandante, hoy recurrente, viene interesando de su padre natural, sienta las afirmaciones categóricas de que la solicitante no ha demostrado tener necesidad de los alimentos que reclama por hallarse en condiciones de bastarse por sí misma, dada su edad en orden a procurarse el sustento dedicándose al trabajo, lo que tampoco ha acreditado hacer...».

(37) En concreto, la Sentencia de 18 de diciembre de 1959 concedió alimentos en cuantía de 850 pesetas mensuales a la solicitante frente a su padre, a pesar de que disfrutaba de un sueldo de 12.000 pesetas anuales. Ella solicitaba 1.500 pesetas mensuales.

(38) *Op. cit.*, pág. 361, nota 99.

sibilidad de trabajar es menos cierta, y los Tribunales deberán considerar la situación personal del acreedor eventual.

Ahora bien —como ha señalado PELISSIER (39)—, no hay que exagerar este aspecto subjetivo. Algunos autores piensan que no se puede obligar al legatario a realizar cualquier trabajo. Habría que tomar en cuenta su condición social. En particular —añade el citado autor—, un acreedor alimentario no podría ser obligado a «realizar un trabajo para el que su adecuación y conveniencias sociales le hacen extraño». Habría así una dispensa de trabajo que resultaría de su rango social. Tal doctrina no puede ser aceptada. Las conveniencias sociales no pueden jugar hoy un papel tan relevante. Como afirma el citado autor francés, estamos en una «civilización de trabajo». Si una persona de rango social elevado no puede encontrar más que un empleo subalterno, eso prueba simplemente que sus capacidades de trabajo son reducidas. Eso no es más que una razón para permitirle vivir en la ociosidad. Toda persona debe trabajar y si ella lo rechaza, sin motivo válido, no puede exigir una ayuda alimentaria.

Por otro lado, debe considerarse en una situación de necesidad aquél que privado de todo y cualquier recurso, viva a expensas de la generosidad de otras personas, cuando ésta se traduzca simplemente en actos ocasionales de beneficencia. Del mismo modo, debe considerarse en estado de necesidad aquél que, siendo titular de créditos de distinta naturaleza, no puede, sin embargo, exigirlos ni realizarlos de otra manera al ser un deudor insolvente (40).

Cabe, por último, preguntarse si en la valoración del estado de necesidad se debe tomar en cuenta no sólo las exigencias de vida del sujeto que reclama los alimentos, sino también de las personas que por ley están a su cargo. En materia de legado de alimentos creemos que la solución ha de ser la afirmativa, es decir, la necesidad del legatario debe valorarse en la medida no tan sólo de sus necesidades personales, sino también de las de su familia (41), limitadamente al más estricto

(39) *Op. cit.*, pág. 166.

(40) PROVERA. G.: *Op. cit.*, pág. 79.

(41) Afirma la Sentencia de 1 de abril de 1960 que: «Considerando que cualquiera que sea el acierto que ha presidido la redacción del considerando aceptado por la Sala de apelación, que sirve de fundamento a la concesión de los alimentos definitivos, no debe ignorar el recurrente, como al parecer pretende, que quien los solicita lo hace para sí y para su hija menor de edad habida en el matrimonio con quien se ha acogido a este recurso; y al ser así no se puede prescindir de tal circunstancia para la fijación de los alimentos, lo hace el Tribunal *a quo* teniendo en cuenta la respectiva situación social y económica de las personas ligadas por la obligación, una vez establecido el hecho de la necesidad, como supuesto necesario para su concesión, de la que es secuela la proporcionalidad en la cuantía que ha fijado, tales cuestiones son de puro hecho no discutibles en casación...».

núcleo familiar, del cónyuge y de los hijos a su cargo, en cuanto que la necesidad de ellos es inseparable de la del legatario.

En tema de alimentos entre parientes —supuesto que no examinamos ahora— quizá la solución haya de ser diferente, pues, como ha señalado PROVERA (42), podría comportar una derogación inadmisibles del orden sucesivo de los obligados taxativamente fijado por la ley.

2) *Cuantía de la herencia*

Demostrado el estado de necesidad del legatario, como requisito y como medida de la prestación alimenticia, el artículo 879 en su párrafo 3.º nos establece el otro elemento comparativo para la fijación de la pensión, *el importe de la herencia*. En el siguiente párrafo 4.º, y al regular otro procedimiento de fijación de la cuantía, establece que «si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero u otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resultare en notable desproporción con la *cuantía de la herencia*». Ambas expresiones, *importe de la herencia* y *cuantía de la herencia*, tienen un mismo y único significado, que conviene concretar.

El artículo 879 en su párrafo 3.º establece un criterio de valoración consistente en la comparación de dos factores, «el estado y condición del legatario y el importe de la herencia». Así pues, establece para la fijación de la pensión un criterio análogo —aunque no exactamente igual— al señalado en el artículo 146 cuando dice que la pensión será proporcionada al caudal o medios de quien da los alimentos y a las necesidades de quien los recibe. La diferencia radica en que no es el caudal del heredero gravado con el pago del legado, sino el volumen de la herencia lo que habrá de tomarse como base para determinar el importe de la pensión (43).

Debemos analizar, en primer lugar, qué es lo que entiende el precepto del artículo 879 por la frase *importe de la herencia*, pues dicha frase es susceptible de muy diversas interpretaciones.

— Ante todo, el «importe de la herencia» puede ser considerado como el bruto de la herencia, es decir, como la cuantía del patrimonio hereditario considerada globalmente, o bien, como la cuantía líquida o saldo hereditario, una vez deducido del importe total el montante de la

(42) *Op. cit.*, pág. 79. «Si, por ejemplo —añade—, se admitiese que el padre está obligado a alimentar no sólo al hijo, sino también a la nuera, resultarían indebidamente exonerados los padres de ella que, a falta de descendientes, y no estando el esposo en grado de proveerla de lo necesario él mismo, deben intervenir en su ayuda primero que cualquier otro».

(43) OSSORIO MORALES, J.: *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 398.

deuda. En este punto es unánime la opinión, por ser de lógica elemental, que la herencia ha de entenderse como herencia líquida (44).

Si tomáramos en cuenta el bruto de la herencia se infringiría uno de los principios inspiradores de la doctrina de los alimentos contenidos en el artículo 146 (45), de que han de ser proporcionados al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, pues podría perfectamente darse el supuesto de una herencia bruta de valor 100, deudas por importe de 90 y líquido de 10, y, en este caso, conforme a ese desechado criterio, el gravado que recibiría un importe líquido de 10 vendría obligado a hacer frente al pago de una pensión calculada sobre el valor 100, lo que resultaría palmariamente injusto.

— Puede también ser considerado el «importe de la herencia» como importe líquido, deducidas las deudas, pero sin descontar los legados que estarían a cargo de ésta. Ciertamente tampoco sería aceptable este criterio por la misma razón que el supuesto anterior. Puede ocurrir que los legados a cargo de una herencia cuantiosa dejen reducida ésta a una cantidad irrisoria. Recordemos que en el orden de prelación de pago de los legados, conforme a la enumeración del artículo 887, antes que el de alimentos han de pagarse, si los bienes de la herencia no alcanzan para cubrir todos los legados: 1.º Los legados remuneratorios. 2.º Los legados de cosa cierta y determinada, que forme parte del caudal hereditario. 3.º Los legados que el testador haya declarado preferentes. Y 4.º Los de alimentos.

Así pues, podría ocurrir que sobre una herencia líquida de valor 100 algunos legados preferentes, a tenor del citado artículo 887, la dejaran reducida a 10 ó 15, debiendo el gravado con el legado de alimentos fijar una cuantía tomando como medida el valor 100, líquido de la herencia, a pesar de recibir sólo 10 ó 15, lo que sería absurdo.

— Cabe, igualmente, que la frase «importe» o «cuantía» de la herencia haga referencia al importe abstracto del haber hereditario, o bien, a la participación hereditaria aislada que recibe el gravado con el legado. Parece más correcto y equitativo el segundo sentido. Sin embargo, no ha faltado quien ha defendido la posición contraria.

Así, SCAEVOLA (46) estima que la frase «cuantía de la herencia» alude al importe del haber hereditario en general, no al de las participa-

(44) Ciertamente, estamos utilizando un concepto no muy técnico de «herencia» como conjunto de bienes recibidos, pero también es igualmente cierto que el propio Código en algunos preceptos utiliza un concepto «interesado» de herencia, así lo considera como porción de libre disposición en el artículo 841, o como conjunto de bienes dejados a una persona, en el artículo 992, por ejemplo.

(45) Posiblemente aplicable por la remisión del artículo 153.

(46) Q. MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, tomo XV, 4.ª ed., artículos 858 a 911, Madrid, 1945, págs. 383-384.

ciones aisladas concedidas a los que hayan de prestar los alimentos. El último párrafo del artículo 879 —afirma— parece escrito tanto para el caso en que no haya más que un partícipe o varios partícipes hereditarios, pero igualmente gravados todos con el pago de los alimentos, como para el en que hayan sido uno o varios los herederos o legatarios encargados de tal manda, quedando otros relevados de su pago. Es decir, la exageración de la cuantía alimenticia —concluye— podrá sólo compararse con el que resulte verdadero activo en el caudal relicto y no con la participación hereditaria señalada al que o a los que queden obligados a satisfacer los alimentos.

Ahora bien, este criterio no puede ser aceptado, porque puede darse el caso de que el testador haya gravado a un legatario con un legado de alimentos o sublegado, en cuyo supuesto tendríamos que el legatario gravado debería abonarle al sublegatario alimentos cuya cuantía se determinaría, no por el importe de la herencia por él recibida, sino por la cuantía de los bienes adjudicados a los herederos, que estarían ajenos a la obligación alimenticia. Por eso, y para evitar ese contrasentido, es preferible opinar que la cuantía de la pensión debe determinarse por el importe de la herencia líquida recibida por las personas obligadas a prestarlos (47).

— Por último, es posible interpretar la frase «cuantía de la herencia» no sólo como la parte de la misma líquida que corresponda al gravado con el legado, sino esa misma parte, pero deduciendo de la misma los derechos legitimarios del gravado, cuando sea éste heredero forzoso.

Que deba reducirse la «cuantía» o «importe» de la herencia a lo que corresponda fuera de la legítima, es decir, por sucesión voluntaria, parece lo más razonable, a juicio de ALBALADEJO (48). Ello —afirma— porque ciertamente es sólo de la parte libre de lo que el testador puede disponer

(47) DÍAZ CRUZ: *Op. cit.*, pág. 341. SCAEVOLA —*op. cit.*, pág. 385— estima en defensa de su tesis que, en todo caso, el heredero forzoso a quien se grave tendrá a su favor la disposición del artículo 813, defensora de su derecho a la inviolabilidad de la legítima, y la del artículo 824, que señalan los únicos gravámenes que pueden imponerse sobre la mejora, el heredero voluntario gravado, podrá invocar, haciendo uso del mismo, el derecho que le concede el artículo 1.010 para aceptar la herencia a beneficio de inventario; y el legatario a quien se imponga tal carga podrá siempre alegar la limitación que impone el artículo 858 (segundo párrafo), todos ellos del Código Civil.

(48) *Op. cit.*, pág. 269. Creo que tal punto de vista —añade el citado autor— es preferible a entender que, aunque no sea absurdo, con tal de que no viole la legítima, el testador pudo disponer un legado de educación o de alimentos calculado sobre el valor total de la herencia, incluida la parte que deba ir a los legitimarios, siempre que la pensión sobre el total de los bienes que deje no supere la parte de que puede disponer libremente. En conclusión, pienso que, salvo que conste voluntad de que la pensión se calcule con inclusión de la parte de la herencia que corresponda a los legitimarios, debe calcularse con omisión de ésta.

libremente a favor de no legitimarios, como lo sería el legatario de pensión de educación o alimentos que sea sucesor voluntario.

No nos parece aceptable esta última opinión en base a que el tan citado artículo 879 no permite una exclusión de la legítima a la hora de calcular la pensión.

Bien es verdad que el artículo 813 estima que «el testador no podrá privar a los herederos de su legítima, sino en los casos expresamente determinados por la ley», y que «tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo», pero esto no impide que para el cálculo de la cuantía del legado de alimentos se tome en cuenta todo lo que reciba el heredero, incluidos sus derechos legitimarios.

Si lo que se pretende con la anterior opinión es evitar que el heredero gravado con el legado de alimentos vea perjudicados sus derechos legitimarios al hacer frente al pago de la pensión, basta con que éste aceptase la herencia con beneficio de inventario, o se acogiese a la alternativa que le ofrece el artículo 820, 3.º, cuando dispone que «si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podría disponer libremente el testador».

No se entendería la disposición de este precepto, si para el cálculo de la pensión se excluyera la legítima.

Del mismo modo que en supuesto de sublegado, el legatario gravado tiene la limitación de responsabilidad que le otorga el artículo 858 (49), que sólo alcanzará hasta donde llegue el valor del legado, el heredero dispone de la protección de los artículos 1.010 y 1.023 (50), aceptando a beneficio de inventario, y si acepta pura y simplemente, responderá

(49) *Artículo 858 del Código Civil*: «El testador podrá gravar con mandas y legados no sólo a su heredero, sino también a los legatarios. Estos no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado».

(50) *Artículo 1.010 del Código Civil*: «Todo heredero puede aceptar la herencia a beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido.

También podrá pedir la formación de inventario antes de aceptar o repudiar la herencia, para deliberar sobre ese punto».

Artículo 1.023 del Código Civil: «El beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes:

1.º El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma.

2.º Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.

3.º No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenecen a la herencia».

con todos sus bienes de las cargas de la herencia —artículo 1.003— (51) y, por supuesto, también con los que hubiera recibido en pago de su legítima.

Si el legislador hubiera querido que no se tomara en cuenta la legítima, en vez de hablar en el artículo 879 de «importe» o «cuantía» de la herencia, hubiera hablado de «la parte de la misma que el testador hubiera podido disponer libremente».

C) CUANTÍA QUE VENÍA PRESTANDO EN VIDA EL TESTADOR

Además de los dos supuestos estudiados, en los que el testador bien fijó la cantidad que habría de prestarse o bien guardó silencio sobre tal extremo, limitándose a establecer un legado de alimentos de forma genérica, el último párrafo del artículo 879 nos ofrece un tercer procedimiento de determinación de la cuantía de la pensión alimenticia.

Según dicho párrafo 4.º: «Si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero u otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia».

Sin presentar, por lo demás, este criterio de determinación de la pensión especial complejidad, merece hacer al respecto ciertas precisiones.

En primer lugar, la costumbre del testador de dar en vida al legatario cierta cantidad de dinero u otras cosas por vía de alimentos, no exige que lo hiciera en cumplimiento de otra obligación de alimentos, contractual o legal. Puede ocurrir que el testador lo hiciese cumpliendo una obligación legal, o derivada de pacto, o bien en cumplimiento de una obligación natural o deber moral, etc..., sin que ninguna de estas circunstancias haya de tomarse en consideración.

En segundo lugar, que dándose el presupuesto anterior, la ley establece una presunción *iuris tantum* de que si se ordena un legado de alimentos ha querido legarse esa misma cantidad que se venía suministrando en vida al legatario.

Entendemos que la presunción establecida admite prueba en contrario, pues bien puede el testador hacer en su testamento ciertas consideraciones que hagan suponer que su voluntad es otra, bien en el sentido de aumentar la pensión que se venía pagando en vida, bien a disminuirla. Incluso, creo, deberían tomarse en consideración, a efectos

(51) Artículo 1.003: del Código Civil: «Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios».

de interpretación de la cláusula testamentaria, los actos que hicieran referencia al legado realizados por el testador con posterioridad al testamento (52).

Por otro lado, que la cantidad que ha de entenderse legada no resulte en «notable desproporción con la cuantía de la herencia» implica que la cuantía de la herencia no juega como factor de determinación de la pensión legada, sino como factor de limitación, y según la presunción del artículo 879, párrafo 4.º, es que se siga abonando la cantidad que él venía entregando en vida, por lo que para incumplir tal deseo del testador será necesario que haya una desproporción «notable» que justifique su variación. Ahora bien, cabe la duda de si la variación puede ser de más o de menos, es decir, de aumento o disminución, o sólo de disminución. Parece claro que si la herencia, por su escasa cuantía, no permite una pensión como la que venía prestándose en vida, ésta habrá de ser reducida; pero no está tan clara la solución en el caso contrario, esto es, si la cuantía de la herencia permitiría una «notable» elevación de la pensión (53). Nosotros creemos que en este párrafo 4.º del artículo 879 no hay razón que justifique la reducción de la pensión y no su posible elevación. Si la cuantía de la herencia permite, por su amplitud, una pensión más alta que la prestada en vida, y hubiera sido voluntad del testador que, a pesar de ello, ésta no aumentase, bien podría haberlo hecho constar en su testamento, prohibiendo toda elevación o poniendo un límite máximo.

Por último, respecto a lo que ha de entenderse por «cuantía de la herencia», nos remitimos a lo expuesto en el apartado anterior, por tener la misma significación.

(52) La jurisprudencia ha aceptado reiteradamente, para averiguar el contenido de las disposiciones por causa de muerte, el recurso a circunstancias externas al testamento, e incluso de tipo negativo, como la abstención del testador de modificar su testamento, habiéndose de apreciar todas las circunstancias del caso, para dar a las palabras el sentido que sea más conforme a la situación, ideas y hábitos del testador (Sentencias de 8 de julio de 1940, 3 de junio de 1942, 6 de diciembre de 1952 y 6 de noviembre de 1962, entre otras).

Véase sobre el tema de la interpretación de la voluntad testamentaria. JORDANO BAREA: *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, y CASTÁN VÁZQUEZ: «La interpretación del testamento en el Derecho común», en *R.D.P.*, 1973, pág. 281.

(53) MANRESA (*Comentarios al Código Civil español*, tomo VI, Madrid, 1898, páginas 621-622) estima que este artículo 879, párrafo cuarto, permite la reducción del legado, mas no consiente su ampliación. «La costumbre del testador —afirma— sirve de regla, y sólo se altera no cuando se vea que el alimentista necesita más, sino cuando se observa que la herencia no puede soportar ese gravamen, ya que con ella debe guardar proporción el legado de alimentos».

ALBALADEJO (*op. cit.*, pág. 268), por el contrario, cree que permitiendo la importancia de la herencia pensión más alta, habrá de marcarse cuantía mayor de la cifra que el testador daba en vida al legatario, pues no se trata de que la pensión haya de bajar si los medios de la herencia son escasos, pero que aunque sean abundantes no le permitan subir».

IX. RESPONSABILIDAD DEL GRAVADO

La necesidad del alimentista, generalmente, podrá ser satisfecha en medida más o menos amplia, según la situación económica de quien está obligado a la prestación. A este respecto, se ha dicho que mucho depende de la posición jurídica del gravado respecto de la herencia: si es legatario o heredero; y si es heredero puro y simple o heredero o beneficio de inventario. Tanto el legatario como el heredero a beneficio de inventario no responden de las cargas hereditarias más allá de cuanto les haya sido atribuido, y, consiguientemente, el débito alimentario podrá ser cumplido dentro de los límites de la cantidad recibida. Se ha afirmado acertadamente (54) que, en tema de legado de alimentos, si el gravado acepta la herencia con beneficio de inventario, para establecer el montante de los alimentos no se deben tomar en cuenta las condiciones económicas del gravado, sino la cuantía de la herencia. Tal principio vale también para el caso del sublegado de alimentos, tomándose en cuenta, en este caso, la cuantía del legado.

Si, por el contrario, el gravado es un heredero puro y simple, podrá discutirse si estará obligado a la prestación alimenticia en proporción a sus posibilidades económicas, confundidas ahora con la herencia.

Veamos cada uno de los posibles supuestos.

A) HEREDERO ACEPTANTE PURA Y SIMPLEMENTE

A tenor del artículo 1.003 del Código Civil: «Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios». Esto es, el heredero que acepta pura y simplemente responderá incluso con su propio patrimonio del pago del legado de alimentos, consecuencia de la confusión de su patrimonio con lo recibido por herencia en virtud de tal aceptación.

Ahora bien, esta confusión de patrimonios, a efectos de responsabilidad, no lo es a efectos de calcular la pensión alimenticia. Esta no ha de calcularse sobre «el caudal o medios de quien los da» (art. 146 del Código Civil), constituidos por el íntegro patrimonio del gravado, tal y como resulta después del incremento recibido por efecto de la adqui-

(54) CARAMAZZANA, G.: «Delle successioni testamentarie», en el *Commentario teorico-pratico al Codice civile*, diretto da Vittorio de Martino, Roma, 1973, página 393, que cita la Rs. Trib. Napoli de 18 de enero de 1966.

sición de la herencia (55), sino sobre el «importe» o «cuantía» de la herencia (art. 879, 3 y 4). La diferencia, pues, de cálculo de la pensión en los alimentos, radica en que no es el caudal del heredero gravado con el pago del legado, sino el volumen de la herencia, lo que habrá de tomarse como base para determinar el importe de la pensión. Importe que puede ser modificado con el transcurso del tiempo, si se alteran aquellos factores que sirvieron para fijarlo, o más bien el de las necesidades del legatario alimentista, pues el importe de la herencia, tenido en cuenta al señalarse la pensión, será ya invariable (56).

Así pues, determinada la cantidad a prestarse por el gravado, atendiendo a los dos extremos dichos —necesidad del legatario y cuantía de la herencia—, el heredero vendrá obligado a su pago mientras viva el legatario (57) —y, por supuesto, subsista en éste la necesidad—, aunque su importe en cómputo total exceda de los bienes recibidos por herencia y, por consiguiente, dicho pago sea a cargo de sus bienes propios.

La necesidad del legatario operará como límite máximo del alcance de la prestación, mientras que la cuantía o importe de la herencia operará como límite reductor de la cuantía. Esto es, si la necesidad importa para su completa satisfacción una prestación de valor 10, y la cuantía o importe de los bienes recibidos por herencia indican una capacidad contributiva de 500, la prestación quedará establecida en 10, pero si la cuantía de la herencia indica sólo una capacidad contributiva de 25, ciertamente la pensión no será de valor 10, sino uno proporcional.

Ahora bien, cualquiera que sea el valor que se fije, el heredero aceptante pura y simplemente responderá de su pago incluso con su propio patrimonio.

La pensión podrá aumentar o disminuir según fluctúen las necesidades del legatario, pues la cuantía de la herencia permanecerá inmutable,

(55) Esta categoría es la vigente en el Derecho italiano. Según el artículo 660 del Codice Civile: «El legado de alimentos a favor de cualquiera que sea hecho comprende los suministros indicados en el artículo 438, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa». Y el artículo 438, a los fines de la determinación de la medida de los alimentos, prescribe que se deben tener en cuenta «las condiciones económicas de quien debe suministrarlos». Véase sobre el cálculo del legado de alimentos en el Derecho italiano, GANGI: *I legati nel Diritto Civile Italiano*, Padova, 1933. NAPOLI: «La successioni testamentarie (arts. 624-712 del Codice Civile)», en la *Giurisprudencia sistematica di Diritto civile e commerciale*, a cura di M. Bianca, Torino, 1983. CARAMAZZANA, G.: *Op. cit.* SARGENTI: «Legato di alimenti e legato di prestazione periodiche», *Foro pad.*, 1950, I, pág. 289. MASÍ: «Legati (artículos 649-673)», en *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Biondi, Bologna, 1979.

(56) OSSORIO MORALES: *Op. cit.*, pág. 398.

(57) Artículo 879, párrafo segundo, del Código Civil: «El de alimentos dura mientras viva el legatario, si el testador no dispone otra cosa».

quedando como un baremo de valoración que se estableció inicialmente, pues luego, por virtud de la aceptación, se confunde con el patrimonio del heredero.

DÍAZ CRUZ (58) entiende que si la cuantía de la herencia del obligado a prestar los alimentos no es suficiente para que se pueda señalar una cantidad capaz de satisfacer las necesidades a que se contrae el derecho de alimentos, pero el gravado sí que tenga bienes propios para satisfacer dicha necesidad, éste vendrá obligado a su pago, ya que si bien los bienes de la herencia no son suficientes para satisfacer los alimentos, al producirse la aceptación de la misma por aquellos obligados a prestarlos y crearse la confusión de patrimonios, resulta evidente que dichos obligados se encuentran capacitados para cumplir el legado, solución que se encuentra perfectamente en armonía con los principios directrices del legado de alimentos.

Tal opinión no nos parece defendible, porque una cosa es que el patrimonio propio del gravado responda, a tenor del artículo 1.003, del pago del legado una vez determinada su cuantía, aunque hayan podido agotarse los bienes hereditarios, y otra muy distinta es que dicho patrimonio del gravado se tome en cuenta para fijar la cuantía y, por lo tanto, si la cuantía fue cero y la eficacia del legado fue nula, no se puede pretender que el patrimonio del gravado asuma el pago de un legado sin objeto.

Supuesto del heredero legitimario y la opción del artículo 820, 3.º, del Código Civil

Al tratar de la interpretación del término «cuantía» o «importe» de la herencia, afirmábamos, en contra de cierta corriente de opinión (59), que no había de descontarse de su montante la parte de legítima que correspondiera al gravado, cuando éste fuera legitimario, y lo razonábamos, entre otras cosas, aludiendo a la posibilidad de aceptar la herencia a beneficio de inventario o a la opción que ofrece el párrafo 3.º del artículo 820, como medios de protección del heredero.

El artículo 820, 3.º, establece que «si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador».

La incardinación de esta norma es un tanto extraña, porque aparentemente no guarda ninguna relación con el problema que plantea la reducción de liberalidades, materia ésta regulada en los otros dos párrafos

(58) *Op. cit.*, págs. 342-343.

(59) La defendida por ALBALADEJO en *op. cit.*, pág. 269.

del artículo 820. En efecto, aquí no se dice que la porción del legado de usufructo o renta vitalicia que exceda de la cuota disponible habrá de reducirse, sino que precisamente se deja a los herederos forzosos la elección, consistente entre cumplir por entero lo ordenado por el testador o bien proceder a una conmutación del objeto del legado (60).

Entre las diversas cuestiones que la redacción de este precepto suscita figura la de si debe o no comprenderse dentro del supuesto un legado de rentas alimenticias.

Los autores que se han ocupado del tema optan por la afirmativa. Lo dispuesto para el legado de usufructo o de renta vitalicia es aplicable, en otros casos de gravamen, concretamente, los derechos de uso y habitación, caracterizados también por su temporalidad vitalicia y su difícil valoración, y asimismo parecen comprendidos en la ratio del precepto, las rentas alimenticias, todavía más inciertas, dice PUIG BRUTAU (61), y más difícil, por tanto, de valorar que la incertidumbre que afecta a la renta vitalicia (62).

En efecto, ante la cuestión de la posible aplicación de este artículo 820, 3.º, al legado de alimentos, la respuesta ha de ser la afirmativa, ya que se dan las mismas dificultades para la reducción de este tipo de legados que el de usufructo o renta vitalicia, y las mismas causas que aconsejan el artículo 820, 3.º.

Pues bien, la responsabilidad del heredero forzoso se extiende a todo su patrimonio, por supuesto, incluida su legítima, frente al pago de alimentos, y, por consiguiente, responderá sin limitación. Para evitar este riesgo podrá acogerse a la opción que le ofrece este artículo 820, 3.º, pues lo que precisamente trata de evitar el precepto es que el legado de alimentos tenga que ser valorado, dadas las dificultades de su valoración y deja a la libre determinación del heredero la elección de lo que mejor le convenga.

B) HEREDERO ACEPTANTE A BENEFICIO DE INVENTARIO

Para la doctrina dominante, nuestro Derecho acepta, como regla general, la de la confusión inmediata de los patrimonios del causante y

(60) GULLÓN BALLESTEROS: «El párrafo 3.º del artículo 820 del Código Civil», en *A.D.C.*, 1961, pág. 875.

(61) *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. 3.º, 3.ª ed., Barcelona, 1983, página 148. En el mismo sentido, VALLET DE GOYTISOLO: «La opción legal del legatario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible», en *A.D.C.*, 1962, pág. 603, y en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XI, artículos 806 a 857, Madrid, 1978, páginas 268-269.

(62) DORAL: *Op. cit.*, pág. 376.

heredero y la responsabilidad ilimitada de éste por las deudas de la herencia; además, extiende tal responsabilidad a los legados. De este modo, una sucesión en la que las deudas o los legados ordenados por el testador superen el valor de los bienes relictos, puede ser ruinosa para el heredero, que tendrá que pagar el exceso a costa de su propio patrimonio.

Para evitar este inconveniente se introduce el beneficio de inventario, creación romana, mediante el cual, el aceptante, sin dejar de ser heredero, limita su responsabilidad a los bienes existentes en la herencia si los inventaría en debida forma y dentro de determinados plazos, conservándose, entonces, una cierta independencia entre los patrimonios del causante y sucesor, gobernados ambos con cierta autonomía, gravado cada uno con responsabilidades propias y fingiéndose subsistentes las relaciones entre ambos, pese a confundirse en una misma persona sus términos activo y pasivo (63).

En nuestro Derecho se regula tal beneficio en los artículos 1.010 y siguientes, y, en particular, en cuanto a la responsabilidad del heredero, el artículo 1.023 establece: «El beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes:

1.º El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia, sino hasta donde alcancen los bienes de la misma.

2.º Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.

3.º No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia».

Pues bien, por lo que afecta al legado de alimentos que viene obligado a pagar el heredero aceptante a beneficio de inventario, éste sólo vendrá obligado a su pago mientras alcancen para ello los bienes que recibió.

Ahora bien, dado que el pago de la pensión de los alimentos puede tener larga duración, atendiendo a que, según el artículo 879, 2.º, el legado de alimentos dura mientras viva el legatario si el testador no dispone otra cosa, y, claro está, mientras subsista la necesidad, el patrimonio que recibe el heredero aceptante a beneficio de inventario no habrá de considerarse en su valor congelado al momento de la aceptación. Quiere esto decir que si el patrimonio hereditario es productivo, las rentas o réditos producidos incrementarán éste, y todo el valor del

(63) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil, V: Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1981, pág. 90.

conjunto será el que habrá de tenerse en cuenta para la valoración de la pensión y como límite de la responsabilidad del heredero.

C) LEGATARIO GRAVADO CON LEGADO DE ALIMENTOS

—«SUBLEGADO»—

A tenor del artículo 858 del Código Civil: «El testador podrá gravar con mandas y legados no sólo a su heredero, sino también a los legatarios.

Estos no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado».

El punto central que se presta a duda en este texto es el de si el legatario gravado (que, desde luego, no responde ilimitadamente, como respondería el heredero que hubiese aceptado la herencia pura y simplemente) responde como respondería si fuese un heredero aceptante a beneficio de inventario (art. 1.023, 1.º) «hasta donde alcance el valor del legado» (64).

En opinión de ALBALADEJO (65), desde un punto de vista puramente

(64) Véase, al respecto, MOLLEDA: «Legado de renta vitalicia y legado a cargo del legatario», en *R.D.E.A.*, 1959, págs. 1059 y ss., y DE SIMONE: «Il legato a cargo del legatario», en *Riv. Dir. Civ.*, 1956, págs. 96 y ss.

(65) *Op. cit.*, pág. 16.

Artículo 143: «Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:

1.º Los cónyuges.

2.º Los ascendientes y descendientes.

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación».

Ciertamente la reciprocidad no es característica propia de las obligaciones alimenticias provenientes de legado. Aquí no nos encontramos ante obligaciones de alimentos resultantes de relaciones de parentesco. Aquí la relación es sucesoria entre testador y legatario, con independencia de que, en su caso, testador y legatario pudieran ser familiares. Los alimentos pueden clasificarse —dice SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, tomo V, vol. 2.º, Derecho de Familia, Madrid, 1912, pág. 1226)— en familiares o legales y patrimoniales o voluntarios (convencionales, testamentarios o fundacionales) y judiciales (definitivos o provisionales).

De los primeros es de los que aquí se trata, regulados por las leyes civiles, con carácter recíproco entre cónyuges, entre padres e hijos y entre ciertos parientes, como asunto comprendido en las instituciones familiares. Los segundos constituyen un derecho patrimonial, que se regula por los principios y reglas del contrato, de la sucesión *mortis causa* o de la fundación. Los terceros nacen por la decisión de los Tribunales, dictada en un procedimiento judicial...

Artículo 144: «La reclamación de alimentos, cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos, se hará por el orden siguiente:

1.º El cónyuge.

2.º A los descendientes del grado más próximo.

3.º A los ascendientes, también de grado próximo.

racional, parece que, puesto que la razón es la misma, a la responsabilidad del legatario por el legado con el que se le grave, habría que aplicarle el mismo criterio que a la del caso en que el gravado con el legado fuese heredero aceptante a beneficio de inventario.

X. LA APLICACION DE LA NORMATIVA DE LOS ALIMENTOS LEGALES AL LEGADO DE ALIMENTOS.—EXAMEN DEL ARTICULO 153 DEL CODIGO CIVIL

La escasa regulación del legado de alimentos en el artículo 879 del Código Civil dejaba muchas lagunas y muchos problemas sin resolver en esta materia. Para completar esta normativa, entre otras cosas, se dictó el artículo 153 del Código Civil, que hace aplicables al legado de alimentos las normas establecidas en los artículos 142 a 154 del Código Civil para los alimentos entre parientes.

«Las disposiciones que preceden —dice el artículo 153 del Código Civil— son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate».

Este precepto no es, como podría pensarse después de una primera lectura, la panacea que resuelve todos los problemas del legado de alimentos. Este precepto, sin negarle su mérito y utilidad, plantea, sin embargo, diversos problemas, tales como: ¿se trata de una regla de analogía?, ¿en qué medida son aplicables estas normas al legado de alimentos?, ¿son aplicables como supletorias, como integradoras de la voluntad o como límite de la autonomía de la voluntad del testador?, ¿son aplicables todos los preceptos contenidos en los artículos 142 a 152 del Código Civil?, etc.

Tales interrogantes no pueden obtener una solución unitaria, por lo que se hace preciso analizar, siquiera muy brevemente, cada uno de tales artículos.

4.º A los hermanos, pero estando obligados en último lugar los que sólo sean uterinos o consanguíneos.

Entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a alimentos».

Este artículo, directamente relacionado con el anterior, no puede ser de aplicación. El legatario reclamará su pensión alimenticia del o de los herederos gravados, sin que en caso de ser varios haya de proceder conforme al orden previsto en este artículo. Siendo varios los obligados se procederá en la forma que prevé el artículo 145.

Artículo 142: «Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo».

Este artículo 142, como definidor de los alimentos, ciertamente ha de ser aplicado en materia de legados. Ha de prestarse al legatario todo lo necesario para su sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación, en su caso. Este precepto, sin embargo, no limita las facultades del testador de ampliar o reducir el contenido del legado y establecer las modificaciones que, en cuanto a su objeto, estime convenientes.

Por lo que hace referencia al segundo párrafo de este artículo, el volumen de los alimentos legados será el de los amplios —los previstos en el artículo 142—, a salvo de disposición en contrario del testador. Y aún en el supuesto de ser el legatario hermano del testador no será de aplicación este artículo 143, salvo que se demuestre haber sido esa la voluntad del causante.

Artículo 145: «Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellos el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo.

Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar a una sola de ellas a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda.

Cuando dos o más alimentistas reclamaran a la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente a darlos, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender a todos, se guardará el orden establecido en el artículo anterior, a no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido a aquél».

En cuanto al párrafo primero —sin ser un principio contrario a la materia de los legados—, no ha de ser aplicable, por cuanto en materia de sucesiones existen normas reguladoras de la responsabilidad por legados cuando son varios los gravados (65). Así, el segundo párrafo del

(65) Sentencia de 2 de diciembre de 1983: «(.) o que igual suerte que los anteriores debe correr el quinto y último motivo, en el que se acusa la violación de los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil al condenar a los recurrentes al abono de una prestación alimenticia conjunta sin fijar la proporción en que cada uno de ellos debe contribuir, pues con independencia de que nada existe en el

artículo 859 ordena que si el testador no gravare con el legado a ningún heredero en particular «quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos». Así pues, la responsabilidad para el pago del legado de alimentos se repartirá entre los gravados proporcionalmente a la «cuantía de la herencia» que recibe cada uno.

En cuanto al párrafo segundo, creemos —a sabiendas de lo dudoso de la cuestión (66)— que será aplicable al legado de alimentos, pues si el fundamento de la potestad del Juez de imponer a uno de los obligados el pago provisional de la pensión alimenticia, obedece a evitar que por falta de acuerdo de los obligados, por la duración de los pleitos entre ellos, etc., pueda el alimentista sufrir un perjuicio, a veces, irreparable, el mismo fundamento lo encontramos en el legado de alimentos, puesto tanto éste como la obligación de alimentos entre parientes tienen la finalidad de proveer a una persona de los medios imprescindibles para la subsistencia, lo que requiere que se presten inmediatamente, aunque sea de forma provisional (67).

Respecto al tercer párrafo, creo que no es de aplicación, pues parece más conforme con las reglas de prelación entre los legados del artículo 887, especialmente su número 6, y el precepto del artículo 1.031 que los legatarios de alimentos cobren a prorrata, es decir, en proporción a su necesidad, y no en cuanto al orden de este artículo 145, pues nos

fallo de la sentencia de primera instancia, confirmada por el de la Audiencia, que permite afirmar, frente a la presunción de dichos preceptos, que los recurrentes fuesen condenados solidariamente al pago de la pensión, y con independencia, igualmente, de que frente a las alegaciones del recurso el artículo 147 prevé el aumento o disminución proporcional de los alimentos según aumenten o disminuyan las necesidades del alimentista y la fortuna de los que hubiesen de satisfacerlos, lo que sería suficiente para rechazar el motivo, no puede olvidarse que en materia de casación es fundamental que los recursos que se interpongan por infracción de ley o de doctrina legal han de referir sus alegaciones y razonamientos a lo que en el pleito se haya debatido, sin que sea lícito proponer cuestiones que no lo hayan sido oportunamente, y en el caso de litis nada se invocó en ninguna de las instancias respecto a la cuestión en este motivo planteada».

(66) En sentido contrario a la aplicación parece inclinarse la Sentencia de 4 de julio de 1974, que declara que el precepto del artículo 145 no entra en juego cuando no se trata de alimentos legales. En el mismo sentido, ALBALADEJO: *Op. cit.*, página 272, y MASI: *Op. cit.*, pág. 99, entre otros. A favor de tal aplicación, DÍAZ CRUZ: *Op. cit.*, pág. 347; NAPOLI: *Op. cit.*, pág. 269, y AZZARITI-MARTÍNEZ: *Op. cit.*, pág. 495.

(67) Quizá por ello la Sentencia de 7 de julio de 1984 considera procedimiento adecuado para la reclamación del legado de alimentos el juicio de alimentos provisionales.

Artículo 146: «La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe».

Ciertamente este artículo es aplicable en relación lógicamente con el artículo 879, 3.º, por lo que «el caudal o medios de quien los da» del artículo 146 habrá de ser sustituido por «el importe de la herencia», según afirma el artículo 879, 3.º

encontramos en este supuesto dentro del derecho sucesorio y no en el ámbito de las relaciones familiares.

Artículo 147: «Los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiera de satisfacerlos».

La regla contenida en este precepto es de indudable aplicación. La cuantía de la pensión alimenticia podrá sufrir alteración a lo largo de su vigencia.

Ahora bien, los baremos a tomar en cuenta para determinar la alteración no serán los previstos en este artículo.

Ciertamente la variación de la necesidad del legatario provocará el aumento o disminución de la pensión, salvo que se trate de legado en el que el testador haya fijado la pensión «taxativamente», pues en tal caso la cuantía fijada sería inalterable. Pero, como hemos defendido anteriormente, en tal supuesto no puede pensarse en un verdadero legado de alimentos, pues la variabilidad de la cuantía de la prestación es característica de éste.

En este punto será de aplicación toda la doctrina jurisprudencial sobre este artículo 147, respecto a la influencia de la devolución del poder adquisitivo de la moneda, consecuencia del fenómeno inflacionista (68).

Lo que no puede tomarse en consideración para fijar la variación sobre este artículo 147, respecto a la influencia de la devaluación del carga que el sucesor obligado asumió, y cuya valoración se hizo teniendo

(68) Sentencia del 14 de febrero de 1976: «Que la devaluación del poder adquisitivo de la moneda, como consecuencia de la inflación del coste de la vida, no puede menos de ser incluida entre las causas que deban tenerse en cuenta por los Tribunales para producir la elevación de las pensiones a que se refiere el artículo 147 del Código Civil, porque al indicarse en éste que tal hecho dependerá del 'aumento que sufran las necesidades del alimentista', no es posible interpretar la frase entrecomillada en un sentido literal y estricto, sino también en relación con sus antecedentes históricos y legislativos y realidad del tiempo en que el precepto ha de ser aplicado, con atención especial a su espíritu y finalidad, según expresamente se hace constar en el artículo 3, número 1, de dicho Cuerpo legal, tal como quedó redactado por Decreto de 31 de mayo de 1974 al desarrollar la Base 2.ª, número 1, de la Ley de 17 de marzo de 1973, y siendo ello así, es evidente que al consistir la deuda alimenticia en lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica de la persona que deba percibirla, en atención al rango y posición social de la familia —art. 142 y Sentencias de 2 de diciembre de 1911, 15 de diciembre de 1942 y 11 de abril de 1946—, la *ratio legis* del artículo 147 no se cumpliría de no actualizarse el *quantum* de la pensión en armonía con la erosión que el dinero hubiera sufrido, puesto que de otra forma se obligaría al alimentista a disminuir, reducir o dejar de atender alguna de ellas, rebajando su condición social sobre todo cuando la materia objeto de este estudio no debe ser interpretada restrictivamente».

en cuenta los bienes que «efectivamente» recibió —cuyo valor es inalterable— y debe pagarla incluso con sus propios bienes y sólo tiene los límites del beneficio de inventario y la protección del artículo 858, 2.º, si el gravado es a su vez legatario.

Artículo 148: «La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.

Se verificará el pago por meses anticipados y, cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente.

El Juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una Entidad pública u otra persona, y proveer a las futuras necesidades».

Partiendo de la premisa de que es necesario el estado de necesidad en el legatario para que pueda tener virtualidad el legado de alimentos, esta necesidad puede manifestarse en tres momentos diferentes:

— En la fecha de otorgamiento del testamento: En esta fecha no importa que el legatario haya tenido o no la necesidad de los alimentos, porque, precisamente, por ser éstos necesariamente cambiables, no se puede tomar en consideración una época anterior a la fecha en que surge la pensión alimenticia (69).

— Si la necesidad se produce o existe a la fecha de la muerte del testador, el legatario tendrá derecho a percibir la pensión desde ese momento.

— Produciéndose la necesidad en cualquier momento después del fallecimiento del testador, podrá el legatario reclamar del sucesor gravado los alimentos, pero, como dice este artículo 148, no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.

Las formas de pago previstas en el segundo párrafo de este artículo 148, así como la exención a los herederos del alimentista fallecido de la obligación de devolver lo que éste hubiera recibido anticipadamente, son aplicables al legado de alimentos, sin perjuicio de que tal normativa pueda ser modificada por el testador, en virtud de la libertad que le concede el artículo 153.

Contra la aplicación de este artículo 148 se han esgrimido dos antiguas Sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1900 y 13 de diciembre del mismo año, pretendiendo que la primera

(69) DÍAZ CRUZ: *Op. cit.*, pág. 346.

declaró inaplicable el artículo 148, 1.º, si no se trata de alimentos legales entre parientes, y la siguiente que en los alimentos procedentes de testamento hay derecho a las pensiones desde la muerte del causante. Pero, ciertamente, no podemos, en propio o contrario interés, recoger sólo fragmentos de una sentencia, olvidando el conjunto de la misma, que es lo que verdaderamente nos dará su contenido.

La Sentencia de 15 de noviembre de 1900 lo que verdaderamente declara es que es inaplicable el artículo 148 cuando no se trata de la prestación de alimentos entre parientes legalmente obligados a suministrarlos, sino del cumplimiento de un contrato a cuyas cláusulas hay que atenerse para resolver las cuestiones que se originen. Y la del 13 de diciembre de 1900 sienta que pueden reclamarse pensiones alimenticias atrasadas cuando el derecho a percibir las arranca de testamento o fundación, de pacto o de previa resolución judicial; ordinaria ésta aplicable al supuesto de fijación taxativa de la cuantía de la pensión por el testador, pues caemos en el ámbito del artículo 880 (70).

Artículo 149: «El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos».

No hay razón alguna que se oponga a la aplicación de este artículo en sede de legado de alimentos, cuando el testador no le haya limitado este derecho de elección al gravado con el legado (71).

(70) *Artículo 880:* «Legada una pensión periódica o cierta cantidad anual, mensual o semanal, el legatario podrá exigir la del primer período así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar a la devolución aunque el legatario muera antes que termine el período comenzado».

(71) En legado de alimentos, la facultad de elección concedida al gravado estará limitada por las mismas circunstancias que ha tenido en cuenta la jurisprudencia para efectuar dicha limitación en los alimentos legales. Sentencia de 13 de noviembre de 1929: «El artículo 149 del Código Civil concede al que se halle obligado a prestar alimentos a un pariente el derecho de opción entre pagarle la pensión fijada o recibirla para mantenerle en su propia casa, derecho de opción que se inspira, de una parte, en el laudable propósito de evitar las complicaciones que podría originar la convivencia en ciertos casos del alimentista con el alimentante, y de otra, en la necesidad de hacer menos gravosa la obligación, que hasta podría ser, de otra forma, imposible de prestar, atendida la situación económica en que se hallase el obligado; mas como la rigurosa e inflexible aplicación del precepto pudiese también erigirse en medio de eludir el cumplimiento del correspondiente deber legal, ha venido la jurisprudencia a templar las consecuencias del precepto interpretándolo siempre con moderada parsimonia y sin declarar otras excepciones que las que se alegan como fundadas en circunstancias bastantes poderosas de un orden moral o legal que hiciesen peligrosa o perjudicial para alguno de los dos la coexistencia en la misma casa del alimentista con el alimentante o su familia». Sentencia de 21 de diciembre de 1953: «El derecho de opción que el artículo 149 del Código Civil concede no es en absoluto inflexible, sino que se halla subordinado a la condición de que no exista estorbo alguno, ni legal, ni mo-

Ahora bien, si el testador estableció la cuantía de la pensión, siquiera de una manera demostrativa o indicativa, el legatario ostentará el derecho de exigir el pago en metálico. Del mismo modo, si el testador ordenó la prestación de los alimentos en convivencia, habrá que excluir la opción que concede este artículo 149.

Artículo 150: «La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme».

Este precepto no puede ser aplicado en tema de legado de alimentos.

La muerte del gravado no es típica de extinción, sólo determina la cesación de las obligaciones alimentarias *ex lege*. De hecho, a pesar de la fórmula de este artículo 150, que, sancionando genéricamente la extinción de la obligación alimenticia por muerte del gravado, parece poner un principio de alcance general para toda especie de relación alimentaria, no cabe duda, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que la norma afecta sólo a las obligaciones legales, las cuales son estrictamente personales, surgiendo en el deudor en consideración exclusiva al vínculo que le liga con el acreedor. Así pues, la obligación nacida del legado de alimentos no se extingue con la muerte del gravado, sino que se transmite a sus herederos, que deberán seguir proporcionándolos al legatario hasta el fallecimiento de éste.

Artículo 151: «No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista debe al que ha de prestarlos.

Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas».

ral, para que el alimentista se traslade a casa del obligado y reciba en ella el conjunto de socorros comprendidos en el concepto legal de alimentos». Y últimamente la Sentencia de 2 de diciembre de 1983: «El motivo cuarto denuncia la violación del artículo 149 del Código Civil al negarse a los abuelos paternos el derecho de opción que el mencionado precepto les otorga de pagar la pensión o de percibir y mantener en su propia casa a los nietos menores, motivo cuya inviabilidad es evidente, no sólo porque, como dice la sentencia de la Audiencia, no se solicitó en tiempo procesal oportuno decisión judicial al respecto, ni por los obstáculos de orden moral como serían la dispersión de la familia al pasar unos hermanos al cuidado de los abuelos, ni de orden legal, ya que en caso de concurrencia entre el citado derecho de opción y el derecho-deber que para la madre se deriva de la patria potestad de tenerlos en su compañía para cumplir las funciones que el artículo 154 del propio Código le asigna, debe darse preferencia a éste sobre aquél, sino además porque dada la edad de los recurrentes —octogenario y septugenaria, respectivamente— difícilmente podrían cumplir respecto a los nietos la totalidad de los deberes que se comprenden en el amplio concepto de alimentos».

Realmente se presenta dudosa la aplicación de este precepto al legado de alimentos.

Los comentaristas no se han puesto de acuerdo sobre la extensión analógica de este precepto a los alimentos convencionales o testamentarios. Así, hay quien estima (72) que los alimentos legados son irrenunciables, intransmisibles, incompensables, imprescriptibles, etc., es decir, en general, indisponibles, a tenor de este artículo 151. Se basa ello en que: por un lado, si no tiene otra fuente de ingresos para proporcionarle medios, permitirle renunciarlos sería como permitirle renunciar a su derecho a la vida; y, por otro lado, en que, pudiendo obtenerlos del gravado con el legado, permitirle renunciarlos, y que, necesitándolos, pudiese pedirlos a un pariente suyo con obligación de alimentos, sería tolerar la renuncia a un derecho en perjuicio de tercero, prohibido por el artículo 6, 2.º, del Código Civil.

Por el contrario, otros entienden (73) que respecto de cualquier persona no comprendida en el artículo 143, pueden convenirse con entera libertad cuantas condiciones deseen los interesados, siempre que no sean contrarias a la moral y buenas costumbres, ya que las prohibiciones del artículo 151 atañen única y exclusivamente al derecho de alimentos por ministerio de la ley (74).

A nuestro juicio, hay que seguir un criterio restrictivo, como parece indicar la jurisprudencia. Así, la Sentencia de 10 de noviembre de 1984 ha estimado que los artículos 151 y 1.814 del Código Civil se refieren exclusivamente a los alimentos que deben darse entre parientes y no a las cantidades que el perceptor aplique a su alimentación nacidas de cualquier clase de donación o pensiones, que por no tener su fundamento en los deberes de familia, no pueden asimilarse a aquéllas; y lo confirma la de 2 de mayo de 1967, al establecer que los alimentos entre parientes se caracterizan, dentro del terreno sustantivo, por no ser susceptible el derecho a los alimentos futuros de transacción y compromiso, así como la de 14 de febrero de 1976 al declarar que los pactos sobre la pensión alimenticia y su cuantía, permitidos por el artículo 153,

(72) ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 273.

(73) Q. MUCIUS SCAEVOLA: *Op. cit.*, tomo III, pág. 488.

(74) PELISSIER (*op. cit.*, pág. 330) mantiene al respecto una original postura: ninguna de las obligaciones de alimentos que resultan de un lazo de solidaridad son susceptibles de renuncia. Por el contrario, las que resultan de la actividad del hombre pueden ser objeto de renuncia y transacción. De este modo, dice, el fundamento de la nulidad se traslada de la noción de orden público familiar o financiero al orden público entendido como buenas costumbres: «es inmoral que una persona o un grupo se libere de un acto jurídico, de una obligación que la solidaridad le impone; no es, en cambio, inmoral que un amigo o un tercero se libere de una obligación de alimentos de origen convencional o delictual».

carecen de eficacia cuando se conciertan entre las personas reseñadas en el artículo 143, en lo que afecta a su renuncia y transmisibilidad (75).

Todo lo afirmado anteriormente se refiere a alimentos futuros respecto a las pensiones vencidas, al estar ya en el patrimonio del alimentista, podrá disponer libremente sobre las mismas.

Artículo 152: «Cesará también la obligación de dar alimentos:

1.º Por muerte del alimentista.

La muerte del alimentista es indudablemente causa de extinción del legado de alimentos, pues el derecho de alimentos por institución de su origen es eminentemente personal.

Por otro lado, además, el propio artículo 879 otorga al legado de alimentos el carácter vitalicio, pues afirma su duración mientras viva el legatario, por lo que ha de entenderse que termina cuando éste fallece.

2.º Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiese reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

Esta segunda causa de extinción es extensible al legado de alimentos, pero con ciertas matizaciones.

En el caso de que el gravado sea heredero aceptante pura y simplemente, al haberse confundido su patrimonio personal con el recibido por herencia y, en consecuencia, existir un solo patrimonio, es evidente que si éste disminuye hasta el punto de no poder satisfacer la pensión alimenticia sin desatender sus propias necesidades y las de su familia, ha de cesar la obligación de pago del legado.

No así, tratándose de heredero aceptante a beneficio de inventario o legatario, pues tanto en uno como en otro caso, hay un límite de responsabilidad —a tenor de los artículos 1.023 y 858 del Código Civil— en la cuantía de los bienes heredados, por lo que, extinguidos éstos,

(75) Por lo que afecta a la compensación, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 7 de julio de 1902 y 5 de abril de 1903, ha declarado que el precepto de no poder compensarse el derecho a los alimentos con lo que el alimentista debe al que ha de prestarlos no significa el que éste no pueda exigir a aquél el pago de lo que le adeude, embargando para realizarlo la parte de la pensión que sea embargable con arreglo a la Ley, porque consistiendo el efecto jurídico de la compensación en extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, lo que el artículo 151 prohíbe es que a título de compensación se pueda extinguir la obligación de prestar los alimentos: pero una vez viva ésta nada se opone y es, por el contrario, una consecuencia lógica e indeclinable de la subsistencia de las respectivas obligaciones la de que los acreedores puedan hacer efectivos sus derechos en toda su extensión, sin que, por otra parte, exista razón alguna para que lo que pudiera hacer un tercero no pueda hacerlo como acreedor el que presta los alimentos.

quedará sin efecto el legado de alimentos, cualquiera que sea la situación económica personal del gravado.

3.º Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

Esta causa de extinción de la obligación legal de alimentos no plantea problemas de aplicación al legado (76), pues si bien el artículo 879 establece que el legado de alimentos «dura mientras viva el legatario, si el testador no dispone otra cosa», es lo cierto que uno de los requisitos para la efectividad del legado es el estado de necesidad del legatario, y si éste ya no existe, o sea, si el legatario dispone de bienes «de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia» el gravado no tendrá que pagarle tal pensión alimenticia. Esto sin perjuicio de que si recae de nuevo en estado de necesidad se haga acreedor a dicha pensión.

4.º Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que den lugar a la desheredación.

A nuestro juicio, el derecho a los alimentos derivado de un legado se extingue si el legatario hubiese cometido alguna de las faltas que dan lugar a la desheredación. Las causas de desheredación se expresan en los artículos 852, 853 y 854, con la remisión a las causas de indignidad del artículo 756.

Se presenta dudosa la cuestión de si el legatario puede perder el legado de alimentos por la comisión de cualquiera de las faltas de desheredación pertinentes respecto del heredero. Determina a contestar afirmativamente el hecho de que en el heredero se supone la misma personalidad del difunto, al que sucede en todos los derechos, conforme el artículo 661, y la falta cometida contra aquél habría que estimarla como realizada contra éste. Pero, en oposición a estas consideraciones, es dable alegar la de que, por la misma naturaleza de las faltas de desheredación, se requiere una persona contra la que se realicen, la cual no puede ser más que el alimentante, quien no es el heredero, sino su causahabiente, pues los alimentos los percibe el legatario en nombre del testador, del que el heredero es, con relación al legado, un ejecutor de la voluntad de aquél, un mandatario. A más de esto hay que tener en cuenta el principio de derecho de que las leyes han de restringirse en lo odioso y ampliarse en lo favorable, principio infringido en el supuesto de extenderse el precepto legal a casos que el Código no considera de modo directo comprendidos en él (77).

(76) En contra, Q. MUCIUS SCAEVOLA: *Op. cit.*, tomo III, págs. 482-483, y tomo XV, pág. 386.

(77) Q. MUCIUS SCAEVOLA: *Op. cit.*, tomo III, pág. 485.

5.º Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

Esta causa de extinción no es aplicable al legado de alimentos, pues este párrafo 5.º se enmarca dentro del orden familiar de donde derivan las obligaciones de alimentos entre parientes, mientras que el legado está encuadrado en la materia sucesoria, sujeto a reglas y principios diferentes y, por consiguiente, a falta de disposición en contrario del testador, no se tomará en consideración la conducta del legatario.

FERNANDO CRESPO ALLUE
Doctor en Derecho

La comunidad y sus instituciones (*)

1. EL PROCESO DE INTEGRACION EUROPEO

Desde muy antiguo han existido múltiples proyectos de juristas, economistas, filósofos y políticos tendentes a la construcción de una Europa unida. Sin embargo, podemos destacar una fecha como especialmente importante: 1924, año del manifiesto paneuropeo en el que se puede leer: «Con una inconcebible ligereza, Europa juega con su destino, con una inconcebible ceguera se niega a ver lo que viene, con una inconcebible pasividad se deja empujar hacia las peores catástrofes que haya podido jamás amenazar a un continente. La única salud se encuentra en la Paneuropa, en la unión de todos los Estados democráticos del continente en una organización política y económica internacional».

En 1929, ARISTIDE BRIAND, Presidente del Consejo francés, en un discurso ante la Sociedad de Naciones en Ginebra lanza un llamamiento a los europeos para que se unan a través de unos ciertos vínculos federales. El contenido de este discurso fue recogido en un memorándum de 1 de mayo de 1930 proponiendo la organización de un régimen de unión federal europeo.

Sin embargo, desde 1930 a 1945 asistimos a un florecimiento de los nacionalismos, lo que dificulta cualquier intento europeísta, y si durante la segunda guerra mundial se escucharon algunas voces en favor

(*) Este trabajo y el que se publica a continuación corresponden a conferencias pronunciadas en el Curso de Derecho Comunitario Europeo, celebrado en Madrid durante los días 9 al 12 de abril de 1985, por iniciativa del Centro de Estudios Hipotecarios, del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

de una Europa unida, fueron más una reacción de unidad frente al agresor que un verdadero proyecto político.

El año 1946 marca una nueva etapa en la construcción europea. En Zurich, el 19 de septiembre, WINSTON CHURCHILL propone la creación de unos Estados Unidos de Europa.

Más tarde, en septiembre de 1947, se reúnen en Montreux los primeros estados generales de los movimientos federalistas europeos y en mayo de 1948 tiene lugar en La Haya el Congreso de Europa, en el que nace el movimiento europeo que da origen al Consejo de Europa.

Pero la fecha clave la constituye el 9 de mayo de 1950, cuando ROBERT SCHUMANN propone «colocar el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una Alta Autoridad común en una organización abierta a la participación de otros países de Europa». La propuesta de ROBERT SCHUMANN es aceptada por Alemania, los países del Benelux e Italia, y el 18 de abril de 1951 se firma en París el Tratado constitutivo de la CECA.

La evolución parecía rápida. El 27 de mayo de 1952 los seis firmaron un Tratado constitutivo de una Comunidad europea de defensa, que implicaba la puesta en común de las fuerzas militares bajo una autoridad conjunta. Sin embargo, Francia se negó a ratificar el Tratado, con lo que momentáneamente los proyectos de unificación europeos quedaron paralizados.

En 1955, la Conferencia de Mesina reúne a los Ministros de Asuntos Exteriores de los seis para examinar las modalidades de una integración general, preconizada por los países del Benelux, Alemania e Italia. Un Comité, presidido por PAUL-HENRI SPAAK, elabora un informe que concluye en la creación de un mercado común general y el establecimiento de una comunidad de energía atómica.

La Conferencia de Viena aprueba, el 29 de mayo de 1956, las conclusiones del informe Spaak y convoca una conferencia intergubernamental encargada de asegurar su ejecución.

El 25 de marzo de 1957 se firman en Roma dos nuevos Tratados: uno creando la Comunidad Económica Europea y otro dando vida a la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

2. LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS

Desde 1951 la estructura institucional de la Comunidad se caracteriza por ser cuatripartita. Desde MONTESQUIEU, se distingue en el Gobierno de un Estado un poder legislativo, un poder ejecutivo y un poder judicial que se ejercen por órganos constitucionales diferentes; sin em-

bargo, los autores del CECA rompieron con este modelo tradicional con el fin de crear una estructura institucional que correspondiese a las exigencias propias de una Comunidad caracterizada por una transparencia parcial y progresiva de competencias. La estructura cuatripartita de la Comunidad toma tres instituciones del sistema tripartito clásico: la Asamblea o Parlamento, el Consejo y el Tribunal de Justicia. La cuarta institución es la Comisión, que debe, ante todo, defender el interés de la Comunidad, mientras que en el Consejo, aunque sea igualmente una institución comunitaria, priman los intereses de los Estados.

La evolución de la estructura cuatripartita de la Comunidad presenta un especial dinamismo, habiendo conocido profundas modificaciones.

Así, en primer lugar hay que mencionar las relaciones entre el Consejo y la Alta Autoridad o Comisión. Mientras que en la CECA, la Alta Autoridad era preminente en cuanto al poder de decisión, los Tratados CEE y CEEA se basan en una colaboración necesaria entre el Consejo y la Comisión. Esta necesaria colaboración ha sido establecida por los Tratados y confirmada por el Tratado de fusión de 8 de abril de 1965. Según el artículo 15 de este último, el Consejo y la Comisión deben consultarse y organizar de común acuerdo las modalidades de su colaboración. Con ello se logra una fórmula de equilibrio entre las competencias de los Gobiernos nacionales y las de la institución comunitaria por excelencia.

En segundo lugar, la institución parlamentaria ha adquirido una importancia creciente. La Asamblea de la CECA, de la CEE y de la CEEA, tiene, de acuerdo con los Tratados, un poder fundamentalmente de control y consultivo. No posee ni un *gouvernement making power*, aunque pueda obligar a los miembros de la Comisión a dimitir en bloque, ni una potestad legislativa. Sin embargo, dos factores han contribuido de forma considerable a acrecentar la importancia política de la Asamblea: por un lado, el aumento de sus competencias en materia presupuestaria y, por otro, la elección de sus miembros por sufragio universal directo en aplicación del Acta de 20 de septiembre de 1976.

2.1. ORGANOS DE DECISIÓN

En el momento de su creación cada una de las tres Comunidades contaban con dos órganos de decisión: en el marco de la CECA, la Alta Autoridad (art. 8 y sigts.) y el Consejo especial de Ministros (artículo 26 y sigts.) y dentro de los Tratados CEE y CEEA, la Comisión (artículo 155 y sigts. CEE y 124 y sigts. CEEA) y el Consejo (art. 145 y sigts. CEE y 115 y sigts. CEEA).

Sin embargo, el equilibrio y el reparto de competencias entre las instituciones de cada Comunidad no se realizaron, como exponíamos anteriormente, de igual forma en cada uno de los Tratados.

En el Tratado de París, constitutivo de la CECA, el órgano motor es la Alta Autoridad. Es la encargada, como dice el artículo 8, «de asegurar la realización de los objetivos fijados por el Tratado», el Consejo especial de Ministros sólo dispone de unos poderes limitados.

En los Tratados de Roma, constitutivos de la CEE y la CEEA, por el contrario, la primacía se reserva al Consejo, aunque la Comisión esté estrechamente ligada a la obra del anterior.

Esta dualidad institucional se consideró perjudicial y el Tratado de 8 de abril de 1965, que entró en vigor el 1 de julio de 1967, estableció un sistema institucional único para las tres Comunidades basado en dos órganos: el Consejo y la Comisión únicos.

Pero esta fusión es puramente orgánica. No afecta a las competencias atribuidas a las instituciones por cada uno de los tres Tratados. Esto significa que el Consejo y la Comisión únicos ejercen las competencias en su día atribuidas a la Alta Autoridad y al Consejo especial de Ministros dentro de la CECA y al Consejo y a la Comisión en la CEE y la CECA.

2.1.1. *El Consejo*

2.1.1.1. Composición

El artículo 2 del Tratado de fusión preceptúa: «El Consejo estará compuesto por los representantes de los Estados miembros. Cada Gobierno estará representado en él por uno de sus miembros».

Cada miembro del Consejo ejercerá por rotación y durante un período de seis meses la Presidencia, según el orden siguiente de los Estados miembros: Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Reino Unido».

Cada Gobierno elige libremente a su representante y éstos varían según las cuestiones a tratar. Así, y en lenguaje comunitario, se habla de un Consejo de Asuntos Exteriores, de un Consejo Agrícola o de un Consejo de Transportes.

El Consejo debe diferenciarse claramente del llamado Consejo europeo. Este está compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los países miembros, acompañados de sus Ministros de Asuntos Exteriores. Tiene su origen en la Conferencia celebrada los días 9 y 10 de diciembre de 1974 en París, en cuyo comunicado final se decía que, preocupados por globalizar las actividades comunitarias y las que se

refieren a la cooperación política, los Jefes de Estado o de Gobierno habían decidido reunirse acompañados de sus Ministros de Asuntos Exteriores tres veces al año y cada vez que se considere necesario a título de cooperación política. El texto añadía que «estas disposiciones no afectan de modo alguno las reglas y procedimientos establecidos en los Tratados, ni las previstas por los acuerdos de Luxemburgo y Copenhague en lo que se refiere a la cooperación política».

Jurídicamente hablando, no se trata de una nueva institución, sino de una decisión política que tiene por finalidad asegurar la representación personal de los Jefes de Estado o de Gobierno tanto en las reuniones del Consejo de la Comunidad como en las organizadas por razones de cooperación política.

En consecuencia, y dado que, como veíamos en el artículo 2 del Tratado de fusión de 8 de abril de 1965, permite una composición variable del Consejo, el Consejo Europeo puede actuar como Consejo de la Comunidad, adoptando actos comunitarios (reglamentos, directivas y decisiones), a condición de que se respeten los procedimientos comunitarios y muy especialmente el de iniciativa de la Comisión.

2.1.1.2. Funcionamiento

El Consejo se reúne cada vez que se considera necesario, previa convocatoria del Presidente, por iniciativa de éste, de uno de sus miembros o de la Comisión.

En el ejercicio de su misión el Consejo se encuentra asistido por el Comité de Representantes Permanentes (COREPER), compuesto por los representantes de los Estados miembros acreditados ante las Comunidades. Este Comité no se encuentra previsto en los Tratados de Roma, pero, sin embargo, sí se encuentra una referencia en los artículos 151 CEE y 121 t. CEEA, que preveían que el Reglamento interior del Consejo podía instituir un Comité formado por representantes de los Estados, determinando su misión y competencias.

Fue el Tratado de fusión de 8 de octubre de 1965 el que creó este Comité con una doble competencia: 1.º) preparar los trabajos del Consejo. y 2.º) ejecutar los mandatos que le hayan sido confiados. En su fusión de preparación de los trabajos del Consejo el COREPER debe buscar soluciones y elaborar los textos de las disposiciones, pero, aún cuando se llegue a un acuerdo, éste será provisional y deberá, en todo caso, ser confirmado por el Consejo para que despliegue todos sus efectos jurídicos.

En cuanto a la ejecución de determinados mandatos, el COREPER no puede ser el beneficiario de una delegación de poderes del Consejo. La doctrina (Mégret) y el T. de J. indirectamente (as. 9/56 Meroni contra

Alta Autoridad CECA Rec. 1958, pág. 11, ver 6 A, pág. 255) mantienen que la delegación sólo puede recaer sobre determinados poderes de ejecución claramente especificados.

Las decisiones en el seno del Consejo se adoptan bien por unanimidad, bien por mayoría simple o cualificada, según el Tratado que se trate de aplicar y la materia en causa.

Normalmente, en el marco de los Tratados CEE y CEEA, la regla de la unanimidad debería haber desaparecido progresivamente, ya que en base al artículo 148, apartados 1 y 2 t. CEE y 118 apartado 142 t. CEEA «salvo disposición en contrario, del presente Tratado el Consejo adoptará sus acuerdos por mayoría de los miembros que lo componen» mayoría simple o cualificada. Esta última se determina sobre la base de los votos atribuidos a cada Estado, a saber:

- Francia, Alemania, Italia y Gran Bretaña: 10.
- Bélgica, Grecia y Holanda: 5.
- Dinamarca e Irlanda: 3.
- Luxemburgo: 2.

Para su adopción los acuerdos del Consejo requerirán al menos 45 votos cuando deban adoptarse a propuesta de la Comisión y 45 votos que representen la votación favorable de seis miembros, como mínimo, en los demás casos. Esta ponderación tiene por objeto impedir una coalición de los «Grandes», así como el derecho de veto de un solo Estado.

El uso de la adopción de acuerdos por mayoría engendró ciertas reticencias por parte del Gobierno francés, que temió que, especialmente los principios de política agrícola común, que habían sido adoptados por unanimidad, pudiesen, a partir de la tercera etapa, ser modificados por mayoría. Este temor fue puesto de manifiesto por el Presidente de la República en su conferencia de prensa de septiembre de 1965 y que llevó a Francia o no participar en las reuniones del Consejo de julio de 1965 a enero de 1966.

Esta grave crisis encontró su desenlace en los acuerdos de Luxemburgo de 28 de enero de 1966. Estos acuerdos no modifican las disposiciones de los Tratados relativas a las formas de votación, dado que ello sólo hubiera sido posible a través de una revisión de los Tratados, constituye una especie de *gentleman's agreement* en virtud del cual, «cuando en el caso de decisiones susceptibles de ser adoptadas por mayoría a propuesta de la Comisión, estén en juego intereses importantes de uno o varios Estados, los miembros del Consejo se esforzarán, en un plazo razonable, en llegar a soluciones que puedan ser adoptadas por

todos los miembros del Consejo, con el respeto de sus intereses y de los de la Comunidad, de conformidad con el artículo 2 del Tratado». Por tanto, sin renunciar a la regla de la mayoría, se comprometen a negociar para tratar de obtener un acuerdo unánime.

Conscientes de la ilegalidad del compromiso de Luxemburgo y de sus efectos paralizantes sobre los mecanismos decisorios, los Jefes de Estado o de Gobierno declararon, en la cumbre de París, de 1974, «que era conveniente renunciar a la práctica que consistía en subordinar al consentimiento unánime de los Estados miembros la decisión sobre cualquier cuestión fuera cual fuese su posición respectiva en relación con las conclusiones adoptadas en Luxemburgo el 28 de enero de 1966». Desde esta fecha asistimos a una vuelta a las decisiones adoptadas por mayoría, salvo que se trate de cuestiones de una especial trascendencia política.

2.1.1.3. Competencias

Las competencias del Consejo no son idénticas en las tres Comunidades; en la CECA su papel es menor, mientras que en las otras dos Comunidades es preponderante.

Esta diferencia se explica, de un lado, por la evolución política que se manifiesta en la firma de los Tratados; evolución marcada especialmente por el fracaso en 1955 de la Comunidad Europea de Defensa, y, de otro, por la extensión del ámbito de aplicación del Tratado CEE, que abarca el conjunto de lo económico y de lo social.

Estas divergencias teóricas se han visto atenuadas en la práctica no por una reducción de las competencias del Consejo dentro del ámbito de aplicación de los Tratados de Roma, sino por una ampliación de sus competencias dentro del Tratado CECA, en detrimento de la Comisión (antigua Alta Autoridad).

2.1.1.3.1. Caracteres

Las competencias atribuidas al Consejo se caracterizan por dos notas: son competencias de atribución y no pueden ser objeto de delegación.

En cuanto a la primera de estas características, las competencias reconocidas al Consejo pueden calificarse de competencias de atribución en el sentido de que sólo dispone de las competencias que le han sido expresamente atribuidas por los Tratados (art 4 y 145 Tratado CEE, 3 y 115 Tratado CEEA y 3 y 26 Tratado CECA).

Existen, sin embargo, en los tres Tratados una serie de disposiciones generales que aparecen como reserva de competencia. Así, puede citarse

el artículo 235 Tratado CEE, el artículo 203 Tratado CEEA y el artículo 95, 1 y 2, del Tratado CECA.

Concretamente, el artículo 235 Tratado CEE dice: «Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del Mercado Común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto las potestades necesarias al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y oída la Asamblea, adoptará las disposiciones pertinentes».

Con este precepto, los autores del Tratado, conscientes de que el sistema de competencias de atribución podía ser demasiado riguroso en un proceso evolutivo como el de la integración europea, han introducido una disposición general que permite llenar las lagunas existentes y emprender así las acciones necesarias para realizar o salvaguardar los objetivos comunitarios.

Sin embargo, la aplicación del artículo 235 se encuentra subordinada a dos condiciones: 1.^a) que una acción de la Comunidad sea necesaria para la realización de uno de los objetivos de la integración tal y como vienen definidos en el preámbulo del Tratado o en el artículo 2, y 2.^a) que el Tratado no contenga otros medios ni atribuya ningún poder a las instituciones para realizar una nueva acción. Como ha declarado el Tribunal de Justicia en los artículos 73 y 74/63, *Internationale crediet - en Handelsvereniging Rotterdam* y ot. contra Ministerio de Agricultura y Pesca en La Haya, Rec. 1.964, página 28, «el artículo 235 ofrece un medio de acción subsidiario y se aplica solamente en los casos para los que el Tratado no ha previsto los poderes necesarios para la realización del objetivo que se persigue».

En todo caso hay que tener en cuenta que, como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia en el artículo 22/70, *Comisión contra Consejo (EATR)*, Rec. 1971, página 263, el artículo 235 no crea una obligación, sino simplemente una facultad.

En consecuencia, al encontrarse definidos y delimitados con precisión los poderes de las instituciones comunitarias en los Tratados existe poco lugar para el reconocimiento de poderes implícitos. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha ido haciendo una aplicación prudente de la doctrina de los poderes implícitos. Así, en 1956 el Tribunal declara que en ausencia de una atribución expresa de poderes a la Comunidad, las normas establecidas por los Tratados contienen implícitamente las reglas sin las que no tendrían sentido o no podrían ser puestas en práctica de forma razonable y útil (art. 8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique* contra Alta Autoridad CECA, Rec. 1.955, pág. 291). En 1960 indica que del texto del Tratado o de su economía general pueden derivarse

implícitamente competencias normativas (as. 20/59, Italia contra Alta Autoridad, Rec. 1.960, pág. 663). Además, los poderes implícitos son afirmados y precisados en detrimento de la competencia de los Estados miembros dentro del marco de los objetivos definidos por los Tratados (as. 9 y 11/61, Holanda contra Alta Autoridad, Rec. 1.962, pág. 413) y se declara la irreversibilidad de la atribución de competencias a la Comunidad (as. 6/64, Costa - ENEL, Rec. 1.964, pág. 1141). La segunda característica de las competencias del Consejo es la prohibición de delegación. Esta nota, que es la consecuencia lógica de los artículos 155 Tratado CEE y 124 Tratado CEEA, el Consejo puede delegar en la Comisión para asegurar el funcionamiento y desarrollo del Mercado Común el ejercicio de competencias para la ejecución de las reglas que él establece. La terminología empleada en lo que se refiere a la ejecución puede crear problemas, dado que puede interpretarse de una forma más o menos amplia, teniendo en cuenta la economía general de Tratado y las exigencias de la práctica. El Tribunal ha optado por una concepción amplia en lo que se refiere al contenido mismo de la delegación (as. 23/75, Rey Soda, Rec. 1.975, pág. a, 279), admitiendo que pueda extenderse a las competencias reglamentarias (as. 41/96, Chemiefarmo, Rec. 1970, página 690) y a los límites de la competencia delegada que deben apreciarse no en función de los términos literales de la delegación, sino en los objetivos generales de la organización de mercado (Rey Soda, as/23/75).

2.1.1.3.2. Enumeración

Las competencias del Consejo pueden clasificarse en cinco grandes grupos:

a) *Normativas*.—El Consejo dispone de una potestad normativa. Puede dictar disposiciones generales que adoptan la forma de reglamentos o de directivas. Este poder normativo del Consejo se encuentra muy limitado en el marco del Tratado CECA, primero porque el Tratado de París es un Tratado mucho más detallado que el de Roma y segundo porque en la CECA el poder normativo corresponde a la Comisión previa consulta o informe en su caso del Consejo.

b) *De coordinación*.—El Consejo se encarga de promover la coordinación de las políticas de los Estados miembros (arts. 145 Tratado CEE y 115 Tratado CEEA) y de armonizar la acción de la Comisión y la de los Gobiernos, responsables de la política económica general de sus países (art. 26 Tratado CECA).

c) *Decisorias*.—El Consejo dispone de un poder de decisión en rela-

ción con los actos o medidas de especial importancia (arts. 8, 25, 70, 93, 98, 108 y 109 Tratado CEE), aunque dentro del Tratado CECA este poder² decisorio tiene carácter excepcional.

d) *En materia de relaciones exteriores.*—El Consejo tiene la responsabilidad de las relaciones exteriores de la Comunidad (arts. 113, 114, 228, 237 y 238 Tratado CEE).

e) *De asesoramiento.*—El Consejo, fundamentalmente en la CECA, tiene una función asesora que puede adoptar la forma de un simple dictamen o bien las exigencias de un dictamen favorable.

2.1.2. *La Comisión*

2.1.2.1. Composición

La Comisión se compone de catorce miembros, escogidos en razón de su competencia general y que ofrezcan garantías de independencia. Son nombrados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros y su mandato es de cuatro años, siendo renovable.

Solamente los nacionales de los Estados miembros pueden ser miembros de la Comisión, que debe comprender un nacional de cada uno de los Estados, sin que el número de miembros que tengan la misma nacionalidad sea superior a dos. La Comisión se encuentra presidida por un Presidente y cinco Vicepresidentes, nombrados por un período de cinco años, siguiendo el mismo procedimiento previsto para su nombramiento como miembros de la Comisión.

2.1.2.2. Funcionamiento

El funcionamiento interno de la Comisión se regula por su Reglamento interior de 6 de julio de 1967. Los acuerdos de la Comisión se alcanzan por mayoría simple de los miembros que la componen. Previamente dichos acuerdos se preparan por el Comisario competente, en razón de la materia, quien trabaja auxiliado por los servicios de la Comisión.

La Comisión actúa con absoluta independencia, tanto respecto de los Estados miembros como del Consejo o los intereses privados. En relación con los Estados, en virtud del artículo 10 del Tratado de Fusión, «en el cumplimiento de sus deberes la Comisión ni solicitará ni aceptará instrucciones de ningún Gobierno». En relación con el Consejo, la Comisión no puede considerarse como un órgano auxiliar del Consejo. Su independencia se deriva de que el Consejo no puede remover a ningún

miembro de la Comisión, y en caso de falta grave corresponde al Tribunal de Justicia decretar su cese (art. Tratado de Fusión).

En relación con los intereses privados, los miembros de la Comisión no pueden, durante el período en que dure su mandato, ejercer ninguna otra actividad profesional retribuida o no. En el momento de asumir sus funciones se comprometen solemnemente a respetar, mientras dure su mandato y aún después de finalizar éste, las obligaciones derivadas de su cargo y, en especial, los deberes de honestidad y discreción, en cuanto a la aceptación, una vez terminado su mandato, de determinadas funciones o beneficios.

La Comisión es un órgano colegiado. Esto significa, por un lado, que las competencias que detenta corresponden al conjunto de sus miembros y, por otro, que cada uno de ellos es responsable del conjunto de las medidas adoptadas.

Por último, cabe la posibilidad de una moción de censura contra la Comisión. Conforme establece el artículo 144 Tratado CEE (en igual sentido, los 114 Tratado CEEA y 24 Tratado CECA), «en caso de que se someta a la Asamblea una moción de censura sobre la gestión de la Comisión, sólo podrá pronunciarse sobre dicha moción transcurridos tres días como mínimo desde la fecha de su presentación y en votación pública.

Si la moción de censura fuere aprobada por mayoría de dos tercios de los votos emitidos, que representen a su vez la mayoría de los miembros que componen la Asamblea, los miembros de la Comisión deberán renunciar colectivamente a sus cargos».

2.1.2.3. Competencias

2.1.2.3.1. Caracteres

Del análisis de la naturaleza de los tres Tratados se deduce unas diferencias entre el Tratado CECA, en el que la Comisión dispone de competencias importantes y autónomas, y los Tratados CEE y CEEA, en los que sus competencias son limitadas. Esta diferencia, sin embargo, debe ser matizada, dado que en la aplicación del Tratado CECA la Comisión no ha utilizado siempre las competencias que le son atribuidas.

Por otro lado, las competencias de la Comisión, como ocurría en el Consejo, son competencias de atribución, lo que implica que deben ejercerse personalmente (arts. 4 y 155 Tratado CEE, 3 y 124 Tratado CEEA y 3 y 8 Tratado CECA). Sin embargo, esto no significa que no puede admitirse ninguna delegación. El Tribunal de Justicia en el as. 9/

56, Meroni, al que anteriormente nos referíamos, ha precisado bajo qué condiciones la delegación puede efectuarse. Estas son: 1.^a Que la delegación no puede atribuir a la autoridad delegada poderes distintos a los que la autoridad delegante ha recibido del Tratado. 2.^a Que la autoridad delegada debe respetar los mismos requisitos que la delegante en materia de motivación y publicidad. 3.^a Que la delegación de poderes no se presume, debiendo ser siempre un acto explícito. 4.^a Que la delegación no puede recaer sobre el ejercicio de una potestad discrecional que conlleve una amplia libertad de apreciación, sólo puede recaer sobre poderes de ejecución claramente delimitados, cuyo uso pueda ser susceptible de un control riguroso en base a criterios objetivos.

2.1.2.3.2. Enumeración

Las competencias de la Comisión pueden clasificarse de la siguiente manera:

a) De control. La Comisión debe vigilar que se respete el espíritu de los Tratados y que sus disposiciones sean efectivamente aplicadas. Para hacer efectiva esta competencia de control puede, en primer lugar, demandar a un Estado miembro ante el Tribunal de Justicia por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados (artículo 169 Tratado CEE); en segundo lugar, puede exigir a los Estados miembros y a las empresas cualquier información que necesite para la ejecución de su misión, así como realizar las comprobaciones que considere necesarias, y, en tercer lugar, puede adoptar medidas coercitivas en caso de violación de determinadas disposiciones de los Tratados del derecho derivado. Así, dentro del Tratado CEE puede imponer multas a las empresas que incumplan las disposiciones en materia de competencia; dentro del Tratado CEEA puede adoptar diversos tipos de sanciones que son desde un simple apercibimiento hasta la puesta de la empresa bajo la administración de un tercero en caso de incumplimiento de las disposiciones en materia de seguridad, y dentro del Tratado CECA puede imponer multas por no suministrar las informaciones requeridas o por exceder las empresas las cuotas de producción que se les hubiese fijado.

b) Normativas. En los Tratados CEE y CECA la Comisión tiene la iniciativa legislativa, dado que, salvo excepciones, en las que el Consejo puede actuar directamente o bien con el simple informe de la Comisión (por ejemplo, arts. 84 ó 127 Tratado CEE), éste sólo puede adoptar directivas o decisiones a propuesta de la Comisión. Sin embargo, en base a los artículos 152 Tratado CEE y 12 Tratado CEEA, el Consejo

puede instar a la Comisión para que ejercite este derecho de iniciativa pidiéndole que proceda a los estudios que juzgue oportunos para la realización de los objetivos comunes y a someterle las proposiciones apropiadas. En estos casos la Comisión no puede negarse a someter una proposición si ésta aparece como necesaria para la realización de los objetivos del Tratado y ello podría dar lugar a un recurso del artículo 175 Tratado CEE.

Además de esta facultad de iniciativa, dispone de una potestad reglamentaria en ejecución de las medidas adoptadas por el Consejo y con carácter excepcional de una potestad reglamentaria propia (arts. 10, 2; 13; 22; 33, 7; 45, 2, y 9, 2, Tratado CEE). Dentro del Tratado CECA, por el contrario, es quien detenta la potestad normativa, aunque es necesario no exagerar la importancia de esa facultad, dado el carácter de Tratado-ley del mismo.

c) De decisión. En los tres Tratados la Comisión tiene atribuidos, en términos generales, poderes de decisión (arts. 155 Tratado CEE, 124 Tratado CECA y 14 Tratado CEEA).

d) De recomendación y asesoramiento. En base a los artículos 155 Tratado CEE y 124 Tratado CEEA, la Comisión puede siempre emitir una recomendación o un dictamen, que no tienen fuerza obligatoria, aún en los casos en que los Tratados no lo prevean expresamente.

El Tratado CECA sólo prevé la intervención de la Comisión bajo la forma de dictamen (art. 14 Tratado CECA).

e) De ejecución. Son estas unas competencias cuyo ejercicio está prácticamente excluido dentro del Tratado CECA, dadas las competencias limitadas que se reconocen al Consejo. Por el contrario, los dos Tratados de Roma prevén que la Comisión «ejerce las competencias que el Consejo le confiere para la ejecución de las normas que le establece» (artículos 155 Tratado CEE y 124 Tratado CEEA). Esta delegación puede tener por objeto tanto disposiciones reglamentarias como medidas individuales.

En relación con estas competencias, se plantean dos problemas: primero, el saber si el Consejo puede subordinar al cumplimiento de determinados requisitos el ejercicio de la potestad delegada, y, segundo, determinar la extensión de esta delegación.

El primero de estos problemas ha sido resuelto por el Tribunal de Justicia en el as. 25/70, *Einfuhr-und Vorratsstelle für retriede und Futtermittel* contra Köster, Rec. 1.970, página 1.161, diciendo que el artículo 155, que permite al Consejo habilitar a la Comisión para que adopte las medidas de ejecución relativas a las normas que él establece, es para el Consejo de uso facultativo y que, en consecuencia, éste puede

«determinar las modalidades a las que subordina el ejercicio por la Comisión del poder a ella atribuido», siempre que la estructura comunitaria y el equilibrio institucional no se falseen.

En cuanto al segundo problema, el Tribunal, en el as. 23/75, *Rey Soda Conta Cassa longuaglio Zuccherò*, Rec. 1.975, página 1.279, ha precisado que el Consejo debe establecer, conforme a las disposiciones del Tratado, los principios y los elementos esenciales de la materia a regular y que la Comisión debe limitarse a adoptar las medidas de ejecución. En todo caso el Tribunal estima que las competencias atribuidas por el Consejo a la Comisión para la ejecución de las disposiciones del Tratado deben interpretarse ampliamente, de acuerdo con la economía del Tratado y las exigencias de la práctica (as. 25/70). En consecuencia, «no puede exigirse que todos los detalles de los reglamentos se establezcan por el Consejo» (as. 23/75).

f) De gestión. Además de la gestión de los servicios administrativos, la Comisión administra los fondos comunitarios, el Fondo Europeo de Desarrollo (FED), el Fondo Social Europeo (FSE), el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (FEOGA) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

g) De negociación. Por su propia naturaleza, la Comisión es la encargada de negociar los acuerdos externos de la CEE. También, y según el artículo 288, 1, es la encargada de negociar la conclusión de acuerdos entre la Comunidad y uno o varios Estados o una organización internacional. En ciertos casos puede llegar a concluir acuerdos y, además, en base el artículo 229, «debe asegurar el mantenimiento de relaciones adecuadas con los órganos de las Naciones Unidas, de sus organismos especializados y del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, así como las demás relaciones que considere oportunas con todas las organizaciones internacionales.

2.2. LA ASAMBLEA O PARLAMENTO EUROPEO

Cada uno de los tres Tratados prevé la existencia de un Asamblea, compuesta por los representantes de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad (arts. 138 Tratado CEE, 107 Tratado CEEA y 20 Tratado CECA); sin embargo, desde un primer momento se observó la necesidad de operar con una Asamblea única, común a las tres Comunidades, que ejercería las competencias que le eran reconocidas por los tres Tratados. Así, la convención relativa a ciertas instituciones comunes a las Comunidades Europeas de 25 de marzo de 1957 creó una Asamblea única. El 20 de marzo de 1958 esta Asamblea decidió llamarse «Asam-

blea Parlamentaria Europea», denominación que se transformó en «Parlamento Europeo» el 30 de marzo de 1962.

Los poderes de la Asamblea son diferentes, según se trate del Tratado de París o de los Tratados de Roma. Dentro de la CECA sólo tiene un papel muy limitado, recayendo principalmente sobre el control *a posteriori* de los actos de la Comisión. Sin embargo, dentro de la CEE y de la CECA su papel es más amplio y se encuentra últimamente asociado al poder de decisión de la Comisión y del Consejo. En este sentido, los artículos 137 Tratado CEE y 107 Tratado CEEA son reveladores: reconocen a la Asamblea un poder de deliberación y de control, mientras que el Tratado de París sólo se refiere a esta última competencia.

2.2.1. *Composición*

Los artículos 138 Tratado CEE, 108 Tratado CEEA y 21 Tratado CECA preveían que la Asamblea se compondría de los delegados que los Parlamentos de los Estados miembros nombrasen según el procedimiento por ellos fijado. Sin embargo, este sistema de elección indirecta era provisional y los tres Tratados establecían que la Asamblea elaboraría los proyectos necesarios para permitir la elección mediante sufragio universal y directo, según un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros.

En 1960 la Asamblea adoptó un proyecto que organizaba la elección por sufragio universal y directo. Sin embargo, este proyecto, según las disposiciones de los Tratados, debía ser aprobado por unanimidad por el Consejo y, ante la inacción de éste, el Parlamento adoptó, el 12 de marzo de 1969, una resolución amenazando al Consejo con la interposición de un recurso del artículo 175 Tratado CEE.

En realidad la discusión era de carácter político y era a este nivel donde debía buscarse la solución. En efecto, con ocasión de la conferencia en la cumbre de Jefes de Estado o de Gobierno de 9 y 10 de diciembre de 1974, se dio un importante paso, al acordar que la elección de la Asamblea por sufragio universal «debía realizarse lo antes posible..., dado que las competencias de la Asamblea se iban a ver ampliadas especialmente por la concesión de ciertos poderes en el proceso legislativo de las Comunidades».

Como consecuencia de este impulso, la Asamblea elaboró, el 14 de enero de 1975, un nuevo proyecto, cuyas disposiciones fueron adoptadas el 20 de septiembre de 1976 por el Consejo, actuando por unanimidad. Este proyecto se articuló sobre las siguientes bases:

a) La Asamblea contará con 410 miembros: Francia, Alemania, Italia y Gran Bretaña, 81; Holanda, 25; Bélgica, 24; Dinamarca, 16; Irlanda, 15, y Luxemburgo, 6. A ello hay que añadir 24 representantes griegos, según se deriva del acta de adhesión de Grecia (art. 10).

b) La duración de su mandato es de cinco años.

c) La condición de representante de la Asamblea es compatible con la de miembros del Parlamento de un Estado miembro.

d) El día de la elección en los distintos Estados miembros se situará en un período único.

e) El procedimiento electoral se regirá en la primera elección de 1979 por las legislaciones nacionales, debiendo la Asamblea elaborar un proyecto de procedimiento electoral uniforme para las elecciones posteriores.

Las primeras elecciones se celebraron del 7 al 10 de junio de 1979 y las segundas en junio de 1984.

2.2.2. *Funcionamiento*

El Parlamento celebra una sesión anual, reuniéndose el segundo martes de mayo y el tercer martes de octubre y decidiendo sobre la duración de las interrupciones del período de sesiones. Puede, sin embargo, ser convocado extraordinariamente por su Presidente o a petición de la mayoría de sus miembros, del Consejo o de la Comisión.

Tiene su sede para los Plenos en Estrasburgo y las Comisiones y grupos políticos en Bruselas, según resolución de 7 de julio de 1981, reconocida por Luxemburgo y declarada legal por el Tribunal de Justicia (as. 230/81). La Mesa está compuesta por un Presidente y ocho Vicepresidentes, elegidos para cada período de sesiones por votación secreta. El Presidente abre, suspende y levanta las sesiones. Dirige los trabajos del Parlamento, asegura el cumplimiento del Reglamento, mantiene el orden, concede la palabra, pone fin a los debates, somete las cuestiones a votación y proclama los resultados de las votaciones.

Existe un Comité de Presidentes, compuesto por el Presidente del Parlamento, los Vicepresidentes, los Presidentes de las Comisiones y los de los grupos parlamentarios. Este Comité fija el orden del día.

Las Comisiones están presididas por un Presidente y uno o dos Vicepresidentes. Se reúnen previa convocatoria de su Presidente; sus reuniones no son públicas, salvo decisión en contrario. Las Comisiones designan para cada asunto a un ponente, que se encarga de preparar el informe de la Comisión y de defenderlo ante el Pleno. Este informe debe contener los motivos y la propuesta de resolución.

Los parlamentarios se encuentran agrupados no por países, sino por afinidad ideológica, existiendo en la actualidad siete grupos: conservadores, 48 (demócratas europeos); liberales, 33; socialistas, 131; comunistas, 42; partido popular europeo, 109; demócratas para el progreso (gaullistas), 28; otros (verdes, extrema derecha), 43. Su Presidente es en la actualidad el demócrata-cristiano francés PIERRE PFLINLIN, que ha sustituido al socialista holandés PIET DANKERT.

2.2.3. *Competencias*

Las competencias del Parlamento Europeo pueden clasificarse de la siguiente forma:

a) De control político. La Asamblea asegura el control político de la Comisión a través del procedimiento de moción de censura de los artículos 144 Tratado CEE, 114 Tratado CEEA y 24 Tratado CECA. La moción de censura, que debe ser motivada y presentada por escrito, se notifica a la Comisión. El Presidente lo notifica a la Asamblea y la discusión de abre veinticuatro horas al menos después de dicho anuncio. La votación sólo puede tener lugar tres días después por votación pública y nominal.

Para ser aprobada debe reunir una doble mayoría: los dos tercios de los votos emitidos y la mayoría de los miembros que componen la Asamblea.

En el caso de que la moción prospere los miembros de la Comisión deben abandonar colectivamente sus funciones, aunque deban seguir despachando los asuntos corrientes hasta que sean reemplazados. La colegialidad que caracteriza a la Comisión excluye la posibilidad de que la moción de censura se dirija solamente contra uno de sus miembros. También puede formular preguntas y elaborar resoluciones.

b) De participación en la elaboración de las disposiciones del Consejo o de la Comisión. Esta participación adopta la forma de una consulta a la Asamblea, quien emite su dictamen. En algunos casos la consulta es obligatoria (arts. 43, 56 y 100 Tratado CEE), en otros es simplemente facultativa. En este sentido hay que decir que en aplicación del Tratado de París la Comisión ha consultado frecuentemente a la Asamblea sin que existiese ninguna disposición que le obligase a ello.

Desde 1975 la Asamblea participa más activamente en los trabajos del Consejo, dentro de un procedimiento de concertación. Este procedimiento puede aplicarse a los actos comunitarios de alcance general, que tienen importantes implicaciones financieras y cuya adopción no se exige por disposiciones anteriores. Si surge una diferencia en relación

con tal tipo de actos entre el Consejo y la Asamblea, cada una de las dos instituciones puede pedir la apertura del procedimiento de concertación que se desarrolla en el seno de una «Comisión de concertación», compuesta por el Consejo y representantes de la Asamblea, asociándose la Comisión. A través de esta Comisión se trata de acercar las diferentes posiciones para que la Asamblea emita un nuevo informe y el Consejo decida definitivamente.

c) De participación en la firma de determinados acuerdos internacionales. En principio la Comisión y el Consejo negocian y concluyen los acuerdos internacionales en nombre de la Comunidad sin intervención de la Asamblea. Sin embargo, cuando se trata de acuerdos de asociación (arts. 238 Tratado CEE y 206 Tratado CEEA), que se celebran por el Consejo, la consulta a la Asamblea es obligatoria.

d) Presupuestarias. El proyecto de presupuesto de las Comunidades se elabora en base a un anteproyecto de la Comisión y se aprueba por mayoría cualificada del Consejo, quien, antes del 5 de octubre, debe remitirlo al Parlamento. Este puede, por motivos importantes, rechazar globalmente el proyecto de presupuesto y pedir un nuevo proyecto. Sin embargo, sus facultades de enmienda se encuentran muy limitadas.

- En lo que se refiere a los gastos que se derivan obligatoriamente de los Tratados o de las disposiciones dictadas en su desarrollo sólo puede proponer, por mayoría absoluta de los votos emitidos, modificaciones al proyecto de presupuesto. Si estas propuestas no tienen como efecto el aumentar la cuantía global de los gastos de una institución, se consideran aprobadas siempre que no se rechacen por mayoría cualificada. Por el contrario, si las propuestas implican un aumento de los gastos globales, deben aceptarse por el Consejo por mayoría cualificada.
- Respecto de los restantes gastos, la Asamblea goza de mayores poderes. Puede introducir modificaciones mediante enmiendas aprobadas por la mayoría de los miembros que la componen. Estas modificaciones pueden ser aprobadas, rechazadas o modificadas por el Consejo. En los dos últimos casos la Asamblea debe pronunciarse nuevamente de forma definitiva por mayoría de los miembros que la componen que representen tres quintas partes de los sufragios emitidos.

e) De participación en la revisión de los Tratados. La Asamblea participa obligatoriamente en el procedimiento de revisión de los Tratados, pudiéndose distinguir dos supuestos:

- Que decida sólo la revisión (art. 95, 3, Tratado CECA) a propuesta del Consejo y de la Comisión y previo informe favorable del Tribunal de Justicia.
- Que se limite a emitir un dictamen en los supuestos en que la competencia de revisión se atribuye al Consejo o a los Estados miembros.

2.3. OTRAS INSTITUCIONES

2.3.1. *Los órganos socio-económicos*

2.3.1.1. El Comité consultivo de la CECA

El Tratado de París prevé en su artículo 18 la creación de un Comité consultivo de 60 miembros como mínimo y 84 como máximo, compuesto, por partes iguales, por productores, trabajadores, usuarios y comerciantes.

Los miembros de este Comité son nombrados a título personal, por un período de dos años, y no están vinculados por ningún mandato o instrucción de las organizaciones que los han designado.

Por lo que respecta a los productores y trabajadores, el Consejo designará las organizaciones representativas, entre las cuales distribuirá los puestos atribuidos a ella. El nombramiento se hará basándose en esta lista.

El Comité designa entre sus miembros al Presidente y a la Mesa por un período de un año. La Alta Autoridad puede consultar al Comité consultivo en todos los casos en que lo considere oportuno y siempre que venga obligado a ello en virtud del Tratado CECA. Además, someterá al Comité consultivo los objetivos generales y los programas establecidos con arreglo al artículo 46 Tratado CECA y le mantendrá informado de las líneas directrices de su acción en materia de inversiones y ayudas financieras y acuerdos y concentraciones.

Si la Alta Autoridad lo estima necesario, puede fijar al Comité consultivo un plazo para la presentación de su dictamen, que no puede ser inferior a diez días. El Comité consultivo es convocado por su Presidente, bien a instancia de la Alta Autoridad, bien a instancia de la mayoría de sus miembros para deliberar sobre una cuestión determinada, remitiéndose al acta de estas deliberaciones a la Alta Autoridad y al Consejo.

2.3.1.2. El Comité Económico y Social

El Comité Económico y Social, previsto en los artículos 193 Tratado CEE y 165 Tratado CEEA, es una institución común a estas dos Comunidades. Se compone de 144 miembros, repartidos de la siguiente forma: Bélgica, 12; Dinamarca, 9; Alemania, 24; Grecia, 12; Francia, 24; Irlanda, 9; Italia, 24; Luxemburgo, 6; Holanda, 12, y Reino Unido, 24. Debe estar integrado por representantes de los diferentes sectores de la vida económica y social, en particular: productores, agricultores, transportistas, trabajadores, comerciantes, artesanos profesionales liberales y representantes del interés general. Los miembros del Comité se nombran, por acuerdo unánime del Consejo, por un período de cuatro años, siendo su mandato renovable. Para ello cada Estado miembro propone al Consejo una lista que contiene doble número de candidatos que puestos atribuidos a sus ciudadanos.

El Comité designa, de entre sus miembros, al Presidente y a la Mesa por un período de dos años. Comprende secciones especializadas para las principales materias contenidas en los Tratados, teniendo especial importancia las Secciones de Agricultura y de Transportes. También pueden crearse subcomités para elaborar proyectos de dictámenes sobre cuestiones determinadas que posteriormente someterán al Comité.

El Comité Económico y Social tiene una función meramente consultiva, pudiendo ser consultado por el Consejo o la Comisión siempre que lo estimen oportuno y en todo caso en los supuestos previstos en los Tratados.

La conferencia de Jefes de Estado o de Gobierno reunida en París el 19 y 20 de octubre amplió los poderes del Comité Económico y Social reconociéndole un derecho de iniciativa. Es decir, la posibilidad de emitir informes sobre cualquier cuestión referente al trabajo comunitario a instancia propia. Este derecho se ha recogido en el Reglamento del Comité.

Por otro lado, el papel del Comité Económico y Social se ha hecho cada vez más importante en la medida en que participa en la elaboración de las disposiciones comunitarias a través de una interpretación amplia del artículo 20 de su Reglamento interior, no limitándose a informar proyectos de disposición totalmente elaborados.

2.3. *Los Comités técnicos*

No es posible examinar dentro de esta exposición general todos los Comités técnicos que existen. Por tanto, vamos a limitarnos a ciertas ideas generales.

Los Comités técnicos están normalmente destinados a emitir un dic-

tamen o a preparar los acuerdos que deben ser adoptados por las autoridades comunitarias. Fuera de los Comités previstos por los Tratados se puede uno plantear cuál es el fundamento jurídico que ha permitido su creación.

Dentro del Tratado CEEA existe una disposición, el artículo 16, 2, que establece que «la Alta Autoridad puede crear Comités de estudio y especialmente un Comité de estudios económicos». Igualmente, en el Tratado CEEA el artículo 134 dice que «la Comisión... puede crear cualquier Comité de estudios necesario para la realización de su misión». Pero no ocurre lo mismo en el Tratado CEE, entendiendo los autores que la creación de estos Comités por el Consejo puede basarse en el artículo 145, que establece la obligación de esta institución de asegurar la coordinación de las políticas económicas generales de los Estados miembros, dotándola de un poder de decisión, y en cuanto a la Comisión en el artículo 155, primer apartado, pues si está encargada de velar por la aplicación de las disposiciones del Tratado puede también recabar la ayuda de un Comité o grupo de expertos.

La variedad de estos Comités es muy amplia. Unos han sido creados por los Tratados, otros por actos de la instituciones: Consejo o Comisión. Su composición, igualmente, es muy variable: representantes de los Estados o de los medios profesionales, expertos independientes, delegados de la Comisión...

2.3.2.1. El Comité monetario

Se encuentra previsto por el artículo 105 del Tratado CEE y su estatuto se aprobó por Decisión de 18 de marzo de 1958, modificado por Decisión de 25 de marzo de 1976.

Este Comité tiene por objeto promover la coordinación de las políticas de los Estados miembros en materia monetaria en la medida necesaria para el funcionamiento del Mercado Común. Para ello debe seguir la situación monetaria y financiera de los Estados miembros sobre los que emite periódicamente un informe al Consejo y a la Comisión.

El Consejo o la Comisión deben obligatoriamente solicitar dictamen del Comité monetario en los casos previstos en los artículos 69 (adopción de directivas en materia de libre circulación de capitales), 71 (realización de recomendaciones por la Comisión para sobrepasar el grado de liberalización de capitales previsto en los Tratados), 73 (adopción de medidas de protección por los Estados miembros en el caso en que los movimientos de capitales provoquen perturbaciones en el funcionamiento de su mercado), 107 (adopción de medidas de salvaguardia por los Estados miembros cuando uno modifique su tipo de cambio falseando

gravemente la competencia), 108 (asistencia mutua en caso de graves dificultades de la balanza de pagos de un Estado miembro) y 109 (modificación, suspensión o supresión de las medidas de salvaguardia adoptadas por un Estado miembro para hacer frente a una crisis súbita de la balanza de pagos). En todo caso el Comité puede y debe emitir dictamen por iniciativa siempre que lo considere necesario para el cumplimiento de su misión. Respecto de su composición, forman parte de este Comité dos miembros elegidos por cada Estado miembro y dos por la Comisión y sus dictámenes se aprueban por mayoría de 11 votos.

2.3.2.2. El Comité de Transportes

Se encuentra previsto en el artículo 83 Tratado CEE y su estatuto fue aprobado por Decisión de 15 de septiembre de 1958, modificado por Decisión de 22 de junio de 1964. Está compuesto por expertos designados por los Gobiernos de los Estados miembros. La Comisión debe oír a este Comité en materia de transportes, siempre que lo estime conveniente, sin perjuicio de las atribuciones de la Sección de Transportes del Comité Económico y Social.

2.3.2.3. El Comité especial de los artículos 111 y 113 Tratado CEE

Según establecen los artículos 111 y 113 del Tratado CEE, un Comité especial se encargará de asistir a la Comisión en las negociaciones con terceros países. Este Comité se compone de representantes de los Estados miembros, siendo su Presidente el representante del Estado que preside el Consejo. La Comisión participa en sus trabajos y puede, en cualquier momento, pedir su convocatoria.

Emite dictámenes y vigila la ejecución de las directivas del Consejo, así como el respeto de los intereses de los Estados.

2.3.2.4. El Comité de Gestión del Fondo Social

En la gestión del Fondo Social Europeo, que incumbe a la Comisión, ésta se ve asistida por un Comité compuesto por representantes de los Gobiernos y de las organizaciones sindicales de trabajadores y empresarios, cuya presidencia se atribuye a un miembro de la Comisión.

Su funcionamiento se regula por los artículos 9 y 10 del Reglamento 2396/71, de 8 de noviembre. Debe ser consultado sobre cualquier cuestión relativa a la actividad del Fondo y puede, por propia iniciativa, emitir dictámenes. En el caso en que la Comisión no siga el dictamen del Comité debe, en un plazo de seis semanas, informar de las razones que han motivado su decisión.

2.3.2.5. Otros Comités

Además de estos Comités previstos en los Tratados existen otros creados por un acto del Consejo o de la Comisión. Como tales pueden mencionarse: el Comité de Política Económica, que tiene por objeto contribuir a la coordinación de las políticas económicas a corto y medio plazo de los Estados miembros; el Comité Permanente de Empleo, que asegura el diálogo permanente entre los Estados miembros, la Comisión y las partes sociales para facilitar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, armonizándolas con los objetos comunitarios; el Comité de Política Regional, que estudia las medidas que deben adoptarse por la Comunidad para atenuar los desequilibrios regionales y contribuir a la coordinación de las políticas regionales de los Estados miembros; el Comité Permanente de Estructuras Agrícolas, que se encarga de estudiar las medidas y programas previstos por la Comisión para la mejora de las estructuras agrícolas; el Comité del FEOGA, que asiste a la Comisión en la administración del FEOGA; el Comité Consultivo para los Problemas de la Política de Estructura Agrícola, que informa a la Comisión sobre los problemas relativos a la puesta en práctica por la Comunidad de la política de mejora de las estructuras agrícolas; el Comité consultivo en materia aduanera, que informa sobre todos los problemas relativos a la aplicación de las disposiciones comunitarias en materia aduanera; el Comité consultivo para la seguridad social de los trabajadores emigrantes, que informa sobre los principales problemas que se derivan de la aplicación del artículo 51 Tratado CEE; el Comité consultivo para los mercados públicos, que examina los problemas planteados por la aplicación de las medidas adoptadas por el Consejo en lo que se refiere a los mercados públicos de trabajo y de suministro; los Comités consultivos en materia de gestión de programas de investigación, que tienen por objeto garantizar la buena ejecución de cada uno de estos programas; el Comité consultivo de consumidores, que representa los intereses de los consumidores ante la Comisión; el Comité consultivo para la formación de los médicos, que contribuye a asegurar un mismo nivel de formación de los médicos dentro de la Comunidad; el Comité farmacéutico, que debe examinar cualquier cuestión referente a la aplicación de las directivas sobre especialidades farmacéuticas; el Comité consultivo para la formación profesional, que asiste a la Comisión en el cumplimiento de sus funciones en el campo de la formación profesional; el Comité consultivo en materia de acuerdos y posiciones dominantes, que debe ser consultado previamente a la adopción de cualquier decisión como consecuencia de un procedimiento del Reglamento 17, y el Comité consultivo de libre circulación de trabaja-

dores, que examina los problemas de libre circulación y empleo dentro de las políticas nacionales sobre mano de obra, así como emite los dictámenes motivados a petición de la Comisión o por propia iniciativa sobre el mercado de empleo, los movimientos de trabajadores entre Estados miembros y los programas de orientación y formación profesional.

3. PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGE EL FUNCIONAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS

3.1. EL EQUILIBRIO INSTITUCIONAL

La construcción institucional comunitaria, como veíamos anteriormente, no se basa en la teoría de la separación de poderes tal y como lo recoge el constitucionalismo clásico. Por muchas razones, que van desde su carácter prefederativo a su misión de administración económica, esta construcción no reparte los poderes a partir de un análisis previo de las funciones que se atribuirán a cada una de las instituciones. Si la función jurisdiccional obedece todavía a este esquema, está claro que no ocurre lo mismo con la función ejecutiva y la legislativa. La función estrictamente consultiva de la institución parlamentaria, comparada con las potestades normativas y ejecutivas reconocidas al Consejo y a la Comisión, hace que el equilibrio institucional comunitario sea más que una expresión particular de la tradicional separación de poderes, una ilustración de las tesis, que criticando dicha teoría han tratado de establecer una doctrina del «poder gubernamental», según la cual deben atribuirse a una misma institución aquellas facultades normativas, de ejecución y de administración necesarias para dotar de eficacia a una determinada acción.

En consecuencia, podemos decir que el equilibrio institucional en la Comunidad conlleva un aspecto individual y otro recíproco. En base al primero no se puede privar a una institución del ejercicio de una competencia en beneficio de otra institución o de un organismo no previsto por el Tratado. Así lo ha expresado el Tribunal de Justicia en su dictamen 1/76, declarando que el Estatuto del Fondo Europeo de Inmovilización de la Navegación Interior constituía «una modificación de la constitución interna de la Comunidad por la alteración de los elementos esenciales de la estructura comunitaria en lo que se refiere tanto a las prerrogativas de las instituciones como a la posición recíproca de los Estados miembros».

En cuanto al segundo, el aspecto recíproco significa que, en el ejercicio de sus competencias, las instituciones deben conservar el lugar y la

misión que les han sido asignadas por el sistema del Tratado, siendo, en definitiva, el respeto a esta repartición recíproca lo que constituye en esencia el equilibrio institucional.

3.2. EL PODER DE AUTO-ORGANIZACIÓN

Un segundo principio de funcionamiento de las instituciones comunitarias es el poder reconocido a las instituciones de organizarse por sí mismas. Este poder, que no puede, evidentemente, ejercerse más que dentro del respeto a los Tratados, encuentra su primera expresión en la elaboración de reglamentos de régimen interior. Estos reglamentos se encuentran previstos en numerosos preceptos: artículos 25 Tratado CECA y 152 Tratado CEE para la Asamblea; 5 y 16 del Tratado de Fusión para el Consejo y la Comisión. Estos reglamentos determinan las modalidades de funcionamiento orgánico, así como los métodos de trabajo. Vinculan a las instituciones que los han elaborado y el Tribunal de Justicia no duda en invocarlos para controlar la regularidad del funcionamiento institucional cuando éste es puesto en tela de juicio. Así ha ocurrido, por ejemplo, en el as. 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. contra Comisión* (Rec. 1972, pág. 619), en el que la demandante alegó que el pliego de cargos que se le había notificado era irregular porque venía firmado por el Director General de la competencia por delegación cuando dicha delegación de poderes por parte de la Comisión no era admisible. El Tribunal desestimó este argumento considerando que dicha delegación constituía una medida relativa a la organización interna de los servicios de la Comisión conforme al artículo 27 de su Reglamento interno.

Por otro lado, la propia jurisprudencia ha establecido las reglas que contribuyen a precisar este principio de auto-organización. En primer lugar, cada institución dispone de un poder discrecional para la organización interna de sus servicios (as. 109/63 y 13/64, *Muller*, Rec. 1964, página 1295; as. 18 y 35/65, *Guttmann*, Rec. 1966, pág. 150). Si el funcionamiento de los servicios o su mala administración causa un perjuicio el Tribunal declara la obligación de reparar los daños causados sin entrar a discutir el poder de la institución (as. 17/68, *Reonarzc*, Rec. 1969, pág. 61; as. 5/70, *Prelle*, Rec. 1970, pág. 1075). La organización de estos servicios se encuentra dominada por la necesidad de garantizar su funcionamiento continuado (as. 26/67, *Danvin*, Rec. 1968, pág. 463), se basa en el principio de jerarquía (as. 16/67, *Laberyrie*, Rec. 1968, página 431) y, por último, las instituciones son las únicas responsables

de las obligaciones contraídas por sus servicios que carecen de personalidad jurídica propia (as. 66/63, Holanda contra Alta Autoridad, Rec. 1964, pág. 1047).

3.3. LA EXISTENCIA DE COMPETENCIAS COMPARTIDAS CON LOS ESTADOS MIEMBROS

El reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros puede examinarse en dos ámbitos distintos: las relaciones exteriores y el orden comunitario interno.

Respecto de las relaciones exteriores, el primer problema que se plantea es el de la capacidad de la Comunidad y sus relaciones con su competencia exterior. La posición adoptada por el Tribunal de Justicia a este respecto no deja lugar a ningún género de dudas. Si, según el artículo 210 Tratado CEE, «la Comunidad tiene personalidad jurídica», hay que deducir que «en las relaciones exteriores la Comunidad goza de la capacidad necesaria para establecer vínculos contractuales con terceros países» (as. 22/70, AETR, Rec. 1971, pág. 263). Además, si fuera de otra manera, no tendría razón de ser el artículo 228 Tratado CEE que se refiere a la hipótesis de la conclusión de acuerdos entre la Comunidad y terceros países o una organización internacional. Habiendo afirmado el Tribunal de Justicia que el artículo 210, colocado a la cabeza de la sexta parte del Tratado consagrado a las disposiciones generales y finales, significa que, en las relaciones exteriores, la Comunidad goza de capacidad para contraer obligaciones internacionales en todo lo que se refiere al campo de los objetivos definidos en la primera parte del Tratado (as. 3,4 y 6/76, Kramer, Rec. 1976, pág. 1279).

Cuando, como ocurre en los artículos 111, 113 y 238 Tratado CEE, los Tratados han previsto esta competencia, no debería existir ninguna dificultad, pero no ocurre lo mismo cuando no existe una atribución explícita. Esto plantea el problema, por un lado, de la existencia misma de la competencia y, por otro, de su exclusividad.

La existencia de una competencia en favor de la Comunidad cuando no existe una atribución explícita por una disposición de Tratado puede considerarse de dos maneras. La una consiste en negarla, basándose en el artículo 228 Tratado CEE, que habla de «los casos en que las disposiciones del presente Tratado prevean la conclusión de acuerdos...». La otra, por el contrario, tiende a reconocer esta existencia basándose en una atribución implícita y en una interpretación finalista del Tratado. Es esta última interpretación la recogida por el Tribunal de Justicia, para quien «una tal competencia resulta no solamente de una atribución explí-

cita del Tratado, sino, igualmente, de forma implícita, de otras disposiciones del Tratado, del acta de adhesión y de los actos adoptados en el marco de estas disposiciones por las instituciones de la Comunidad» (as. 3,4, 6/67, Kramer). Además, «cada vez que el Derecho comunitario establece, en favor de las instituciones de la Comunidad, competencias en el plano interno para realizar un objetivo determinado, la Comunidad se encuentra investida de la competencia para adoptar los compromisos internacionales necesarios para la realización de estos objetivos, aun en ausencia de disposición expresa al respecto» (Dictamen 1/76, de 26 de abril de 1976).

De lo expuesto sobre la existencia de competencia en las relaciones exteriores se deduce claramente su exclusividad. Sin embargo, esta exclusividad ha sido, en cierta medida, atemperada, permitiendo a los Estados miembros participar al lado de la Comunidad en la conclusión del acuerdo, tal es el caso de acuerdo sobre la navegación en el Rhin.

Esto nos puede llevar a preguntarnos cuáles son las competencias que conservan como propias los Estados miembros. A ello podemos responder que todas aquellas que no estén comprendidas en la especialidad de la Comunidad y, además, todas aquellas respecto de las cuales no esté previsto una política común. Sin embargo, desde el momento que se establece la competencia en favor de la Comunidad, aunque ésta no se haya ejercido, los Estados miembros no pueden ejercitarla de forma autónoma.

En cuanto a la competencia comunitaria interna se presenta como una competencia de atribución definida a partir de las limitaciones consentidas por los Estados miembros al ejercicio de sus derechos en determinados campos.

Esta regla general, sin embargo, sólo refleja de una forma imperfecta la realidad, ya que la extensión y profundidad de la empresa comunitaria varía no solamente según los sectores, sino en función del proceso de establecimiento del Mercado Común, de sus exigencias, de sus realizaciones y de sus consecuencias. Así, nos encontramos en presencia de un sistema complejo en el que, junto a competencias totalmente abandonadas por los Estados en favor de la Comunidad, como ocurre en materia de aduanas, existen otras que sólo han sido atribuidas parcialmente a la Comunidad. Pero sobre este sistema la jurisprudencia no ha cesado de ejercer una presión inspirada por las exigencias del concepto de mercado común, con lo que ello implica de solidaridad, unidad y eficacia. Esta presión se ha ejercido en una doble dirección, tanto respecto de las competencias comunitarias a las que ha tratado de dar un fundamento

coherente lo que implica una concepción extensiva, como respecto de las competencias estatales que en determinadas materias ha modificado en cuanto a su naturaleza y campo de aplicación.

En este sentido, el Tribunal ha ampliado las competencias comunitarias mediante la aplicación de la teoría de los poderes implícitos y ha impuesto a los Estados miembros determinadas obligaciones en nombre del deber de cooperación comunitario.

3.4. LA AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DE LOS TRES TRATADOS

Como establece el artículo 232 Tratado CEE, «las disposiciones del presente Tratado no modificarán las del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, en particular, por lo que respecta a los derechos y obligaciones de los Estados miembros, las competencias de las instituciones de dicha Comunidad y las normas establecidas en dicho Tratado para el funcionamiento del Mercado Común del Carbón y del Acero.

Las disposiciones del presente Tratado no afectarán a las estipulaciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica».

El Tribunal ha sacado de este principio una doble consecuencia: por un lado, que no es posible resolver un problema que nazca de la aplicación de uno de los Tratados mediante la aplicación de normas de otro Tratado y, por otro, que una disposición más restrictiva de un Tratado no tiene incidencia alguna en la aplicación de otra disposición de diferente Tratado con un alcance menos restrictivo, aunque recaiga sobre la misma materia (Dictamen 1/75, de 11 de noviembre de 1975). Por otro lado, la convención de 25 de marzo de 1957 sobre determinadas instituciones comunes a los tres Tratados, por lo que se refiere a la Asamblea, el Tribunal de Justicia y el Consejo Económico y Social, como el Tratado de Fusión de 8 de abril de 1965, respecto del Consejo y de la Comisión, son disposiciones que se limitan a una unión orgánica sin modificar sustancialmente las competencias y atribuciones de estas instituciones tal y como están definidas en los tres Tratados, lo que en la práctica ha planteado problemas (as. 101/63, Wagner, Rec. 1964, pág. 381, y as. 230/81, Luxemburgo contra Parlamento Europeo, Rec.).

Sin embargo, la unidad orgánica ha influido en la evolución del Derecho comunitario a través de su interpretación. Así, el Tribunal de Justicia habla de una «comunidad de inspiración» entre las disposiciones análogas de los tres Tratados (as. 13/60, *Comptoirs de vente du charbon*

de la Rhur, Rec. 1962, pág. 165) o que las disposiciones en materia de funcionarios deben ser interpretadas en «el sentido de la unidad funcional de las Comunidades Europeas y de las instituciones anejas» (as. 27 y 39/59, Capolongo, Rec. 1959, pág. 824).

En consecuencia, se hace preciso una cierta armonización, pues si los Tratados participan de una inspiración común, su independencia corre el riesgo de atenuar las consecuencias normales de esta Comunidad, acentuando artificialmente los caracteres que las diferencian.

CÉSAR ALBIÑANA CILVETI

Abogado del Estado

La armonización legislativa del Derecho de Sociedades

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. *El Derecho de Sociedades y la libertad de establecimiento. Artículo 52.*—1.2. *La armonización de los Derechos de Sociedades nacionales. Artículo 54.3.*—1.3. *El concepto de Sociedades en Europa. Artículo 58.*—2. CONTENIDO NORMATIVO DEL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES: 2.1. *Las Directivas:* 2.1.1. 1.ª, de 9 de marzo de 1968 sobre publicidad.—2.1.2. 2.ª, de 13 de diciembre de 1976 sobre capital.—2.1.3. 3.ª, de 9 de octubre de 1978 sobre fusiones. 6.ª, de 17 de diciembre de 1982 sobre escisiones.—2.1.4. Directivas sobre contabilidad y auditorías: 4.ª, de 25 de julio de 1978 sobre cuentas sociales. 7.ª, de 25 de junio de 1983 sobre estados financieros consolidados. 8.ª, de 25 de junio de 1984 sobre auditores.—2.1.5. Proyectos de Directivas: Propuesta de 5.ª Directiva sobre la estructura de la Sociedad Anónima. Propuesta de 9.ª Directiva sobre grupos de Sociedades.—2.1.6. Directivas en materia bancaria.—2.1.7. Directivas en materia de Bolsa.—2.1.8. Directivas en materia de Seguros.—2.2. *Los convenios amparados en el artículo 220.3 del TCEE.*—2.2.1. Convenio de Bruselas de 29 de febrero de 1968 sobre reconocimiento mutuo de Sociedades.—2.2.2. Proyecto de Convenio sobre fusiones internacionales.—2.2.3. Proyecto de Convenio sobre transferencia internacional de Sede Social.—2.3. *Reglamentos amparados en el artículo 235 del TCEE.*—2.3.1. Propuesta de Reglamento sobre Grupo Europeo de Cooperación.—2.3.2. Propuesta de Reglamento para la creación de Empresas comunes.—2.3.3. Proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea: 1. Antecedentes.—2. Estructura.—3. Contenido.—4. Líneas básicas de la Sociedad Anónima europea.—3. ADAPTACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL DE SOCIEDADES.—4. INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA BÁSICA.

1. INTRODUCCION

1.1. EL DERECHO DE SOCIEDADES Y LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO (ART. 52)

Como una aproximación inicial al tema, puede decirse que el denominado Derecho Europeo de Sociedades no es sino una de las consecuencias de la libertad de establecimiento que regula el artículo 52 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE), a cuyo amparo

se pretende la progresiva supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento de los ciudadanos procedentes de un Estado miembro en el territorio de cualquier otro Estado miembro. Concretamente, el segundo párrafo de dicho precepto dispone que:

«La libertad de establecimiento comporta el acceso a actividades no asalariadas y a su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y en particular de Sociedades en el sentido del artículo 58, 2, en las condiciones establecidas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales...».

La libertad de establecimiento supone, por tanto, esencialmente, la posibilidad de transferir o constituir el centro principal de la actividad de las Sociedades de un Estado miembro a otro sin discriminación, de donde se deduce que cuanto más próximas sean las legislaciones reguladoras de las Sociedades, menõs problemas encontrará aquella libertad.

Pues bien, uno de los instrumentos para lograr este objetivo es la armonización de los derechos nacionales de Sociedades, armonización que podrá hacerse a través de directivas, de convenios o de Reglamentos.

La idea básica a retener es que el TCEE no impone la uniformidad de las legislaciones nacionales de Sociedades, sino que estas legislaciones no supongan discriminación para el establecimiento de Sociedades procedentes de otro Estado miembro, o diferencias en cuanto a las garantías y protección para los socios o para los terceros.

En definitiva, la armonización forma parte del objetivo más general de conseguir una progresiva internacionalización de las relaciones económicas a través de una equiparación de los ordenamientos jurídicos.

1.2. LA ARMONIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE SOCIEDADES NACIONALES (ART. 54, 3)

El artículo 54, 3, g), del TCEE es el que fundamenta las directivas hasta ahora publicadas y los proyectos en curso. Interesa destacar, antes de hacer su interpretación, que el artículo 54 se refiere a la libertad de establecimiento, disponiendo en su apartado 1 la elaboración de un programa para la supresión de las restricciones a dicha libertad en el interior de la Comunidad, y relacionando en el apartado 3 los medios con que cuentan la Comisión y el Consejo para llevar a cabo su misión, uno de los cuales es precisamente el previsto en el apartado g), esto es:

«Coordinar, en la medida necesaria y con el fin de hacerles equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros, a las

Sociedades a que se refiere el artículo 58, 2, para proteger los intereses de los socios y de los terceros».

Lo anterior confirma cuanto venimos diciendo sobre la naturaleza del Derecho de Sociedades europeo, pero exige un análisis pormenorizado del precepto transcrito, con base a las siguientes consideraciones:

A) La finalidad de la actuación del Consejo o de la Comisión es la coordinación, no la unificación. La Comisión, en un memorándum publicado en el *Boletín de la CEE* (suplemento al núm. 9/10, de 1966), ha dado una interpretación muy amplia al campo de aplicación de la coordinación que puede abarcar medidas tendentes: 1) a garantizar la seguridad jurídica; 2) a evitar distorsiones económicas; 3) a mantener una concurrencia efectiva; 4) a facilitar el acceso al mercado de capitales; 5) a facilitar la constitución y administración de filiales; 6) a facilitar los problemas de la participación; 7) a facilitar una reglamentación de las funciones internacionales, etc.

B) La coordinación tiene un límite que es «la medida necesaria». Se trata de un concepto jurídico indeterminado, pues la necesidad que justifique la coordinación no está precisada ni se aportan criterios concretos que permitan saber cuándo concurre efectivamente tal necesidad. El hecho de que las diferentes legislaciones contengan un tratamiento distinto para las diferentes cuestiones no supone por sí solo la necesidad de coordinación, sino que ésta vendrá determinada por la finalidad que dicha coordinación comporta.

C) La finalidad de la coordinación es hacer «equivalentes» las garantías. Se introduce aquí otro concepto jurídico indeterminado, pues no se trata de equiparar o identificar las medidas, sino de hacerlas equivalentes, por lo que al problema de encontrar la fórmula para hacer equivalentes unas medidas se une después el problema de interpretar si las modificaciones que las legislaciones nacionales introduzcan como consecuencia de las correspondientes directivas cumplen dicha finalidad.

D) El objetivo último de la actividad de coordinación es la protección de los socios y de los terceros. Sin duda, entendió el constituyente comunitario que la libertad de establecimiento en materia de Sociedades sólo sería realmente posible si los socios y los acreedores resultaban garantizados en sus respectivos derechos con medidas que resultasen equivalentes cualquiera que fuese el país de la CEE en que se encontrasen.

E) Finalmente, el precepto comentado contiene una remisión material al artículo 58, párrafo 2, del TCEE, para determinar el destinatario de las garantías exigidas en los Estados miembros. La determinación de las Sociedades afectadas exige un mayor detenimiento.

1.3. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD EN LOS PAÍSES MIEMBROS (ART. 58)

El artículo 58, párrafo 1.º, del TCEE utiliza dos criterios para el reconocimiento de las Sociedades:

- A) La constitución de la Sociedad.
- B) La sede social.

A) El primer criterio no plantea problemas en principio, pero como los sistemas nacionales de constitución de Sociedad son distintos en cada uno de los países (así, en Alemania e Italia es un sistema de control judicial, en Holanda rige un sistema de control administrativo [Ministerio de Industria] y en Bélgica un sistema de control notarial), resultará una diversidad importante que, en su caso, habrá que armonizar, pero que no tiene influencia a los efectos de la aplicación del Tratado, en el sentido de que sea cual sea el sistema de constitución, siempre que esté reconocido en la legislación de un Estado miembro tendrá la consideración prevista en el propio artículo 58.

B) El segundo criterio es el de la sede. En este punto también existen divergencias:

a) En Holanda e Inglaterra prevalece el criterio de la sede social o registro. En este sentido basta que una sociedad tenga un mero apartado de correos, aunque su actividad y oficinas se encuentren en otro país, para que tenga aquella nacionalidad.

b) En Alemania, Francia y Bélgica prevalece el criterio de la sede real, esto es, donde radica la administración central de los negocios.

Como consecuencia de ello, y por aplicación del TCEE, podrán darse Sociedades con doble nacionalidad. Pues bien, el artículo 58, a la vista de la variedad de sistemas, no ha pretendido (he aquí un ejemplo de lo que más arriba hemos indicado), unificar las legislaciones, sino coordinarlas, estableciendo como puntos de conexión indistintamente:

- la sede social;
- la administración central;
- el establecimiento principal.

Por otra parte, resulta problemática la definición de Sociedades que contiene el artículo 58, párrafo 2.º. Dispone que:

«Por Sociedades se entienden las Sociedades de Derecho civil o mercantil, incluidas las cooperativas y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que carezcan de fin de lucro».

Veamos el panorama que existe en este tema, para intentar concretar el ámbito de aplicación del precepto transcrito.

En los ordenamientos latinos, la *Sociedad* se caracteriza por ser un grupo de personas que, con personalidad jurídica independiente o no, persigue un fin lucrativo. A la Sociedad se contrapone la *Asociación*, que no persigue fin lucrativo, y la *Fundación*, cuya existencia no se basa en un contrato, sino en el acto de fundación.

La característica del fin lucrativo ha sido lo que más ha evolucionado en los últimos años. En efecto, la intervención del Estado en la economía mediante Sociedades de muy diversa naturaleza que, por razones de interés público, son deficitarias, por lo que carecen de lucro, y, por otro lado, la posibilidad de Sociedades que buscan simplemente protegerse de las pérdidas, están sometiendo a revisión el requisito del fin lucrativo como requisito esencial.

En el ordenamiento germánico la distinción de personas jurídicas se hace en función de su estructura y no en razón de su finalidad. La «Gesellschaft» y la «Verein» no tienen por qué perseguir necesariamente un fin de lucro. La segunda se organiza, en principio, de acuerdo con la norma de incorporación y tiene, como norma general, personalidad jurídica.

En los ordenamientos anglosajones, aunque se aproximan más al ordenamiento germánico que al latino, tiene sus propias características. La «Partnership» es un grupo de socios sin personalidad jurídica, que persigue fin de lucro, se trata de una Sociedad de personas. La «Company» tiene personalidad jurídica («corporated body»), es reconocida por ley y puede ejercer o no actividad lucrativa. La «private company» suele ser de responsabilidad limitada. La «Public company» suele ser Sociedad por acciones.

Otras diferencias pueden también establecerse en función del *reconocimiento de la personalidad jurídica* o de la *responsabilidad por actos «ultra vires»*. En relación con el primer criterio, en principio, las Sociedades regularmente constituidas tienen personalidad jurídica, pero a determinados efectos sólo la tienen algunas de ellas (SA, SRL). Por otra parte, en Francia predomina el sistema contractual de mero acuerdo de voluntad, mientras que el sistema alemán o anglosajón es institucional: se necesita un reconocimiento de inscripción registral.

En cuanto al segundo criterio, al sistema anglosajón, sólo son vincu-

lantes los actos relativos a la realización del objeto social, mientras los *ultra vires* ni vinculan ni pueden rectificarse. Por el contrario, en el sistema continental (salvo en Alemania) admite en las Sociedades creadas *a toutes fins* la vinculación por actos *ultra vires* de sus órganos de gobierno, aunque se fundamenten en la doctrina de la culta *in eligendo*.

Partiendo de estas bases y diferencias, el artículo 58, párrafo 2, del TCEE entiende por Sociedades:

1.º Las Sociedades civiles o mercantiles, incluidas las cooperativas.

En algunos países el criterio de distinción es puramente formal y no por el fin y objeto. En otros tiene consecuencias, pues sólo las mercantiles se organizan de manera detallada y tienen personalidad jurídica, mientras que esto no ocurre o puede no ocurrir con las civiles. En otros países no existe o ha desaparecido la distinción.

2.º Las personas jurídicas de Derecho público o privado.

3.º Por último, se excluyen las Sociedades sin fin lucrativo, aunque este concepto, como hemos visto, está sometido a revisión. Precisamente para evitar tales inconvenientes se ha sustituido la noción de beneficio por la noción de prestación a título oneroso, de manera que se consideran Sociedades con fin lucrativo a aquellas que, aun no teniendo beneficios, realicen prestaciones mediante precio.

2. CONTENIDO NORMATIVO DEL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES

2.1. DIRECTIVAS

Hagamos ahora una referencia al contenido de las directivas hasta ahora aprobadas o en proyecto:

2.1.1. 1.ª Directiva: Es la 68/151, de 9 de marzo de 1968, publicada en el JOCE 65/68, de 14 de marzo, sobre publicidad y validez de los actos sociales.

Las líneas básicas de la directiva pueden resumirse así:

1.º Esta directriz es aplicable a Sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, cotizadas o no en Bolsa, y a Sociedades colectivas, e incluye requisitos básicos sobre información y validez de las obligaciones sociales.

2.º Las disposiciones respecto a publicación de datos contempla la constitución de las empresas, los nombres de las personas facultadas para

actuar en nombre de la compañía (por ejemplo, consejeros y ejecutivos), datos del domicilio social, publicación de estados financieros y anuncio de disolución de una compañía. Cada Estado miembro debe crear registros de Sociedades en los que dicha información esté públicamente disponible.

3.º La validez de los actos realizados en nombre de la Sociedad se orienta en el sentido de limitar las causas de invalidez de las obligaciones asumidas en nombre de la Sociedad, de manera que ésta se obliga para con terceros por actos realizados por sus órganos, aunque exceden de limitaciones estatutarias o de una decisión de sus órganos de gobierno, o del objeto social, salvo que excedan de las facultades que la ley confiere a tales órganos.

2.1.2. 2.ª Directiva: Es la 77/91, de 13 de diciembre de 1976, publicada en el JOCE 26/77, de 31 de enero, sobre capital.

Las líneas básicas de la directiva, que tiene 44 artículos, pueden resumirse así:

1.º En materia de constitución: 1) se exigen unos contenidos mínimos en los Estatutos sociales; 2) un capital mínimo (25.000 ECU); 3) se regulan las aportaciones *in natura*; 4) las Sociedades de un solo socio; 5) la distribución de beneficios, y 6) la adquisición por la Sociedad de sus propias acciones, como aspectos más destacados. Todo ello con el fin de permitir a todo interesado conocer las características esenciales de la Sociedad y su exacto capital.

2.º En materia de modificación del capital se regulan: 1) los requisitos del aumento del capital; 2) el capital autorizado; 3) la emisión de obligaciones; 4) el derecho de suscripción preferente, y 5) la reducción de capital y cuestiones conexas a los fines de respetar el trato igualitario de los accionistas y protección de los acreedores.

2.1.3. 3.ª Directiva: Es la 78/855, de 9 de octubre de 1978, publicada en el JOCE L 295/78, de 20 de octubre, sobre fusiones.

Las líneas básicas son las siguientes:

1.º Se distinguen entre fusión por absorción y mediante creación de nueva Sociedad, definiéndose ambos procedimientos.

2.º Se regula detalladamente el procedimiento de fusión: proyecto, publicidad, acuerdos sociales, dictamen de expertos independientes, examen por los accionistas, trabajadores, acreedores, efectos y nulidad.

3.º Se regula la incorporación de una Sociedad en otra que posee todas las acciones de la primera, y se declara la aplicabilidad de estas nor-

mas sobre fusiones a cualquier otra operación regulada por ordenamientos nacionales en las que exista transferencia de todo o parte del patrimonio.

4.º Los derechos de los empleados deberán ser respetados en concordancia con la directriz (núm. 77, 187) sobre transmisiones de empresas o negocios. También deben ser protegidos los intereses de los acreedores y de los obligacionistas. Una fusión sólo podrá ser declarada nula y no válida mediante sentencia judicial.

5.º El plazo de adaptación es de dieciocho meses.

6.ª *Directiva*: Es la 82/891, de 17 de diciembre de 1982, sobre escisiones de Sociedades Anónimas.

Su contenido es similar a la directiva de fusiones, por cuanto que la fusión es una operación inversa a la escisión. Las líneas básicas son las siguientes:

1.º Se distingue entre escisión con venta a Sociedades existentes, y escisión con creación de nuevas Sociedades.

2.º Se regulan detalladamente las bases del procedimiento, que incluye: la publicación de un proyecto con las condiciones de la escisión, el régimen de los acuerdos sociales, dictamen de expertos independientes.

3.º Existen normas específicas de protección a los empleados, a los accionistas, a los acreedores y a los terceros.

4.º El plazo de adaptación de la legislación de cada Estado miembro se fija en el 1 de enero de 1986.

2.1.4. *Directivas sobre contabilidad y auditorías*

a) 4.ª *Directiva*: Es la 78/660, de 25 de julio de 1978, publicada en el JOCE L 222, de 14 de agosto de 1978.

Su objetivo es coordinar las disposiciones nacionales relativas a la estructura y contenido de las cuentas anuales y de la Memoria de gestión, las formas de valoración y la publicidad de estos documentos.

Los principios generales en que se fundamenta son, en síntesis, los siguientes:

1.º Establecer condiciones jurídicas equivalentes en los informes financieros que se llevan al conocimiento público en las SA y de RL, pero no a los Bancos ni compañías de seguros.

2.º Obligar a que las cuentas anuales den una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados sociales. Tales cuentas comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y el

anexo (equivalente a la Memoria explicativa del balance y la cuenta de resultados).

3.º Prever esquemas que comprendan partidas obligatorias en la presentación del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias y aseguren la equivalencia de las informaciones que se contienen en las cuentas, mediante la coordinación de los distintos modos de valoración reconocidos de los Estados.

4.º Publicidad de las cuentas anuales tanto para accionistas como para terceros mediante su publicación íntegra en Boletín nacional.

5.º Vigilancia respecto de las cuentas consolidadas de Grupos de Empresas.

En aplicación de estos principios la directiva regula la estructura de las cuentas anuales: balance y cuenta de pérdidas y ganancias de manera muy pormenorizada, conteniendo incluso disposiciones especiales para ciertas partidas de uno y otra; regula también el sistema de valoración, la Memoria de gestión y la publicidad. Contiene, por último, normas especiales para las SRL.

Los Estados miembros deberían haber promulgado la correspondiente adaptación de su legislación antes de julio de 1980, aunque existe un período adicional de dieciocho meses, por lo que las primeras cuentas sociales, que deberían formularse de acuerdo con la nueva directiva, serían las correspondientes al ejercicio de 1982. Sin embargo, algunos países (Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo) han retrasado esa fecha.

El problema más importante que plantea es el de la revisión de las cifras a partir de las cuales una Sociedad debe someter a la directiva, pues, como consecuencia de la inflación, muchas Sociedades pueden verse afectadas sin variación alguna respecto de su actividad y carácter. Aquellas cifras deben revisarse cada cinco años, pero dicho espacio de tiempo parece insuficiente en algunos casos. La mayor parte de los países juegan con tres elementos: el activo, la cifra de ventas y el número de empleados.

b) 7.ª Directiva: Es la 83/349, de 13 de julio de 1983, sobre cuentas consolidadas.

Esta directiva es complemento de la anterior, al considerar a las Sociedades integradas, en su caso, en un Grupo de Empresas, imponiendo la consolidación de sus cuentas para ofrecer a los socios y terceros una información veraz sobre la situación del Grupo.

Sus líneas básicas son las siguientes:

1.º Establece los criterios para determinar la existencia de un Grupo de Empresas (mayoría de voto, nombramiento de mayoría de administrados, influencia dominante sobre la empresa filial).

2.º Los documentos que se incluyen en el balance consolidado son: el balance, la cuenta de resultados y el anexo, y deben establecerse con claridad y ofrecer una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados conjuntos.

3.º Establece los criterios técnico-contables para efectuar el balance consolidado.

4.º Se establecen en el artículo 34 hasta quince menciones que debe incluir el anexo.

5.º El control y la publicidad de las cuentas se rige por las mismas normas contenidas en las 4.ª directiva.

6.º Los Estados miembros deben poner en vigor esta directiva antes del 1 de enero de 1988, aunque es posible prever que tales disposiciones no se apliquen sino a las cuentas consolidadas cuyo ejercicio comienza el 1 de enero de 1990.

c) 8.ª Directiva: Publicada en el JOL, número 126, de mayo de 1984, sobre auditores de las cuentas sociales.

Es complemento de la 4.ª y de la 7.ª directiva y sus notas básicas son las siguientes:

1.ª Se establece un elevado nivel de cualificación y formación de los auditores (nivel universitario, tres años de práctica, examen de aptitud profesional).

2.ª Las Sociedades de auditoría deben, igualmente, estar sometidas a la correspondiente autorización.

3.ª Se garantiza la honorabilidad e independencia de los auditores, así como el cumplimiento de sus deberes profesionales.

4.ª La directiva debe entrar en vigor antes del 1 de enero de 1988.

2.1.5. *Proyectos de directivas*

Se analizan a continuación los proyectos de directivas relativos a la estructura y organización de las Sociedades.

a) *Propuesta de 5.ª Directiva*, sobre estructura de la SA.

Fue presentada al Consejo el 13 de diciembre de 1972 y ha sido objeto de importantes modificaciones el 19 de agosto de 1983.

La parte fundamental del proyecto se refiere a cómo organizar la administración de la Sociedad, estableciendo como principio general el

sistema dualista (órgano de dirección y Consejo de vigilancia), aunque los Estados miembros pueden optar por el sistema monista (órgano único de administración), pero este último, regulado de tal forma que se aproxima al sistema dualista, pues dentro del órgano único existen miembros gestores y miembros no gestores.

En el sistema dualista, el Consejo de vigilancia tiene que ser oído en las cuestiones importantes (cierres o traslados de la empresa, restricciones o ampliaciones de la actividad, modificaciones de la organización, etcétera) y recibe información periódica del órgano de dirección.

Se reconoce, como principio, el de participación de los trabajadores, tanto en los órganos de administración como en el de vigilancia, mediante tres variantes:

- Cogestión: presencia de los trabajadores, a través de representantes en el órgano de administración o vigilancia (1/3 como mínimo y 1/2 como máximo).
- Cooptación: participación de los trabajadores en el nombramiento de los miembros de los órganos de vigilancia.
- Participación: por representación en órganos distintos de las Sociedades, o en la forma prevista en los convenios colectivos.

Una novedad importante es la relativa al control de las cuentas anuales, que deberá hacerse por personas independientes, legalmente habilitadas, nombradas por la Junta General por un período de tiempo no inferior a tres años ni tampoco inferior a seis.

b) *Propuesta de 9.ª Directiva*, sobre grupos de Sociedades.

Se contiene en los Documentos XI/328/74 y XI/593/75 y se refiere a los grupos de Sociedades y a la protección de los accionistas, acreedores y empleados, cuyos intereses pueden resultar lesionados por el ejercicio de la influencia de la Sociedad dominante.

Sus datos básicos son los siguientes:

1.º Define el «dominio» como la capacidad para ejercer una influencia directa o indirecta (a través del control de los derechos de voto) por la Sociedad dominante.

2.º Se obliga a la Sociedad a que manifieste la identidad de tenedores directos o indirectos de acciones que posean más del 10 por 100 del capital social.

3.º Se establece la base legal para reconocer a los grupos de Sociedades mediante la formalización de «contratos de control» o la publicación de «declaraciones unilaterales».

4.º Se prevén sanciones y responsabilidad de los Consejeros por los daños que las empresas dominantes puedan causar a las dependientes.

5.º Se regulan las obligaciones de la Sociedad dominante en cuanto a publicación de cuentas, garantía de responsabilidades y modificaciones del contrato de control.

Esta directiva será complementaria de la 5.ª sobre estructura de la SA y de la 7.ª sobre balances consolidados.

2.1.6. *En materia de Banca*

Ante todo debe decirse que no existe un sistema bancario comunitario europeo, sino una diversidad de ordenamientos nacionales y de estructuras financieras. El fracaso en 1971 de una disposición general reguladora de la Banca ha llevado a iniciar el camino a través del principio de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como de la armonización de los distintos ordenamientos.

1.º Como directivas ya aprobadas pueden citarse las siguientes:

- a) *Directiva 73/183, de 28 de junio de 1973, tendente a suprimir las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios de los Bancos y otros establecimientos financieros.*

La directiva citada, que, en definitiva, establecía el derecho de toda entidad bancaria con sede en un país comunitario a establecerse en los demás países comunitarios y en las mismas condiciones que los Bancos del país de acogida, necesitaba para ser efectiva que se avanzaran pasos en la armonización de las diversas disposiciones sobre creación de entidades de crédito, apertura de sucursales, etc. A ello obedeció un nuevo proyecto de directiva de diciembre de 1974, aprobado finalmente en diciembre de 1977.

- b) *Directiva 77/780, de 12 de diciembre de 1977, tendente a la coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas sobre el acceso a la actividad de los establecimientos de crédito y su ejercicio.*

El desarrollo de la directiva descansa en dos principios fundamentales. En primer lugar, el *principio de no discrecionalidad*. Es decir, que no se puede denegar la autorización si el solicitante reúne una serie de requisitos objetivos: existencia de fondos propios mínimos suficientes,

presencia de al menos dos directivos que determinen la orientación de la actividad del establecimiento de crédito, honorabilidad profesional y experiencia adecuada para ejercer la actividad de Banca por parte de dicho personal directivo.

El segundo principio es el de *no discriminación* entre Banca nacional y Banca de otros países comunitarios, en cuanto a la autorización para el establecimiento de entidades de crédito. La directiva señala que las autoridades competentes fijarán, con carácter de observación, unos coeficientes de liquidez y solvencia, y crea un Comité consultivo para que asista a la Comisión de las Comunidades Europeas en la tarea de velar por el cumplimiento de las directivas y en la elaboración de nuevas propuestas.

c) *Directiva 83/350, de 13 de junio de 1983, relativa a la supervisión de los establecimientos de crédito sobre una base consolidada.*

Se establece la obligatoriedad de supervisión en base consolidada para los establecimientos de crédito que posean participación superior al 50 por 100 en otro establecimiento de crédito o establecimiento financiero.

Se establecen medidas para facilitar la aplicación de la supervisión en base consolidada a través del intercambio de información entre las autoridades competentes del país donde radica la sede del establecimiento principal y las del país del establecimiento participado.

La directiva es sólo una etapa de cara a una adecuada supervisión de la actividad internacional de los Bancos con sede en los países comunitarios.

2.º Como propuestas de directivas en diverso estado de elaboración pueden citarse las siguientes:

a) Sobre las cuentas anuales de los Bancos y otros establecimientos financieros (19 de marzo de 1982), que pretende armonizar las legislaciones para unificar la estructura del balance y cuenta de resultado de estas entidades. El 14 de marzo de 1984 la Comisión ha transmitido al Consejo una propuesta modificada.

b) Para la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (27 de febrero de 1979).

c) Sobre saneamiento y liquidación de establecimiento de crédito y medidas de protección al ahorro, equivalente a nuestro «Fondo de Garantía de Depósitos».

d) Sobre coordinación y armonización de las legislaciones bancarias.

e) Sobre obligaciones contables de sucursales instaladas en Estados miembros de establecimientos con sede en países terceros.

Finalmente, decir que la Comisión viene trabajando sobre temas como:

- Coeficientes de observación para supervisar la solvencia y liquidez de los establecimientos de crédito.
- Centralización de riesgos.
- Armonización de informaciones periódicas a autoridades de control.

2.1.7. *En materia de Bolsa*

1.º También en esta materia la regla general es la diversidad. Podemos dar una sucinta referencia a las disposiciones más importantes:

a) *Recomendación de la Comisión relativa a un código europeo de conducta en las transacciones de valores mobiliarios.*

Publicado el 20 de agosto de 1977, va dirigido a los agentes e intermediarios de los mercados financieros y sus principales disposiciones se refieren:

- que la información a los inversores sea completa y exacta;
- que no haya discriminaciones entre accionistas;
- que los órganos de supervisión, consejeros o gerentes, deben abstenerse de interferir el normal desenvolvimiento del mercado de valores de su sociedad;
- que los intermediarios financieros deben eludir cualquier conflicto de intereses con sus clientes.

b) *Directiva sobre las condiciones de admisión de títulos-valores a la cotización en Bolsas oficiales.*

Es la número 79/279, aprobada el 5 de marzo de 1979 y publicada en el *JOL*, 66, de 16 de marzo de 1979.

La directiva fija las condiciones mínimas para la admisión de los títulos a la cotización oficial en las Bolsas de los Estados miembros, los métodos de control y los poderes de las autoridades competentes, los

sistemas de publicación de la información disponible para el público y los procedimientos para la cooperación entre los Estados miembros.

- c) *Directiva sobre coordinación de las condiciones de establecimiento, control y difusión de los prospectos a publicar para la admisión de valores mobiliarios a cotización oficial.*

Es la número 80/390, aprobada el 17 de marzo de 1980 y publicada en el *JOL*, número 100, de 17 de abril de 1980.

La directiva se refiere al contenido, control y publicación de la información que han de presentar las Sociedades para que sus valores mobiliarios sean admitidos a cotización oficial en Bolsa. La puesta en práctica de las disposiciones de la directriz por los Estados miembros debería tener lugar antes del 30 de junio de 1983.

- d) *Directiva sobre la información periódica a publicar por las Sociedades cuyas acciones estén sometidas a cotización oficial.*

Es la número 82/121, aprobada el 15 de febrero de 1982 y publicada en el *JOL*, número 48, de 20 de febrero de 1982.

La directiva impone a las Sociedades la obligación de publicar periódicamente, al menos semestralmente, la suficiente información que permita al público evaluar la posición financiera de la Sociedad y el progreso general de sus negocios, sin perjuicio de que cumplan, además las obligaciones de información sobre estados financieros anuales que vengan impuestos por la legislación de cada Estado.

2.º *Propuestas de directiva*

Además de las directivas aprobadas, pueden reseñarse las siguientes propuestas, entre otras:

- Propuesta de directiva sobre coordinación de legislaciones relativas a *instituciones de inversión colectiva*.
- Propuesta de directiva sobre las condiciones de establecimiento, control y difusión de los prospectos a publicar en los casos de *ofertas públicas* de suscripción o venta de valores mobiliarios.
- Propuesta de directiva sobre transacciones en que intervengan *personas con acceso a información privilegiada*.
- Propuesta de directiva sobre captación de clientes para la *colocación de títulos-valores*.
- Propuesta de directiva sobre el contenido del prospecto informa-

tivo que han de publicar, antes de la emisión, las *sociedades cuyas acciones no se coticen en Bolsa*.

- Propuesta de directiva sobre la transferencia de importantes paquetes de acciones que no den lugar a cambio en el control de la Sociedad.

2.1.8. *Directivas en materia de seguros*

Dentro del amplio campo de esta materia, podemos destacar las siguientes directivas y proyectos:

1.º *Reaseguro*.—Directiva de 25 de febrero de 1964 (*JOL*, 5-IV-64): Establece la libertad de reaseguro en el ámbito de la CEE de manera que no exista discriminación por razón de nacionalidad en orden al establecimiento y prestación de servicios.

2.º *Seguro directo, no de vida*.—Dos directivas: 24 de julio de 1973 (*JOL*, 16-VII-73). Entraron en vigor el 1 de febrero de 1976. La primera se refiere a la coordinación de legislaciones sobre el acceso a la actividad del seguro directo, no de vida y a su ejercicio y desarrollo; la segunda tiende a suprimir las restricciones en materia de libertad de establecimiento.

Estas directivas tuvieron influencia en el Anteproyecto de Ley de Seguro Privado, ya convertido en ley. Introduce la figura (de origen norteamericano) del «margen de solvencia» o «reserva patrimonial dinámica» relacionada con el volumen de negocios.

3.º *Seguro del automóvil*.—Directiva de 21 de abril de 1972 (*JOL*, 2-V-72): Establece la armonización de legislaciones en el seguro de responsabilidad civil derivado de la circulación de vehículos automóviles y del control de asegurar esta responsabilidad.

Completa esta directiva el acuerdo complementario de 12 de diciembre de 1973, firmado, además, por países extracomunitarios. Esta normativa no suprime la «carta verde», sino el control de los certificados internacionales de seguros en las fronteras de cada Estado.

Existe una propuesta de directiva presentada el 7 de agosto de 1980 (*JOL*, 21-VIII-80) en materia de seguro de responsabilidad civil.

4.º *Agentes de seguros*.—Directiva de 13 de diciembre de 1976 (*JOL*, 31-I-77): Se refiere a la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como a medidas transitorias, respecto de los súbditos de los Estados miembros que querían ejercer, a título de asalariado, las actividades de agentes o corredores.

5.º *Coaseguro*.—Directiva de 30 de mayo de 1978 (*JOL*, 7-VI-78): Pretende abrir las fronteras, suprimiendo la restricción consistente en que

la relación jurídica de coaseguros sólo puede ser realizada por aseguradores establecidos en un determinado país, de forma que sea posible la libre elección de coaseguradores entre los países miembros.

6.º *Seguro de vida*.—Directiva de 5 de marzo de 1979 (*JOL*, 13-III-1979), sobre «coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas relacionadas al acceso a la actividad del seguro directo de vida y su ejercicio». Pretende evitar las distorsiones a la libre competencia en el ejercicio de tal actividad.

Se diferencia mucho del ordenamiento español en lo relativo a la especialización del seguro de vida, como actividad a nivel de empresa aseguradora. Así, se prohíbe para el futuro la constitución de Sociedades que acumulen actividad de seguros y daños y seguros de vida. Las Sociedades que a la entrada en vigor de la directiva practiquen tal acumulación deberán establecer gestión contable separada.

7.º *Seguro de defensa*.—Se trata de proyecto presentado el 23 de julio de 1979 (*JOL*, 7-VIII-79) sobre armonización de legislaciones sobre seguro de protección jurídica, cuya línea básica es la libre elección de Abogado, así como la previsión de cláusulas de arbitraje.

8.º *Contrato de seguro*.—Se trata de un proyecto presentado el 10 de julio de 1979 (*JOL*, 28-VII-79) para armonizar las legislaciones reguladoras del contrato de seguro, cuyo contenido se refiere a: emisión y contenido de la póliza; declaración inicial del riesgo; declaración de las agravaciones del riesgo; disminución del riesgo; pago de la prima; obligaciones en caso de siniestro, y resolución o rescisión de contrato.

9.º *Libre prestación de servicios en el seguro no de vida*.—Se trata de un proyecto presentado el 30 de diciembre de 1975 (*JOL*, 12-II-76), que regula la disciplina de control; reservas técnicas; elección de ley aplicable; requisitos de la empresa para actuar en otros Estados, y armonización fiscal. Completa la directiva de 24 de julio de 1973.

10. *Seguros de crédito*.—En esta materia existe la siguiente normativa:

- Directiva de 27 de octubre de 1970 (*JOL*, 23-XI-70): sobre adopción de una póliza común de seguro de crédito para operaciones a medio y largo plazo de compradores públicos.
- Directiva de 27 de octubre de 1970 (*JOL*, 23-XI-70): sobre la misma cuestión para compradores privados.
- Directiva de 11 de febrero de 1971 (*JOL*, 13-II-71): sobre garantía de operaciones a corto plazo (riesgos políticos) referentes a compradores públicos y privados.
- Proyecto de directiva de 13 de septiembre de 1978 (*JOC*, 29-IX-1979): pretende derogar la especialización obligatoria en materia

de seguro de crédito, impone mayor exigencia en el campo de la solvencia y establece requisitos peculiares en torno a la reserva de equilibrio o fluctuación.

11. *Otros proyectos.*—Cabe citar:

- Proyecto de directiva sobre la contratación a domicilio («demarchage») de seguros de toda índole.
- Estudio fiscal de los seguros desde el ámbito de los impuestos indirectos y del IVA.
- Estudio sobre los problemas concursales de las entidades de seguros.
- Anteproyecto de convenio internacional en materia de quiebras.
- Proyectos de directivas sobre responsabilidad civil en materia de productos defectuosos y en materia de contaminación del medio ambiente.

2.2. LOS CONVENIOS AMPARADOS EN EL ARTÍCULO 220, 3, DEL TCEE

Como ya indicábamos, la directiva no es la única técnica de armonización de las disposiciones jurídico-societarias nacionales. El artículo 220, 3, del TCEE obliga, en cierta forma, a los Estados a garantizar, en beneficio de los ciudadanos, un reconocimiento mutuo de sociedades, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de transferencia de la sede social, y la posibilidad de fusionarse a las sociedades que se rijan por legislaciones nacionales diferentes.

Surgen así los convenios entre los Estados miembros que tienen un carácter subsidiario, esto es, no sólo es preciso que concurra una necesidad objetiva, sino que, además, que tal necesidad no puede ser satisfecha por los convenios por dos notas, entre otras: su promoción corresponde a los Gobiernos y no a los órganos comunitarios; no son genuinas figuras de Derecho internacional, sino algo *sui generis* en que algunos aspectos (ámbito y funcionamiento) son idénticos a los demás actos jurídicos del Derecho comunitario.

2.2.1. *Convenio de Bruselas de 29 de febrero de 1968 de reconocimiento mutuo de Sociedades*

Tiene como objetivo reducir las diferencias entre los derechos nacionales en materia de atribución de personalidad a las Sociedades. Para acogerse al convenio de la Sociedad en cuestión debe haberse consti-

tuido según el ordenamiento de un Estado miembro y tener su domicilio social en el interior de la Comunidad.

El convenio contiene dos tipos diferenciados de disposiciones: unas, se refieren a normas de Derecho internacional privado, estableciéndose como regla general que las Sociedades reconocidas en virtud del convenio tendrán la capacidad conferida por las leyes del país de constitución, aunque con algunas excepciones en beneficio de la sede real; como consecuencia del acto de reconocimiento las Sociedades gozan de idéntico *status* al que se reconoce en el país de constitución. Otras normas se refieren al régimen jurídico, propiamente dicho, así, por ejemplo, si existen diferencias jurídicas importantes entre el país de reconocimiento y el de constitución, especialmente si el primero mantiene un régimen más riguroso, el segundo podrá rehusar la concesión de derechos no concedidos a las Sociedades nacionales.

No obstante la fecha de 1968, este convenio no ha entrado por el momento en vigor.

2.2.2. *Proyecto de convenio de 1973 sobre fusiones internacionales*

Se ha publicado en el suplemento del *JOCE*, número 13/73. Se aplica solamente a las Sociedades Anónimas en los países comunitarios y territorios franceses y holandeses de ultramar, que se encuentren reconocidos de conformidad con el Convenio de Bruselas de 1968.

Entre las disposiciones del convenio cabe destacar:

- Excluye del convenio la regulación del derecho de coestión.
- Se contiene una compleja regulación de la protección de los acreedores.
- Se regula el control de la fusión.
- La aprobación, preparación y ejecución de los acuerdos de fusión queda sometido al Estatuto de las Sociedades participantes.
- Se establecen los límites máximos en cuanto a quórum y mayoría para la adopción de los acuerdos que implican modificación de la 3.^a directiva.

2.2.3. *Proyecto de convenio sobre transferencia internacional de la sede social*

Se trata, por el momento, de un primer borrador.

La transferencia internacional de la sede social, continuando la Sociedad vinculada al país de origen, manteniendo su personalidad y sin que se «nacionalice» en el país anfitrión, constituye, sin duda, una de

las manifestaciones más claras del ejercicio del derecho de libertad de establecimiento. Los problemas que se plantean son de Derecho internacional privado, y suelen obviarse por la vía de la extinción y reconstrucción, por la que se duda del buen fin de este convenio.

2.3. REGLAMENTOS AMPARADOS EN EL ARTÍCULO 235 DEL TCEE

El tercer grupo de la normativa que estamos examinando representa un cambio cualitativo importante en el que es preciso detenerse. Hasta ahora, tanto las directivas o los proyectos en tramitación como los convenios pretenden armonizar o coordinar los derechos nacionales con la finalidad de poner por obra la libertad de establecimiento. No constituyen, pues, estas normas, como hemos repetido, un propio Derecho de Sociedades europeo.

La perspectiva cambia cuando se trata de los reglamentos, pues con ellos se trata, por un lado, de crear instrumentos o figuras propiamente comunitarias que se incorporan, sin sustitución, a las ya existentes, y, por otro, de dotar a estas figuras de un carácter específicamente europeo con propia personalidad, con lo que se eliminan los problemas del reconocimiento o de la sede social, entre otros.

Hasta el momento son tres los textos que pueden mencionarse:

A) La Propuesta de Reglamento para la creación de un Grupo Europeo de Cooperación.

B) La Propuesta de Reglamento para la creación de Empresas comunes.

C) La Propuesta de Estatuto en SA europea.

Pasaremos rápidamente sobre los dos primeros para detenernos en el último de ellos.

2.3.1. *La Propuesta de Reglamentos sobre Grupo Europeo de Cooperación*

Fue emitida por la Comisión al Consejo el 21 de diciembre de 1973 (JOCE, c, 14, 15 de febrero de 1974) y ha sido modificado mediante una nueva propuesta de 12 de abril de 1978.

Se trata de un instrumento destinado a facilitar a las empresas pequeñas y medianas, posibilidades de unificar determinadas actividades, con esquemas simples de actuación, fortaleciendo su posición competitiva y sin ver afectada su personalidad jurídica o económica. Se trata, en defi-

nitiva, de empresas de servicios, o de transformación o acondicionamiento de productos terminados, que no buscan para sí mismas beneficios, y que tienen una serie de limitaciones en cuanto a su plazo, número de empleados, audiencia del personal laboral, etc.

2.3.2. *La Propuesta de Reglamento para la creación Empresas comunes*

Se remonta a 1971, 17 de septiembre (*JOCE*, c., 107, de 25 de octubre de 1971), y se basa en la posibilidad contemplada en el artículo 45 del Tratado EURATOM de constituir empresas comunes en este sector, que se ampliarían a otros, como el desarrollo tecnológico, los servicios públicos, etc.

Sin embargo, existen muchas dificultades y la propuesta parece, por el momento, aparcada.

2.3.3. *El Proyecto de Estatuto SA europea*

1. *Antecedentes:* La idea inicial de este proyecto se atribuye al Profesor SANDERS en un discurso de inauguración de curso de la Universidad de Rotterdam.

En 1965 el Gobierno francés presenta oficialmente una nota sobre la creación de «una sociedad comercial de tipo europeo».

El 22 de abril de 1966 la Comisión presentó al Consejo un memorándum sobre este tema, encargándose el propio Profesor SANDERS de la elaboración de un borrador que concluye en diciembre de este mismo año.

El 30 de junio de 1970 la Comisión presentó al Consejo un Proyecto de Estatuto de SE sobre el que han dictaminado el Comité Económico y Social y el Parlamento europeo.

El 30 de abril de 1975 la Comisión presenta una nueva propuesta teniendo en cuenta las sugerencias de aquellos informes y la incorporación de nuevos miembros. Este es el texto que analizaremos, publicado en el suplemento 4/75 del *Boletín de las Comunidades Europeas*.

2. *Estructura:* Se trata de un texto extenso, con 248 artículos, que, si se añaden a los artículos de los cuatro anexos, superan con exceso los trescientos artículos.

Consta de un amplio preámbulo, al que nos referiremos.

Asimismo, de 14 títulos:

El I se refiere a disposiciones generales.

El II, a la constitución:

- por fusión;
- por creación de un SE *holding*;
- por creación de una filial común;
- por creación de una filial por SE.

El III, al capital, las acciones, las obligaciones.

El IV, a la organización: Comité de Dirección, Consejo de Vigilancia, Junta General, Control de órganos.

El V, a la representación de los trabajadores en la SE:

- Comité Europeo de empresas.
- Comité de Empresa de grupo.
- Representación de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia.

El VI, a las cuentas anuales:

- Disposiciones generales.
- Estructuras de las cuentas.
- Reglas de valoración.
- Contenido de las Memorias.
- Cuentas de Grupos de Sociedades.
- Normas de verificación.
- Aprobación de las cuentas, beneficios y publicación.
- Procedimiento judicial de las cuentas y Memoria de gestión.

El VII, a los Grupos de Sociedades:

- Ambito de aplicación.
- Publicidad.
- Protección de accionistas.
- Separación de accionistas.
- Protección de sociedades.
- Instrucciones de E. dominante y responsabilidad.
- Relaciones entre Sociedades antes de SE.

El VIII, a la modificación de los Estatutos.

El IX, a la disolución, liquidación, quiebra y procedimientos análogos.

El X, a la transformación.

El XI, a la fusión:

- Disposiciones generales.
- Absorción por SE.

- Absorción por SE por SA nacional.
- Fusión por constitución de la nueva SA nacional.

El XII, del Derecho fiscal.

- Constitución.
- Domicilio fiscal.
- Establecimientos y filiales.

El XIII, a disposiciones penales.

El XIV, a disposiciones finales.

Consta también de los anexos:

El I determina los organismos nacionales de representación de los trabajadores a que se refiere el artículo 102, 1.

El II contiene normas sobre la elección de los miembros del Comité Europeo de empresa.

El III contiene normas sobre la elección de los representantes de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia.

El IV contiene un régimen de sanciones para el caso de infracción del Estatuto.

Como puede observarse, se trata de un auténtico código de la SA, cuya extensión y el gran número de problemas que aborda hará muy difícil el acuerdo entre los países miembros de la CEE. Las materias más discutidas son las relativas a la regulación de la cogestión, a la materia de grupos de sociedades y a las normas sobre representación de las Sociedades frente a terceros.

3. *Contenido:* Como se observa, de la simple enumeración de la estructura del Proyecto es imposible hacer una descripción de todo su contenido. Vamos, por ello a limitarnos a tocar algunos puntos.

A) El preámbulo justifica el Estatuto en varias razones: 1) en la necesidad de que las empresas de ámbito europeo puedan concebir y perseguir la reorganización de sus actividades, sus medios de acción y su capacidad competitiva a ese nivel; 2) en la necesidad de poner en común el potencial de empresas ya existentes de varios Estados miembros mediante operaciones de concentración y fusión; 3) que se trata de un instrumento necesario para conseguir los objetivos comunitarios; 4) la necesidad de superar las dificultades que supone tener que elegir

una determinada legislación nacional; 5) en la necesidad de unificar el marco económico y el marco jurídico en el que actúan las empresas.

B) El Proyecto de Estatuto contiene la totalidad de las normas sobre constitución, estructura, funcionamiento y liquidación de la SA, pero se remite a los principios generales comunes de los derechos nacionales de los Estados miembros y a los ordenamientos de éstos para cuando no se regulan en el Estatuto materias concretas.

C) Como temas de interés, cabe destacar:

- La SE se somete a un procedimiento de inmatriculación bajo control del Tribunal de Justicia de la CEE.
- Establece el sistema dualista de Comité de Dirección y Consejo de Vigilancia.
- Se regula la participación de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia, así como de representantes intereses de carácter general. Para la elección de aquéllos existe un procedimiento único. Existe un único Comité Europeo de Empresa.
- Las cuentas sociales son reguladas de manera pormenorizada, especialmente cuando se trate de grupos de Sociedades.
- Finalmente, se regula el régimen fiscal para remitirlo a los ordenamientos nacionales, pero con normas especiales en cuanto al cálculo de los beneficios o la determinación del domicilio fiscal.

4. *Las líneas básicas de la SA europea:* De cuanto ahora llevamos dicho podría hacerse un esfuerzo de condensación, que nos permitiera, en una visión ciertamente simplista, conocer cuál es el modelo de SA que configura el ordenamiento comunitario, a los efectos de constatarlo con la realidad del ordenamiento español y ver así de una manera gráfica la urgente tarea de adaptación que el jurista español tiene delante.

A muy grandes rasgos, las líneas maestras de esa SA europea serían las siguientes:

1. Principio de capital mínimo.
2. Capital dividido en acciones a las que se asigna un valor nominal.
3. La sociedad se interpone entre los accionistas y los acreedores.
4. Los intereses de los acreedores se garantizan por la determinación y estabilidad del capital.
5. Los socios tienen iguales derechos y obligaciones.
6. Los títulos son libremente transmitidos y cotizables, salvo excepciones.
7. Sistema dualista en la organización: Comité de Dirección y Consejo de Vigilancia.

8. Obligatoriedad de la participación de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia.

9. Reforzamiento de los mecanismos de publicidad, contabilidad y control.

Este modelo se encuentra fuertemente influenciado por el Derecho alemán, lo que tendrá que provocar las necesarias adaptaciones de los ordenamientos latinos y anglosajones.

3. ADAPTACION DEL DERECHO ESPAÑOL DE SOCIEDADES

Como consecuencia de la adaptación a la normativa comunitaria de nuestro ordenamiento societario una vez que se produzca la adhesión al TCEE habrá que introducir en él importantes modificaciones, algunas de las cuales son las siguientes:

1.^a *Publicidad de los documentos contables*

La 1.^a directiva exige que se dé publicidad, mediante la publicación en un Boletín nacional, del balance y cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio, entre otros aspectos [art. 2, 1, f)].

Es cierto que esta obligación ya estaba contenida en el artículo 157 del Código de Comercio, pero, como todos sabemos, es una obligación incumplida generalmente. También el artículo 30 del mismo Código, modificado por la Ley de 21 de julio de 1973, se refiere a la publicidad en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, pero no se han dictado las normas de desarrollo pertinentes, por lo que este Boletín es prácticamente inexistente. Sí existe una Circular de 11 de diciembre de 1979, que está en línea con el contenido de la directiva.

2.^a *Poderes de los administradores de la Sociedad*

Como es sabido, el artículo 76, 2, de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que, «en todo caso, la representación de la Sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa». Ello ha originado una discusión doctrinal en el sentido de que el ámbito de representación de los administradores sociales podía comprender también los actos que excedan de los límites del objeto social.

La 1.^a directiva resuelve este tema al disponer que los actos realizados por los órganos sociales, obligan a la Sociedad en sus relaciones con terceros, incluso cuando tales actos sean ajenos al objeto social, a menos

que excedan de las facultades que la ley confiera o permita conferir a tales órganos (art. 9, 1).

3.^a *Causas de nulidad de las Sociedades*

Nuestro ordenamiento carece de la regulación de las causas de nulidad de las Sociedades, sin perjuicio de su elaboración doctrinal. Por el contrario, la 1.^a directiva (art. 11) contiene una enumeración limitativa que incluye la falta de acto constitutivo, objeto social ilícito o contrario al orden público, ausencia de los elementos esenciales (denominación, objeto social, capital, aportaciones), incapacidad de los socios fundadores, o que su número sea inferior a dos, etc.

4.^a *Exigencia de capital mínimo*

La 2.^a directiva exige para las SA un capital mínimo de 25.000 ECU (art. 6, 1). Como es sabido, nuestra Ley de Sociedades Anónimas no exige un capital mínimo, sino que obliga a adoptar la forma de SA cuando el capital supera los 50.000.000 de pesetas.

5.^a *Regulación de las aportaciones no dinerarias*

En materia de aportaciones no dinerarias la 2.^a directiva contiene algunas condiciones o garantías, como son que las mismas sean objeto de un informe elaborado con anterioridad a la constitución de la Sociedad por expertos independientes designados por autoridad administrativa o judicial; que la adquisición a los socios fundadores en los dos años siguientes a la constitución de cualquier activo equivalente al 10 por 100 del capital sea igualmente auditado; que las acciones emitidas en contrapartida de las aportaciones no dinerarias no queden totalmente liberadas en el momento de su constitución (arts. 10, apartados 1 a 3, 11, 1, y 9, 2).

Estas cuestiones no están reguladas en nuestro ordenamiento.

6.^a *Dividendos a cuenta*

La 2.^a directiva exige, para pagar dividendos a cuenta, que se elabore un balance de situación del que se deduzca que los fondos disponibles para la distribución son suficientes (art. 15, 2).

7.^a *Adquisición por la Sociedad de sus propias acciones*

La 2.^a directiva contiene en sus artículos 18 a 22 una regulación muy detallada de estas operaciones, que es más restrictiva que la contenida

en el artículo 47 de nuestra Ley de Sociedades Anónimas con un régimen sancionador que no se conoce en nuestro ordenamiento.

8.^a *Disolución por pérdidas*

La 2.^a directiva declara expresamente (art. 5) que debe prohibirse la declaración de disolución de pleno derecho cuando el número de accionistas se reduzca por debajo del mínimo legal. En el supuesto de la disolución, debe producirse, no de pleno derecho, sino por declaración judicial, el Juez competente ha de tener facultad para otorgar un plazo para regularizar la situación.

Existen importantes diferencias en estas cuestiones entre la 2.^a directiva y nuestra Ley de Sociedades Anónimas. Así, por ejemplo: Si no se suscribe íntegramente un aumento de capital, éste se limitará a la cuantía de la suscripción si así se había previsto en el momento de la emisión (artículo 128); posibilidad de que la Junta General limite o suprima el derecho de adquisición preferente (art. 29, 4 y 5); el acuerdo de reducción del capital social ha de ser objeto de publicación en todo caso (los arts. 98 y 99 de la Ley de Sociedades Anónimas no lo exigen cuando la reducción del capital sea por pérdidas) (arts. 30 y 33).

En materia de reducción del capital social debe destacarse, además:

1. La regulación de los supuestos: para incorporar las reservas (artículo 33, 1); por amortización forzosa de acciones (art. 36); amortización total o parcial sin reducción del mismo (art. 35); compra por la Sociedad de acciones emitidas como rescatables (art. 39).

2. Establece dos normas imperativas: prohibición de reducir el capital por debajo del mínimo legal (art. 34), y obligación de incorporar a reservas una cuantía igual al valor nominal de las acciones amortizadas, cuando la reducción se opere por amortización de acciones totalmente desembolsadas que se adquieran a título gratuito o con cargo a sumas distribuibles. Recuérdese nuestro artículo 101 de la Ley de Sociedades Anónimas, que exonera de aplicar los preceptos de la reducción de capital si esto se hace por vía de amortización con cargo a los beneficios o a reservas libres.

10. *En materia de fusión de Sociedades*

Aún cuando el régimen de la 3.^a directiva en materia de fusiones puede considerarse, en términos generales, coincidente con el vigente en

nuestra Ley de Sociedades Anónimas, existen algunas novedades de las que las más importantes se refieren a los siguientes puntos:

- Se admite que en las fusiones se adjudique a los socios de las Sociedades que desaparecen no sólo acciones de la Sociedad absorbente o de la nueva Sociedad, sino también una compensación complementaria en metálico que no supere el 10 por 100 del valor nominal de las acciones atribuidas, con lo que se facilita la valoración que no permite canje con número enteros.
- Se exige una información amplia y completa a los accionistas mediante la puesta a disposición del proyecto de fusión, informe de los administradores e informe sobre el proyecto realizado por expertos independientes.
- Se simplifican las fusiones cuando la Sociedad absorbente es titular del 90 por 100 de las acciones de la absorbida.
- Se regulan los supuestos de nulidad de las fusiones (falta de escritura pública o nulidad del acuerdo de la Junta General).
- No existe derecho de separación de los accionistas de las Sociedades que se fusionan, lo que significa que habría de ser suprimido el artículo 144 de nuestra Ley de Sociedades Anónimas.

11. *En materia de escisión de Sociedades*

Al no existir en nuestro ordenamiento una regulación material de la escisión de Sociedades (sólo existe fiscalmente), la regulación contenida en la 6.^a directiva deberá incorporarse a nuestro Derecho una normativa adaptada a los términos de esta directiva.

12. *En materia de contabilidad*

Las directivas 4.^a, 7.^a y 8.^a son las que obligarán a un mayor número de modificaciones en nuestro ordenamiento, por cuanto que establecen unas exigencias contables, unos controles y una publicidad de las cuentas anuales mucho más estrictos y más distantes de los habitualmente seguidos en las Sociedades españolas. En este sentido, cabe destacar:

1. Esquemas vinculantes para la redacción del balance y cuenta de resultados, así como un contenido mínimo del anexo que, entre otras cosas, deberá referirse a métodos de valoración, datos de las participaciones en otras sociedades, datos sobre las acciones y títulos de la Sociedad, deudas a largo plazo, distribución del volumen de negocios

según actividades y mercados geográficos, número de trabajadores, importe de las retribuciones para cada categoría de miembros, etc.

2. Necesidad de controles externos mediante auditorías.

3. Publicación de las cuentas anuales con todos los documentos que la integran y el informe del auditor en un Boletín Oficial y depósito o inscripción en un Registro.

4. Exigencias menos rigurosas para empresas pequeñas y medianas. Son pequeñas las que no superen una cifra de negocios de dos millones de ECU y tenga una media de menos de 50 trabajadores. Son medianas las que no superen una media de negocio de ocho millones de ECU y tenga una media de menos de 250 trabajadores.

5. En materia de balances consolidados es innecesario decir que al faltar totalmente una normativa en nuestro Derecho (a salvo la fiscal), deberá incorporar nuestro ordenamiento los criterios de la 7.^a directiva, examinada anteriormente.

13. *En materia de organización de la SA*

Finalmente, no pueden dejar de destacarse las innovaciones que habrá que introducir en la Ley de Sociedades Anónimas si se aprueba la propuesta de la 5.^a directiva sobre estructura de la SA. Así:

1. Los Consejos de Vigilancia son desconocidos en nuestro ordenamiento y la participación de los trabajadores en los órganos de Administración, Consejo de Vigilancia, apenas ha sido aplicada.

2. En materia de Junta General podrán producirse las siguientes novedades: plazo mínimo de veintidós días para la convocatoria (artículo 24, 3); nuevos puntos en el orden del día a solicitud de los accionistas con siete días de antelación (art. 25); normativa más restrictiva para la representación de accionistas (art. 28); prohibición de voto en aquellos asuntos de interés personal (art. 34); posibilidad de sustituir el acuerdo impugnado por otro conforme a ley, para lo cual se concederá el plazo correspondiente (art. 45).

3. El sistema de control de las cuentas anuales, ya aludido, supondrá un cambio esencial sobre el ineficaz sistema vigente de accionistas censores de cuentas.

Todas estas modificaciones, y más, serán de necesaria aceptación o adaptación por nuestro ordenamiento por el juego de valor de las directivas. Pero su importancia sube de punto si se considera la posible aprobación del Reglamento conteniendo la regulación de la Sociedad Anónima Europea.

FERNANDO DÍEZ MORENO
Abogado del Estado

4. INDICACION BIBLIOGRAFICA BASICA

LIBROS

J. RENAULD: *Droit européen des Sociétés*, Bruxelles et Louvain, 1969.

OBRAS COLECTIVAS

Quo vadis ius societatum?, *Liber amicorum Pieter Sanders*, Deventer et la Haye, 1972.

C. M. SCHMITHOFF ET AUTRES: *The harmonization of European Company Law*, Londres, 1973.

ARTICULOS

R. HOUIN: «Le régime juridique des Sociétés dans la Communauté économique Européenne», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1965, 11.

— «Les pouvoirs des dirigeants des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée et la coordination des législations nationales dans la Communauté économique européenne», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1965, 307.

— «Le Droit Européen des Sociétés». Curso en el Instituto Universitario de Estudios Europeos, septiembre 1979.

SIMON FREDERIC: «Le Droit Européen des Sociétés». Curso en el Instituto Universitario de Estudios Europeos, septiembre 1979.

J. RENAULD: «Aspects de la coordination et du rapprochement des dispositions relatives aux sociétés», *Cahiers de droit européen*, 1967, 611-652.

R. HOUIN: «Où en est le droit des sociétés dans le Marché commun», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1968, 131.

P. LELEUXH «Le droit des sociétés aux Etats-Unis et dans la CEE. Perspectives de leur évolution», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1968, 50.

B. GOLMAN: «Le projet de convention entre les Etats membres de la Communauté économique européenne sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales», *Rabels zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1967, 201.

P. LELEUX: «La proposition amendée d'un règlement portant sur le statut des sociétés anonymes européennes», *Cahiers de droit européen*, 1975, 579.

E. CEREXHE: «Problématique de l'entreprise et de l'harmonisation du droit des sociétés», *Revue juridique et politique, indépendance et coopération* (Paris), 1978, 35-51.

J. L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: «La libertad de establecimiento de Sociedades y demás personas jurídicas en la CEE», *Revista Documentación Administrativa*, núm. 185, págs. 575 y ss.

— «La adaptación de la legislación española de Sociedades al derecho comunitario europeo», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 2, págs. 569 y ss.

C. GARCÍA DE VINUESA: «Los problemas fiscales de la Sociedad Anónima Europea». XX Semana de Estudios de Derecho Financiero, Madrid.

MARTIN R. CLAYTON y CATHERINE DE VALLOIS: «The Fourth Company Law Directive on the Annual Accounts of Limited Liability Companies», *Rev. Droit et pratique du commerce international*, 1978, 3.

JEAN DIEU: «La reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales dans les communautés européennes», *Cahiers de droit européen*, 1968.

— «matière de sociétés», *Cahiers de droit européen*, 1969.

PIERRE VAN OMMESELAGHE: «La première directive du conseil du 9 Mars 1968 en matière de sociétés», *Cahiers de droit européen*, 1969.

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por JUAN M. REY PORTOLÉS
y SALVADOR MÍNGUEZ SANZ

1. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO NO CREA NINGÚN DERECHO, NI ALTERA LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN QUE SE EJECUTA, NI MUCHO MENOS CONVIERTE EN REAL LA ACCIÓN QUE ANTERIORMENTE NO TENÍA ESE CARÁCTER, RAZONES POR LAS QUE LOS ACTOS DISPOSITIVOS ANTERIORES A ELLA, AUN INSCRITOS DESPUÉS, PREVALECEN SOBRE AQUELLA MEDIDA CAUTELAR Y, EN CONSECUENCIA, SUPONEN UN OBSTÁCULO INSALVABLE POR MOTIVO DEL TRACTO PARA QUE PUEDA INSCRIBIRSE LA ADJUDICACIÓN QUE DE LA FINCA EMBARGADA SE HUBIESE EFECTUADO AL ACTOR DENTRO DEL PROCESO DE EJECUCIÓN. NO RESULTA POSIBLE PONER DE NUEVO EN VIGOR UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO QUE HUBIESE SIDO CANCELADA EN VIRTUD DE UN MANDAMIENTO ANTERIOR AL QUE DECRETA LA «RESURRECCIÓN» DE DICHO ASIENTO POR ESTAR AHORA INSCRITOS LOS INMUEBLES A FAVOR DE «TERCERAS PERSONAS».

Resolución de 12 de septiembre de 1983 (B. O. del E. del 3 de octubre).

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por doña Isabel Bravo Sáez, en nombre y representación de «Construcciones Alza, S. A.», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Arenys de Mar a inscribir un mandamiento expedido por la Magistratura de Trabajo número 10 de Barcelona, en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que en autos 1569/11 el Magistrado de Trabajo número 10 de Barcelona expidió mandamiento ordenando tomar anotación preventiva de embargo en garantía de 248.267 pesetas de principal y 60.000 para costas, en concepto de reclamaciones salariales, sobre una finca propiedad de «Promotora Zona Rústica Sant Llop, S. A.», y cinco más; que el citado mandamiento de embargo dio lugar a la correspondiente anotación preventiva, que se practicó en el Registro de la Propiedad de Arenys de Mar el día 26 de julio de 1978, expidiéndose ese mismo día la certificación de dominio y cargas que en el mismo mandamiento se pedía; que con posterioridad a la anotación de embargo se presentaron trece escrituras públicas de segregación y venta de parcelas, escrituras que eran integrantes de una de las fincas embargadas, siete de fecha anterior a la anotación de embargo, y seis, de fecha posterior a la misma, y todas ellas fueron inscritas en el referido Registro de la Propiedad; que el 23 de mayo de 1980 fue presentada en el mismo escritura de fecha 22 de igual mes y año, por la que se adjudicaba la finca a que se refiere el presente recurso a «Construcciones Alza, S. A.», como cesionaria del rematante en la subasta judicial, por precio de 500.000 pesetas, practicándose la correspondiente inscripción, pero suspendiéndola en cuanto a la extensión de una hectárea, 82 áreas, 63 centiáreas y 39 decímetros cuadrados, por figurar segregadas y vendidas a otras personas; que el 12 de septiembre de 1980 se presentó mandamiento procedente de los mismos autos y expedido a petición de la sociedad adjudicataria, ordenando la cancelación de la anotación preventiva de embargo y de las trece inscripciones primeras de segregación y venta, mandamiento cuya inscripción fue denegada en cuanto a las fincas transmitidas por escrituras de fecha anterior a la de la anotación de embargo origen del procedimiento; que con fecha 4 de noviembre de 1980 se presentó otro mandamiento del mismo origen reiterando, también a petición de la sociedad adjudicataria de la finca, las cancelaciones que fueron denegadas en el mandamiento primero y disponiendo, caso de ser confirmada la denegación, que se mantuviera la anotación de embargo en cuanto a tales fincas;

Resultando que, presentado este segundo mandamiento en el Registro de la Propiedad, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «Denegadas las cancelaciones de las inscripciones de segregación y compra-venta dispuestas en el precedente mandamiento, por haberse practicado éstas en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación de embargo sobre la finca matriz, no procediendo tampoco mantener el embargo inicial sobre la parte de finca correspondiente a las segregaciones no canceladas, por hallarse a su vez cancelada la anotación de dicho embargo, en cumplimiento de otro mandamiento precedente de fecha 8 de septiembre último.

Arenys de Mar, 3 de diciembre de 1980.—El Registrador.—Firma ilegible»;

Resultando que doña Isabel Bravo Sáez, actuando en nombre y representación de «Construcciones Alza, S. A.», interpuso recurso gubernativo.

tivo contra la calificación del Registrador, alegando: que cuando existe un adjudicatario de la finca embargada, la anotación de embargo deja de ser un asiento meramente cautelar, pasando a ser constitutivo de su derecho, como se desprende del artículo 70 de la Ley Hipotecaria; que no es moral ni jurídicamente lícito que al amparo de la Ley pueda existir la posibilidad de planear verdaderos fraudes, simulando escrituras de venta que, dejando transcurrir el plazo de prescripción del Impuesto de Transmisiones, puedan tenerse «en cartera» para llevarlas a inscribir al Registro cuando convenga perjudicar a terceros; que si prevalece la tesis de la calificación registral, la eficacia de las anotaciones es nula, ya que nada aseguran, al poder quedar burlados en sus derechos los anotantes; y la eficacia de las certificaciones es igualmente nula, ya que al no cerrar el Registro a subsiguientes cambios de titularidad de nada informan a los legítimos interesados en el procedimiento de apremio, por lo que se impone, de prevalecer esta tesis, la supresión en nuestro ordenamiento legal de las anotaciones de embargo y de las certificaciones registrales;

Resultando que el Registrador de la Propiedad informó: que la argumentación de la recurrente únicamente podría considerarse lógica y correcta si se aplicara a una colisión entre asientos o derechos de igual rango, supuestos éstos que son completamente distintos al que aquí se debate; que se hace innecesario que el informante repita argumentos que han sido recogidos repetidamente tanto por el Tribunal Supremo como por la Dirección General de los Registros y del Notariado, por lo que transcribe considerandos de numerosas sentencias y resoluciones que aclaran el alcance y naturaleza de las anotaciones de embargo y la inoperancia de las mismas respecto a enajenaciones de la finca; que, en cuanto a la última parte de la nota calificadora, se rechaza la posibilidad de renovar la eficacia de la anotación porque con anterioridad se habría practicado la cancelación, y así lo ha expresado en Resolución de 23 de junio de 1960 la Dirección General de los Registros y del Notariado;

Resultando que el Magistrado de Trabajo número 10 de Barcelona informó: que habiendo adquirido «Construcciones Alza, S. A.», en virtud de subasta debidamente tramitada, y figurando como única propietaria de la finca total en la certificación del Registro la sociedad «Promotora Zona Rústica Sant Llop, S. A.», la compraventa judicial se ha otorgado actuando la Magistratura como vendedora, y «Construcciones Alza, Sociedad Anónima», como compradora; que estando por ello justificado el mandamiento de cancelación, el Registrador de la Propiedad ha distinguido, indebidamente, entre segregaciones cuya escritura notarial fue posterior a la anotación de embargo y aquellas segregaciones que derivan de escrituras anteriores a tal anotación, cuya cancelación se deniega;

Resultando que el Presidente de la Audiencia Territorial dictó auto en que confirmaba las notas puestas por el Registrador al pie de los mandamientos librados por la Magistratura de Trabajo número 10 de Barcelona;

Vistos los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil; 20, 38 y 44 de la Ley Hipotecaria; 143 del Reglamento para su ejecución; las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1896, 28 de enero de 1903, 2 de marzo de 1910, 21 de febrero de 1912, 5 de julio de 1917, 14 de julio de 1933, 22 de marzo de 1943, 29 de noviembre de 1962, 14 de diciembre de 1968, 12 de junio de 1970, 27 de diciembre de 1971, 21 de febrero, 8 de julio y

10 de noviembre de 1975 y 31 de enero de 1978, así como las Resoluciones de este Centro Directivo de 9 de noviembre de 1955, 16 de octubre y 13 de diciembre de 1974 y 5 de marzo de 1982;

Considerando que este recurso plantea: 1) la inscripción a favor del adjudicatario de una finca adquirida a consecuencia del procedimiento seguido por débito personal del deudor que había motivado la correspondiente anotación preventiva de embargo, dándose la circunstancia de que parte de tal finca en virtud de escrituras de segregación y enajenación del inmueble de fecha anterior a la práctica de la anotación se inscribieron con posterioridad a ésta a nombre de los actuales titulares registrales; 2) la nueva puesta en vigor de una anotación preventiva que había sido cancelada en base a un mandamiento anterior ya despachado en cuanto a este punto;

Considerando que es reiterada doctrina del Tribunal Supremo, que aparece recogida en las sentencias enumeradas en los vistos de esta Resolución, que la anotación preventiva de embargo no crea ni declara ningún derecho ni altera la naturaleza de las obligaciones ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía ese carácter y por eso tal anotación no lesiona los derechos adquiridos previamente sobre la finca embargada ni produce efectos contra terceros cuyo derecho sea anterior a la anotación, ya que ésta sólo otorga preferencia sobre los actos dispositivos posteriores hechos por el deudor, pero no en cuanto a los anteriores al embargo anotado, y ello aunque tales actos no se hubiesen inscrito, todo ello de acuerdo con los artículos 1.923 del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria;

Considerando que en el presente supuesto, y con arreglo a la anterior doctrina, así ha procedido el Registrador que correctamente ha cancelado las inscripciones de los titulares de aquellos inmuebles adquiridos —según las escrituras públicas— con posterioridad a la práctica de la anotación, pero ha denegado la cancelación en aquellos otros casos en que los titulares adquirieron previamente su derecho, por lo que al subsistir estos asientos surge un obstáculo para que pueda inscribirse la adjudicación hecha a favor de la sociedad recurrente, dado lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados conforme al artículo 66 de la misma Ley de acudir a los Tribunales para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de sus respectivos títulos o de la preferencia de sus derechos;

Considerando que la pretensión de la sociedad recurrente de que proceda la inscripción conforme a lo dispuesto en el párrafo último del artículo 38 de la Ley Hipotecaria que equipara al tercer poseedor de bienes anotados con el tercer poseedor de bienes hipotecados, por lo que habrían de serle de aplicación a los primeros las normas contenidas para los segundos en los artículos 134 y siguientes de la Ley, supone una cuestión que ya fue debatida y resuelta, entre otras, por las Resoluciones de 16 de octubre y 13 de diciembre de 1974, que declararon que para gozar de la condición de tercer poseedor de bienes embargados se requiere que el título de adquisición del inmueble sea de fecha posterior al embargo practicado, según señala el mencionado artículo 38 *in fine*;

Considerando, por último, y en cuanto al defecto señalado en la última parte de la nota, procede igualmente confirmarlo, ya que no es posible poner de nuevo en vigor una anotación preventiva que ha sido can-

celada en virtud de un mandamiento anterior al ahora calificado, y en donde por las segregaciones y transmisiones realizadas e inscritas a favor de terceras personas han quedado los inmuebles libres de los efectos de la anotación, tal como declaró la Resolución de 23 de junio de 1960, y los asientos registrales que se han provocado se encuentran bajo la salvaguarda de los Tribunales, mientras no se declare su inexactitud,

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado,

Lo que con devolución del expediente original comunico a V.E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 12 de septiembre de 1983.—El Director general, Francisco Mata Pallarés.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona.

SUMARIO: I. Primer problema abordado por la presente Resolución: Preferencia de las mutaciones jurídico reales fehacientemente previas sobre las anotaciones preventivas de embargo que se les anticipan en su acceso a los libros. 1. Datos legislativos. 2. Datos jurisprudenciales: A) Repaso de las sentencias reseñadas en los Vistos. B) Repaso de las Resoluciones allí recogidas. 3. Datos doctrinales: A) Posiciones conformes con el criterio que una vez más se reitera en esta Resolución: a) Y que harían valer la preferencia a través de una tercería registral; b) y que la actuarían por el cauce previsto por el artículo 198 *fine* del Reglamento hipotecario; c) y que no arrastrarían la anotación al apartado de «cargas» del asiento traslativo; d) y que desenvolverían la preferencia, fundamentalmente, a través de una tercería de dominio: α) Siempre que se ejercite oportunamente; β) o, incluso fuera de plazo, a través de un juicio declarativo o de una actitud pasiva. Breve meditación sobre esta última opinión, hoy dominante *lege data*. B) Posición aislada (RAMOS FOLQUÉS) disconforme con el criterio que repite la presente Resolución. Interrogantes sobre su oportunidad actual *lege ferenda*. Otros «fleclos» del tema.—II. Segundo problema abordado por la Resolución comentada: Imposibilidad de «resucitar» una anotación ya fenecida. Argumentación analógica con el supuesto de error. Distinción según que el tercero hubiese adquirido sobre la base de la vigencia o de la inexistencia de la anotación.

I. El primer problema de los abordados en la presente Resolución podría quedar despachado en breves párrafos de remisión a la constante doctrina jurisprudencial vertida al respecto y a cuya selección se dedica básicamente el Vistos. Pero a veces resulta también aconsejable reflexionar con cierto detenimiento sobre postulados indiscutidos y de frecuente y automática aplicación no sólo para destacar sus puntos débiles y su desenvolvimiento en hipótesis extremas, sino sobre todo y dentro de nuestro caso para despejar (o no) esa sensación de *fumus mali iuris* que nos queda a los que hemos tenido que cerrar varias veces las puertas del Registro a un cabal adjudicatario en beneficio de un «sospechoso» adquirente anterior.

El tema de la colisión entre una mutación jurídico real previa y una anotación preventiva de embargo que se le anticipa en su acceso a los

libros puede ser analizado desde múltiples puntos de vista y bastaría por sí solo para colmar una densa monografía. Por eso yo me limitaré aquí, únicamente, a repasar los principales datos legales, jurisprudenciales y doctrinales que se barajan en las exposiciones de mayor solvencia de entre las que se han ocupado del problema.

1. DATOS LEGISLATIVOS

Acaso tiene razón RAMOS FOLQUÉS (1) cuando destaca que históricamente la solución al conflicto parece haber sido otra en el caso de embargos decretados en vía ejecutiva, ya que no en los decretados en la vía de asentamiento (2). Pero fuera cual fuese el alcance que a la constitución de un embargo ejecutivo hubiesen dado las leyes patrias anteriores, lo cierto es que el punto de partida legislativo de la postura hoy prevalente lo representan los conocidísimos párrafos de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley de 1861, que, interpretando el sentido de su artículo 44, explicaban que las anotaciones preventivas de embargo no declaraban ningún derecho, ni menos convertían en real el que no tenía antes semejante carácter por lo mismo que no eran el premio de la carrera concedido al acreedor más ágil o desaprensivo (repásense, una vez más, los párrafos 24 a 31 de aquella luminosa obertura legal). De suerte que desde el 1 de enero de 1863 *«el acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto del artículo 42, será preferido en cuanto a los bienes anotados solamente a los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a dicha anotación»*.

Notorio es también que el Código Civil, en su artículo 1.923, 4.º, asumió completamente esa solución legal sobre los efectos de las anotaciones preventivas de embargo, si bien omitiendo destacar que los créditos posteriores postergados al anotado eran exactamente los *contraídos* con posterioridad a la anotación.

Y archisabida es igualmente la peripecia experimentada por el artículo 44 de la Ley Hipotecaria tras la reforma de 1909 y el retorno a su exacta remisión legal en el texto hoy vigente.

Y aunque propiamente el artículo 1.923, 4.º, del Código Civil sólo resuelve el problema de la eficacia de un crédito anotado en relación con

(1) En uno de los artículos que dedicó, mediada esta centuria, a sustentar su aislada postura que después sintetizaré: «El precedente real de las anotaciones de embargo», *R D Pr*, núm. 426, septiembre de 1952, págs. 703 y ss.

(2) Sabido es, en efecto, que en la génesis de la actual medida cautelar en que el embargo consiste han confluído dos precedentes de alcance y cometido dispar: el embargo decretado en ejecución de sentencias o en prevención de las mismas dentro de procesos declarativos plenos o sumarios, que era la genuina hipoteca judicial de nuestro Derecho histórico, y el embargo ordenado en los juicios en rebeldía del demandado (vía de asentamiento), con un designio a la vez compulsivo y anticrético, que constituyó la denominada hipoteca pretoria, al tener su remoto origen nada menos que en el Edicto de los pretores romanos. Mientras que las hipotecas judiciales otorgaban prioridad (frente a otros acreedores) desde que mediaba la *traditio*, en algunos casos hasta simbólica, del bien trabado (*Partidas*, 5, 13, 1 y 13), las pretorias no conferían, en cambio, ninguna prelación a los favorecidos por ellas respecto de los acreedores del deudor existentes al decretarse el asentamiento (D. 12,5,42), aunque sí respecto de acreedores surgidos ulteriormente. Esa es al menos la interpretación de nuestro Derecho histórico que da RAMOS FOLQUÉS, apoyándose fundamentalmente en ESCRICHE (*Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, ed. 1847, t II, pág. 118) y que no aparece sustancialmente revisada en el documentado y reciente libro de JOSÉ MARÍA RIPÁ SOLER *La anotación preventiva de embargo*, Montecorvo, Madrid, 1983, págs. 58 y ss.

otros créditos ostentados contra el mismo deudor, el artículo 4.º, 1, del mismo Código permite concluir *a fortiori* que la solución será la misma en presencia de un adquirente del dominio o derecho real excluyente que sea fehacientemente previo al asiento del anotante.

Como vemos, la *ratio legis* de la norma cuya conocidísima trayectoria acabo de sintetizar acaso se condensa en aquellas palabras de la citada Exposición de Motivos, según las cuales «*el que contrata y no exige hipoteca se contenta con la garantía que le da el crédito personal del deudor y no debe tener preferencia alguna sobre los que se hallan en el mismo caso. Si el deudor deja de cumplir lo pactado al tiempo convenido podrá el acreedor compelerlo al pago acudiendo a la vía judicial, pero esta demanda (idem la medida cautelar del embargo y su anotación, preciso yo (2 bis) no cambia ni la naturaleza del crédito ni la fuerza del título*».

En otras palabras, el que concedió crédito fiado tan sólo en la responsabilidad patrimonial universal de su deudor no puede contar con la garantía de aquellos elementos patrimoniales extraídos de modo no fraudulento del activo de aquél en un momento anterior a la publicación *erga omnes* del hecho de la sujeción de aquellos elementos a la persecución del referido acreedor personal, por lo mismo que éste no tiene un derecho a la invariabilidad del patrimonio de su deudor durante la vida del crédito.

La prevalencia de un adquirente cierto anterior sobre una anotación de embargo obedece a que el bien embargado era ya ajeno al tiempo de la ejecución por el acreedor personal y a que el derecho puramente obligatorio de éste no se transforma nunca en absolutamente real, salvo en el evento de que, por falta de postores, se le adjudique a él la finca, y aun entonces, por efecto del negocio jurídico real de la dación en pago.

Antes de esa eventualidad la ley sólo permite al acreedor que no exigió en su día garantías más sólidas, que su pretensión pecuniaria obtenga un cierto grado de «realidad» a través del embargo y de su anotación, que sería así una medida cautelar procesal o hasta, si se quiere y con técnica no demasiado rigurosa, un semiderecho real de constitución coactivo-judicial, peculiarizados porque su eficacia *erga omnes* se proyecta sólo *in futurum*, o sea contra adquirentes posteriores al asiento y no *in praeteritum*, es decir, contra adquirentes (*idem* acreedores) ya existentes en el momento de la fecha de aquél.

Eso significa que el artículo 1.923, 4.º, del Código Civil se sitúa en la misma línea de pensamiento que la mayor parte de los supuestos contemplados por los artículos 908 a 910 del Código de Comercio, que permiten a los otrora llamados incorrecta, pero gráficamente, «acreedores de dominio» (3) sustraer de la ejecución colectiva los bienes que no pertenecen

(2 bis) Cuando califico de «medida cautelar» al embargo y su anotación no estoy tomando partido en la polémica que divide a los procesalistas acerca de la naturaleza de aquella traba que para unos (JORGE CARRERAS LLANSANA: *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, págs. 103 y ss., y más matizadamente MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ: *El proceso de ejecución*, 1982, pág. 147) constituye una disposición con alcance prevalentemente ejecutivo y para los más (cfr. últimamente MANUEL ORTELLS RAMOS: *El embargo preventivo*, Bosch, Barcelona, 1984, págs. 67 y ss., y ahí la bibliografía abundante) con designio precautorio, sino que predico aquella condición fundamentalmente de la anotación preventiva o asiento merced al que el embargo de bienes registrables se hace oponible incluso frente a terceros hipotecarios, y confío en que al menos sobre la función cautelar de dicho asiento sí coincidirán todos los autores cualquiera que sea su especialidad y tendencia.

(3) Vide JOSÉ A. RAMÍREZ: *La quiebra*, t. II, Bosch, Barcelona, 1959, págs. 629 y ss., especialmente nota 145. Cfr. también las formulaciones más generales de los artículos 266 a 268 del «Ante-

realmente al quebrado, incluso aunque hubiese incidido sobre ellos el embargo (y su hipotética anotación) que decretan los artículos 1.173, 1.º, y 1.175, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicables a aquella situación concursal vía artículo 1.319 de dicha Ley de trámites. También cabría alinear entre esos ejemplos de derechos dominicales o cuasidominicales previos a la anotación del embargo que, por ello, prevalecen sobre ésta, el de la «opción dotal» regulada en el artículo 32 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña (4), aunque, si bien se mira, y operando sobre el supuesto de dote estimada (art. 31, 3.º), la colisión se produce no entre un dominio previo y un crédito posterior, sino entre dos créditos, uno dirigido a la restitución del valor de la dote y otro puramente personal (artículo 33, 2.º); no obstante, el que la preferencia se actúe más bien a modo de tercería de dominio (cf. art. 32, 1, *fine*) (5) y no a modo de tercería de mejor derecho permite aducir el supuesto aquí sin demasiada impertinencia.

2. DATOS JURISPRUDENCIALES

Desde el punto de vista de las decisiones jurisprudenciales, la conclusión a que se llega no es muy diferente a la que se extrae de los datos legislativos. Aunque la relación no es exhaustiva, me limitaré aquí a repasar resumidamente los fallos que se citan en el Vistos.

A) Sentencias

La lejana Sentencia de 7 de marzo de 1896 contempla ya un caso típico de colisión entre anotación preventiva de embargo derivada de la ejecución de un pagaré endosado a la sucursal del Banco de España en Córdoba y una compraventa cuya escritura se autorizó veintidós días antes de la práctica de aquel asiento, pero que, en cambio, advino al Registro dieciséis días después. Interpuesta tercería de dominio por el adquirente rezagado, el Supremo confirma su estimación afirmando con rotundidad «que según lo terminantemente dispuesto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria y LO QUE CON REPETICION TIENE DECLARADO ESTE SUPREMO TRIBUNAL (6) la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de un embargo acordado por providencia judicial, como dirigido únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no altera la naturaleza de las obligaciones ni puede convertir en real e hipotecaria la acción personal que carece de este carácter sin que produzca otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido, en cuanto a los bienes

proyecto de Ley Concursal», editado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.

(4) Inalterado en la versión vigente aprobada por Decreto legislativo del Gobierno de la Generalidad 1/1984, de 19 de julio.

(5) Interpretan de otra manera ese inciso que se refiere al alzamiento del embargo tras el ejercicio —para mí— de la opción dotal y —para ellos— de la restitución definitiva de la dote, Luis PUIG FERRIOL y ENCARNACIÓN ROCA TRIAS en *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, t II, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 288.

(6) Las mayúsculas son mías para subrayar la longevidad del criterio jurisprudencial que se examina. Con todo no se cita en esta Sentencia de 1896 ningún antecedente concreto que avale la alegada reiteración de doctrina.

anotados solamente, a los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a dicha anotación».

La Sentencia de 28 de enero de 1903 aborda también otro supuesto arquetípico. La escritura pública de venta a un hijo (!) llevaba fecha de 1893, pero no se inscribió hasta más de seis años después, en noviembre de 1899, cuando ya la finca acababa de ser embargada, en julio de ese último año, por un acreedor del padre vendedor, cuyo crédito —interesa subrayar— había surgido en 1894, o sea con posterioridad a la venta. La Sala, al igual que las instancias, confirma la procedencia de la tercería de dominio, aduciendo idéntica doctrina a la proclamada en la Sentencia de 1896, a la que es de notar que no cita de modo expreso, aunque sí arguye, de nuevo genéricamente, *«lo declarado con repetición por este Tribunal Supremo»*.

El supuesto de hecho de la Sentencia de 2 de marzo de 1910 es interesante, por cuanto los terceristas eran hijos y donatarios (!!) del deudor embargado y habían adquirido su derecho en escritura de 27 de febrero de 1905, en tanto que la anotación de embargo no se practicó hasta el 24 de enero de 1906. El Supremo casa la sentencia de instancia —que había desestimado la tercería—, argumentando que las anotaciones preventivas comprendidas en los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 42, *«conocidas en el derecho antiguo con la denominación de hipotecas judiciales... son transitorias por su naturaleza, y no producen otro efecto positivo que el de dar preferencia al que la obtenga sobre los que ostenten contra el mismo deudor otro crédito, con posterioridad a la anotación, según se establece en el artículo 44... por todo lo cual es evidente que, tratándose aquí de la anotación de un embargo, aunque éste (repárese en que dice éste y no ésta) se efectuó antes de inscribirse en el Registro de la Propiedad el título de dominio de los terceristas, y, por consiguiente, cuando en el Registro aparecía como dueño de la finca embargada el deudor..., tal circunstancia no puede perjudicar a los que con antelación ostentaban sobre la misma la cualidad de dueños»*.

En la Sentencia de 21 de febrero de 1912 la escritura de venta que permitió prevalecer al tercerista estaba fechada en 28 de diciembre de 1907, mismo día en que se practicó el embargo de la finca, que, sin embargo, no se anotó hasta el 4 de febrero siguiente. El Supremo, al no dar lugar al correspondiente recurso, vino en definitiva a confirmar la tercería y a desechar la reconvenición de rescisión por fraude, fundándose en que *«conforme a los artículos 42, número 2.º; 44 y 71 de la Ley Hipotecaria y la doctrina sancionada por la jurisprudencia, las anotaciones preventivas dictadas judicialmente para garantizar las consecuencias de un juicio y cuyo carácter es, por tanto, provisional y transitorio, no alteran la naturaleza jurídica de la obligación cuyo cumplimiento se pretende asegurar, ni lesionan los derechos previamente adquiridos sobre la finca embargada»*.

La Sentencia de 5 de julio de 1917 corresponde a una temática muy próxima, pero distinta, a la de nuestra Resolución, concretamente a la colisión entre sí de créditos anotados y no a la surgida entre un crédito y una transferencia dominical (7).

(7) No obstante su supuesto no deja de ser muy ilustrativo y digno de recuerdo: El primero en anotar fue un acreedor ordinario cuyo título creditual —un pagaré— tenía fecha de 1905; el segundo, en cambio, lo fue un acreedor quirografario, cuya escritura estaba datada en 1903. La ejecución por

La Sentencia de 14 de julio de 1933, aunque vuelve a recordar que «la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de un embargo garantizando el cumplimiento de un fallo en un juicio ejecutivo no varía, según constante jurisprudencia de esta Sala, la obligación, ni convierte en real e hipotecaria la acción personal ejercitada», afronta también una cuestión ajena a nuestra temática, la de la preferencia a la posesión interina de una finca entre un acreedor hipotecario con título inscrito en primer lugar y un acreedor ordinario que se había anticipado en solicitar aquella medida procesal anticrética, pero cuya anotación era posterior al gravamen real.

La Sentencia de 22 de marzo de 1943 sólo es significativa en la medida en que se asimilen las anotaciones de embargo y de prohibición de disponer, pues sólo de esta última variedad trataba su supuesto (8).

En la Sentencia de 29 de noviembre de 1962 la tercerista había comprado la finca en cuestión mediante escritura pública de 1952, antes de que fuese embargada a favor de la Hacienda pública por los impuestos de Utilidades y otros adeudados por la vendedora. Una vez más, las tres instancias acceden a la sustracción del bien del procedimiento de apremio en curso, dejando cincelada, por medio de la pluma del Ponente en aquella ocasión (OGÁYAR), esta nítida doctrina: «Para tutelar debidamente el cumplimiento de las obligaciones consagra el Derecho el principio de la responsabilidad patrimonial del deudor, con arreglo al cual el patrimonio de éste constituye la garantía genérica del derecho de crédito cuando la prestación debida no es espontáneamente realizada, garantía o responsabilidad que se extiende a todos los bienes, presentes y futuros, del deudor, como proclama el artículo 1.911 del Código Civil, pero esta responsabilidad patrimonial —que no recae sobre bienes determinados ni constituye una garantía real— no afecta ni comprende a los bienes que en el momento de la reclamación del acreedor no estén en el patrimonio del deudor, si bien el artículo 1.111 del Código Civil concede a aquél acciones para hacer que vuelvan al patrimonio de su deudor los bienes que hayan sido enajenados fraudulentamente (acción paliana o revocatoria) y para que entren en dicho patrimonio aquellos derechos que el deudor se abstenga de ejercitar (acción subrogatoria), pues la realización coactiva del derecho del acreedor sólo puede hacerse efectiva sobre los bienes que el deudor posea en tal instante o sobre los que, por el ejercicio de las medidas conservativas de su patrimonio, se incorporen a éste, por lo que cuando el acreedor pone en marcha su garantía y consigue el embargo de bienes de su deudor, tal medida ha de recaer sobre los que éste realmente

este último, no obstante, se anticipó y la finca le fue adjudicada por falta de postores. El acreedor ordinario que vio inatendida, por un lado, su pretensión de que el adjudicatario —que en ningún momento había interpuesto tercera de mejor derecho— le abonase entonces el importe de su crédito, y por otro, la de que prosiguiese la ejecución que él tenía en marcha, se vio abocado a interponer un declarativo de mayor cuantía en el que el quirografario-adjudicatario le reconvinó con su indiscutida preferencia que, a su parecer, no tenía por qué oponerse o alegarse solo en juicios de tercera. El Supremo, aceptando este planteamiento, casa la Sentencia de instancia, desestima la demanda y acoge la reconvenión, saliendo del *impasse* a que se había llegado merced a decretar la cancelación de la anotación cronológicamente anterior pero sustantivamente posterior.

(8) El asiento ordenando la indisponibilidad de las fincas obtenido por un ex-socio encubierto del vendedor, a cuyo nombre —al de este último, se entiende— figuraban exclusivamente inscritas en razón de un pacto de fiducia, llevaba fecha de 18 de julio de 1932 y las escrituras públicas de venta de aquéllas a terceros reivindicantes por parte del titular registral formal, la de 5 de mayo del mismo año, por lo que procedía declarar la inscribibilidad de dichas escrituras previas, ya que «como tiene declarado esta Sala en 21 de febrero de 1912 las anotaciones preventivas no lesionan los derechos adquiridos sobre la finca embargada» (cfr. el actual art. 145 del Reglamento Hipotecario).

posea y estén incorporados a su patrimonio en tal momento, hasta el punto que si se solicita anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad tal anotación no lesiona los derechos previamente adquiridos sobre la finca embargada, ni produce efectos contra terceros, cuyo derecho sea anterior a la anotación, pues ésta no prevalece sobre los actos dispositivos otorgados con anterioridad, aunque no estén inscritos, según los artículos 1.923 del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria.»

En la Sentencia de 14 de diciembre de 1968, que, por cierto, reseña, con sólo una sustitución, la misma jurisprudencia dictada hasta su fecha que la Resolución de mi comentario, se repite el consabido esquema: la venta de las fincas a la entidad actora se efectuó en escritura pública de 12 de octubre de 1964; la anotación de embargo preventivo trabado contra los vendedores dentro de un juicio declarativo se practicó en 13 de abril de 1965, y, por último, la inscripción de aquella compraventa tuvo lugar el 21 de agosto siguiente. El Supremo confirma la estimación de la pretensión formulada por la compradora de que se alzase el embargo y se cancelase su anotación (pretensión que marginalmente critica se articulase como tercería de dominio, siendo así que no se demandó exactamente a las mismas personas que lo habían sido en el *plenario* principal y éste había *concluido*), sentando como doctrina que *«aunque la anotación preventiva de embargo implica la constitución de un derecho real de realización de valor al servicio de la garantía del pago de una deuda dineraria, y viene a ser como una hipoteca judicial, sin embargo, no (sin duda, en lugar de 'no' quiso escribirse 'solo') le otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraidos con posterioridad a la fecha de la propia anotación y no en cuanto a los actos de disposición ni tampoco sobre los créditos anteriores de carácter preferente al del embargo anotado; consiguientemente, el favorecido por la anotación no goza, respecto a tales actos, de los beneficios protectores de la fe pública registral que otorgan los artículos 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, y sólo se antepone en absoluto a los títulos otorgados con posterioridad a ella, pero sin que prevalezca sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente, aunque no estén inscritos.»*; y en el siguiente Considerando remacha hasta la saciedad que *«en armonía con estos principios de nuestra legislación hipotecaria, esta Sala ha venido proclamando con reiteración que la anotación preventiva de embargo no altera la situación jurídica existente respecto a créditos ya contraídos por el deudor embargado y con mayor razón en cuanto a los actos dispositivos otorgados anteriormente por el mismo deudor, aunque no se hubiesen registrado, y sólo atribuye preferencia sobre las obligaciones y las enajenaciones otorgadas por el deudor con posterioridad a la fecha de la anotación»*.

En el caso contemplado por la Sentencia de 12 de junio de 1970 la única variedad estriba, acaso, en que la tercerista era una señora divorciada de nacionalidad alemana que había adquirido una mitad indivisa de la finca litigiosa al mismo tiempo que el embargado —también alemán y divorciado— adquiría la otra mitad, y luego este último, en escritura pública de fecha 12 de septiembre de 1963, le vendió su mitad a la primera, por lo que el total inmueble era ya sustantivamente ajeno el día (14 de noviembre de 1966) en que se anotó preventivamente un embargo decretado contra el citado vendedor de la mitad indivisa. El Alto Tribunal, tras reprochar el que no se hubiese combatido la validez de la transmisión

—síntoma de su sospechoso carácter—, no tiene más remedio que proclamar, una vez más, que *«cuando el acreedor... consigue el embargo de bienes de su deudor, tal medida ha de recaer sobre los que éste realmente posea y estén incorporados a su patrimonio en tal momento, hasta el punto de que si se solicita anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad tal anotación no lesiona los derechos adquiridos previamente sobre la finca embargada ni produce efectos contra tercero cuyo derecho sea anterior a la anotación, pues ésta no prevalece sobre los actos dispositivos, aunque no estén inscritos, según los artículos 1.923 del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria...»*

La Sentencia de 27 de diciembre de 1971 resulta insípida para mi propósito, pues, surgida una vez más la colisión entre anotante y tercerista, toda su atención la centra en determinar si realmente éste había adquirido la propiedad del inmueble embargado y qué sentido había que atribuir a cierta carta por la que el deudor-vendedor aducía derechos, entre dominicales y de retro, sobre la finca acaso no muy convincentemente vendida. Con todo, el Supremo, casando la sentencia de la Audiencia, concluye estimando la tercería de dominio.

En la Sentencia de 21 de febrero de 1975 se aborda un caso de tercería de mejor derecho y no de tercería de dominio, toda vez que la confrontación se produjo entre un crédito hipotecario escriturado en 1969, pero registrado el 29 de enero de 1970, y un crédito personal, cuyo embargo se había anotado preventivamente un día antes. Sorprende que sólo la última instancia (9) reconociese la prioridad sustantiva del crédito cronológicamente anterior al anotado, visto el claro enunciado del artículo 1.923, 4.º, del Código Civil. Sin duda, el llamado carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca había actuado inicialmente en este caso como un espejismo perturbador.

Mayor interés reviste por ello la Sentencia de 8 de julio del mismo año 1975, por cuanto aquí el título dominical que prevalece sobre las anotaciones anticipadas es, por un lado, el derivado de la sentencia de primera instancia que decreta la nulidad por simulación absoluta de la venta de un inmueble al embargado, lo que dado el carácter declarativo de aquel pronunciamiento situaba al referido bien en el patrimonio de la comunidad hereditaria tercerista con anterioridad al embargo y a su anotación, y, por otro, la misma sentencia dicha que declaraba —con constatación igualmente retroactiva— que otros dos inmuebles eran privativos de la esposa del embargado y no gananciales de éste y aquélla, por lo que igualmente debían escapar a las responsabilidades contraídas sobre aquel falso presupuesto. Se pone así de manifiesto la posible conexión de nuestra problemática con la de las titularidades derivadas de un negocio simulado o de un negocio fiduciario.

También se aduce oportunamente la Sentencia de 10 de noviembre del propio año 1975 (10), por cuanto el bien en disputa era una cuota de finca vendida, retrocedida y vuelta a vender a los mismos terceristas, quie-

(9) Se utiliza aquí y en algún que otro momento el vocablo «instancia» en un sentido vulgar, indicativo de un simple nivel o escalón superior en una impugnación, pues sabido es que en una estricta acepción procesal sería erróneo catalogar al recurso de casación como una auténtica tercera instancia, de lo que ha huido siempre su regulación positiva, antes y después de la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(10) Comentada por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en su libro *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo. Derechos reales e hipotecario*, C.E.H. del I.C.N.R.P.M.E., Madrid, 1982, págs. 714 a 722.

nes esgrimen la última transmisión que resultó ser fehacientemente anterior a la anotación practicada a favor de la Hacienda Pública por el impuesto correspondiente a la retrocesión.

Finalmente, la última Sentencia relacionada en los Vistos —que no la última dictada sobre el particular, como en seguida se verá—, la de 31 de enero de 1978 (11), torna a enfocar, una vez más, el choque entre escritura que se retrasó en llegar al Registro por necesidad de ratificaciones de la entidad compradora, y anotación preventiva practicada después de que la mutación real se culminase por completo, y, unánimemente, las tres instancias estiman la tercera, afirmándose en la superior, por boca de su Ponente BELTRÁN DE HEREDIA, que el juego de la preferencia derivada de los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código *«es ajeno, por completo, al principio de la fe pública contenido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que se dice violado... puesto que se refiere, como es bien sabido, no al valor de cualquier asiento registral, sino tan sólo a las adquisiciones a título oneroso por tercero de buena fe, de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, lo que, como fácilmente se comprende, nada tiene que ver con la anotación preventiva que en este caso se discute»*.

A pesar de la contundencia y contumacia de la línea jurisprudencial que, de la mano de la Resolución de mi comentario, termino de resumir, y a pesar de que en la mayoría de los fallos citados (salvo en las Sentencias de 5 de julio de 1917, 14 de julio de 1933 y 22 de marzo de 1943 y, si acaso, en la de 21 de febrero de 1975) puede considerarse *ratio decidendi* la doctrina de la preferencia de las adquisiciones fehacientes previas respecto de las anotaciones que se les anticipan en su llegada al Registro, es lo cierto que su eventual justeza no parece calar muy hondo en la conciencia social ni en la de los asesores o consejeros jurídicos de los litigantes, por cuanto incesantemente el Tribunal Supremo se ve urgido a reiterar su postura, como si la misma fuese impuesta «contra corriente» de lo que estima el sentir popular. Así, tras la última sentencia de que se hace eco el Vistos de nuestra Resolución, cabe reseñar como nuevas oportunidades —fracasadas, claro— que se han brindado al Supremo Tribunal para revisar su incommovible doctrina las Sentencias de 26 de febrero de 1980 (Aranzadi 534), 16 de diciembre de 1982 (Aranzadi 1486), 24 de marzo (Aranzadi 1614), 8 de julio (Aranzadi 4122), 31 de octubre (Aranzadi 5849) y 27 de diciembre (Aranzadi 7008), todas ellas de 1983, y, finalmente por ahora, la Sentencia de 3 de noviembre de 1984 (Aranzadi 5364) (11 bis).

Llama la atención, sin embargo, que la Sentencia de 30 de marzo de 1983 (12) no admitiese una tercera de dominio interpuesta en un procedimiento administrativo de apremio en el que se perseguía un vehículo, si el asiento de reserva de su propiedad en el Registro de Ventas a Plazos había caducado (y aunque no se hubiese procedido a su preceptiva cancelación). Dado que la inscripción en ese Registro especial no es constitutiva de la reserva dominical (ésta puede existir sin inscripción), sino

(11) Igualmente recogida en la obra citada en la nota anterior, págs. 723 a 729.

(11 bis) Hasta la corrección de pruebas cabe añadir las Sentencias de 4 de enero (Aranzadi 163), 13 de febrero —ésta «a contrario»— (Aranzadi 549) y 7 de marzo (Aranzadi 1131), todas del corriente año 1985.

(12) Se reproduce íntegra en el *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, número 34, correspondiente a octubre de 1983, págs. 1402 a 1409.

sólo presupuesto de su oponibilidad a tercero (art. 23 de la Ley 50/1965, de 17 de julio), y dada la inclusión del embargante en esa amplia noción de «tercero» que, por lo visto, efectúa la anterior Sentencia, resulta de hecho la anomalía de que los efectos del embargo, para nuestro Supremo Tribunal, son diferentes según incidan sobre bienes muebles o inmuebles. En aquéllos, el embargo afecta a un titular previo cuyo dominio reservado no pueda oponerse a tercero por haber precluido su irradiación registral; en éstos es la propiedad oculta la que prevalece sobre el embargo publicado tabularmente. No se me alcanza la razón del trato desigual. Si la traba procesal —y su eventual publicidad— sólo constituyen, como decía al principio, un semiderecho real con proyección *in futurum* únicamente, los titulares previos deberían triunfar en cualesquiera tercerías mobiliarias o inmobiliarias que intentasen. ¿O es que la solución correcta es acaso la que inspira a la Ley de Ventas a Plazos, de salvaguardar sólo al *dominus* que resguarda oportunamente su derecho en los folios registrales? Más adelante, tras la exposición de las opiniones doctrinales, desarrollo esta duda que aquí simplemente apunto.

B) Resoluciones

En la Resolución de 9 de noviembre de 1955 se había dilatado tanto la ejecución que el testimonio del auto de adjudicación al actor en cuanto a tres de las fincas perseguidas advino al Registro cuando las correspondientes anotaciones preventivas de embargo habían incidido en caducidad; además, dichos tres inmuebles se habían transmitido a terceras personas, dos después de la anotación respectiva y el tercero antes de ella. Precisamente en relación a este último la Dirección General recuerda que «conforme a lo prevenido en los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923... del Código Civil, el comprador goza de preferencia sobre el acreedor, pues, como declaró la Sentencia de 21 de febrero de 1912, el embargo no obtiene prelación sobre las enajenaciones otorgadas antes de la fecha de la anotación, aunque hayan sido inscritas con posterioridad y la adjudicación recaída en procedimiento seguido exclusivamente contra el titular registral anterior no es inscribible por oponerse a ella el artículo 20 de la Ley Hipotecaria». Importa subrayar que el Registrador, efectivamente, se opuso a la cancelación de las inscripciones de transferencia que obstaculizaban las de adjudicación al actor, a pesar de haber decretado aquélla el Juzgado, pero toda su argumentación reposaba exclusivamente en el dato de haberse extinguido por caducidad las correspondientes anotaciones, y tuvo que ser el Centro directivo el que, a mayor abundamiento, respaldase la calificación de aquel funcionario con la doctrina que reproducida queda.

En la Resolución de 16 de octubre de 1974 se siguió el juicio ejecutivo por todos sus trámites con adjudicación de la finca a tercero. Empero, al presentarse la escritura en que se instrumentaba dicha adjudicación, encontró el obstáculo insuperable de haberse inscrito un año antes (pero después de la anotación de embargo e incluso de la certificación de cargas) otra escritura de venta que el deudor había otorgado en su día, con anterioridad a la traba, eso sí, a favor de tercera persona. En vano intentará el inocente rematante y recurrente aproximar la figura del actual

titular registral a la del tercer poseedor de bienes anotados, por cuanto la Dirección General deshace su argumentación recordándole la cronología que exige para ello el artículo 38 *fine* de la Ley Hipotecaria y reconduciendo el problema a la sede de los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923, 4.º, del Código Civil. (El Considerando cuarto de la Resolución de 1983 que motiva este comentario destaca que fueron éstas de 16 de octubre y la que sigue de 13 de diciembre, ambas de 1974, las primeras que impidieron asimilar el tercer adquirente —anterior a la anotación— al tercer poseedor —posterior— sobre la base del adverbio «después» del último párrafo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.)

En la Resolución de 13 de diciembre de 1974 asistimos a un pintoresco caso-límite: a los pocos días de trabarse un embargo inmobiliario, y justo *la víspera* de la presentación del correspondiente mandamiento en el Registro de la Propiedad, se enajena la finca nada menos que a la madre política (!) del deudor. Aunque el caso se complicó innecesariamente al incumplir, en cierta medida, el Registrador, dentro de la certificación de cargas, lo ordenado en el último inciso del artículo 353 (hoy sería del apartado 1 del mismo artículo) del Reglamento Hipotecario, por no manifestar con nitidez el nombre, apellidos y domicilio, si constaba, de la última titular registral, que entonces lo era aquella señora, lo cierto es que el Centro Directivo confirmó la nota denegatoria del auto de adjudicación del inmueble a la entidad actora, inclinándose ante «*preceptos legales tan categóricos como los... artículos 1.923 del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria y la misma naturaleza jurídica del embargo*».

Finalmente, la Resolución de 5 de marzo de 1982 vuelve a ser un caso arquetípico: la escritura de venta preferente lleva fecha de 1974, la anotación de embargo que se le anticipó en los libros la de 1977, y aunque el adjudicatario rechazado y recurrente intenta con habilidad enlazar su adquisición con dicha anotación a fin de plantear la controversia como un supuesto de doble venta en que él se beneficiaría de la prioridad registral de aquel asiento precursor, la Dirección no acepta ese enfoque y elabora de una vez, en dos considerandos, una doctrina escueta y uniforme que, en parte, se reproduce literalmente en la que comento y que tiene todos los visos de que será calcada inveteradamente en cuantas ocasiones se le suscite el mismo asunto (12 bis).

3. DATOS DOCTRINALES

En nuestra doctrina, y a propósito del problema que me ocupa, cabe registrar las siguientes opiniones:

A) Una postura aplastantemente mayoritaria que se rinde con más o menos convencimiento ante el peso de los razonamientos legales y jurisprudenciales anteriores. Se podría situar al frente de esta línea de pensamiento, aunque no fuese más que por la prolijidad con que la han expuesto, a RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE (13), quien deduce *a contrario sensu*

(12 bis) Así ha ocurrido efectivamente, aunque adaptando los pronunciamientos a las singularidades del caso en la recentísima Resolución de 3 de octubre de 1985 —B. O. E. del 18 siguiente—, aparecida en vísperas de la devolución de pruebas de este comentario, en la que el documentado Informe del Registrador se hace eco de algunas de las posturas doctrinales que después resumiré.

(13) *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., Bosch, Barcelona, 1968, t. II, págs. 904 a 918, que equivalen a las págs. 125 a 139 del t. IV-1.º de la 7.ª ed. de 1979.

del último párrafo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria que no cabe considerar como tercer poseedor de bien anotado a nuestro rezagado adquirente, merecedor, a su juicio, del privilegiado trato que le dispensa la jurisprudencia, y ahora, más recientemente, a JOSÉ MARÍA RIFA SOLER (14), quien también excluye al anotante presuroso, dada la naturaleza personal de su derecho y puramente cautelar-procesal de su asiento, del ámbito protector de la fe pública registral derivada del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Pero también se debe situar en este grupo igualmente a una larga retahíla de autores, clásicos y modernos, como GALINDO Y ESCOSURA (15), DÍAZ MORENO (16), MORELL Y TERRY (17), GAYOSO ARTIAS (18), COSÍO Y CORRAL (19), PUIG BRUTAU (20), LACRUZ BERDEJO Y SANCHEZ REBULLIDA (21), DÍEZ-PICAZO (22), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (23), GARCÍA GARCÍA (24), PAU PEDRÓN (25), O'CALLAGHAN MUÑOZ (26), etc.

Dentro de los autores que parten de la premisa indicada de dar prevalencia a la mutación real sobre la anotación preventiva de embargo cabría subdistinguir, además:

a) Los que como CHINCHILLA (27), MOLINA RAVELLO (28) o FERNÁNDEZ CABALEIRO (29) han llegado a sostener que aquella prevalencia podría hacerse efectiva a través del expeditivo procedimiento de la llamada tercera registral del párrafo tercero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Frente a ellos argumentó certeramente LA RICA (30) que el sobreseimiento automático que contempla ese artículo está realmente pensado para favorecer sólo a las titularidades dominicales *inscritas antes* del advenimiento de la anotación preventiva de embargo al Registro, y abona su opinión tanto la letra del precepto, según la que lo paralizado por la inscripción de tercero es el embargo o, si se prefiere, el procedimiento en que se decretó y no la anotación de aquél, cuanto la idea que parece inspirar la primera de las dos alternativas de manifestación auténtica que

(14) *Ob cit.*, págs. 280-1 y 285 a 298.

(15) *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, 3.ª ed., t. II, Madrid, 1896, página 644, donde se lee «Por la misma razón, el que entabla un juicio ejecutivo en virtud de alguna deuda simple y embarga una finca que su deudor haya vendido a otro, pero que aparezca a su nombre, porque el adquirente no la haya inscrito, no puede pretender que el derecho del comprador, legalmente justificado, sea postpuesto al suyo que no tenía el carácter de real en su origen, ni lo ha adquirido después por la anotación» (LA SERNA: *Ley hipotecaria comentada*)

(16) *Contestaciones a la parte de legislación hipotecaria del programa para oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registros de la Propiedad*, t. II, Madrid, 1911, págs. 222-3.

(17) *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2.ª ed., t. 3.º, Madrid, 1928, págs. 97 y ss.

(18) *Nociones de legislación hipotecaria*, t. II, Madrid, 1918, pág. 310.

(19) *Instituciones de Derecho hipotecario*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1956, pág. 268

(20) *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1974, págs. 386 y ss.

(21) *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, Barcelona, 1968, pág. 273, nota 10; ahora también, con cita de renovada jurisprudencia, en *Elementos de Derecho civil*, III bis, *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, Barcelona, 1984, págs. 226 y 227

(22) *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, 1972, pág. 757, y t. II, 1978, pág. 413, ambos editados por Tecnos, S. A., Madrid.

(23) *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, págs. 620-1 y notas 15 a 17.

(24) Comentarios citados en las precedentes notas 10 y 11.

(25) *Elementos de Derecho Hipotecario*, Ediciones ICAI, Madrid, 1983, págs. 130-2.

(26) *Compendio de Derecho civil*, t. III, *Derechos reales e hipotecario*, Edersa, 1985, pág. 397.

(27) «Temas hipotecarios: la legitimación del Derecho inscrito», *R.C.D.I.*, 1957, pág. 359.

(28) «De la llamada tercera registral», *R.C.D.I.*, 1958, págs. 55 y ss.

(29) «Comentario a la Resolución de 16 de octubre de 1974», *R.C.D.I.*, núm. 506, correspondiente a enero-febrero de 1975, págs. 155-7.

(30) *Meditaciones hipotecarias el principio de prioridad y las inscripciones retrasadas*, hoy recogido en el Libro homenaje publicado por el C.E.H. del I.C.N.R.P.M.E., t. II, Madrid, 1976, págs. 547 y siguientes.

preveía el artículo 92 del Reglamento Hipotecario de 1915 (31), cuanto, por último y sobre todo, la consideración de la indefensa postura en que quedaba el anotante inocente frente al inscribiente rezagado cuya titularidad no podía combatir ni siquiera en vía reconventional, a diferencia de lo que acontece en la genuina tercería de dominio.

b) Los que como ROCA SASTRE en un primer momento (32) o MAZUELOS (33) apuntaron la posibilidad de aplicar analógicamente el procedimiento cancelatorio previsto por el último párrafo del artículo 198 del Reglamento Hipotecario para hipótesis aparentemente similar, como es la colisión entre anotación de demanda y títulos de fecha anterior a ella que, sin embargo, acceden más tarde al Registro. Pero ya el mismo LA RICA (34) objetaba a esta vía «la dificultad insuperable de que se apliquen por razones analógicas especiales procesos judiciales, siempre de *ius cogens*, a supuestos diferentes de aquéllos para los que fueron establecidos por el legislador». En el mismo sentido se pronuncia últimamente RIFA SOLER (35). Además, hay que tener en cuenta que la sede remitida constituye un semillero de problemas muy poco apropiado para orientar la solución del nuestro ni procesal ni sustantivamente (36).

(31) Rezaba así el citado artículo 92 «La manifestación auténtica del Registro de la Propiedad a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 24 de la Ley deberá hacerse o en el *oficio de devolución del mandamiento judicial correspondiente* o en certificación que al efecto expida aquella Oficina, con referencia a los asientos del Registro que se encuentren en vigor». Y por su parte el tenor del artículo 24, 2, de la Ley hipotecaria de 1909, a que el anterior precepto se remitía, era el siguiente «En el caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o procedimiento de apremio contra bienes o derechos reales determinados se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas en el instante en que conste en los autos por *manifestación auténtica* del Registro de la Propiedad que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro».

(32) En la edición de 1948 de su *Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, t. III, págs. 485-6, postura que, sin embargo, no encuentro reiterada ni en la sexta edición de 1968 ni en la séptima y última de 1979.

(33) «Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas», R.C.D.I., números 334-335, correspondientes a marzo-abril de 1956, págs. 172-3.

(34) *Ob cit.*, pág. 578 del tomo II.

(35) *Ob cit.*, pág. 295, nota 421.

(36) Ciertamente el análisis de los efectos de la anotación preventiva de demanda dista mucho de haberse hecho concluyentemente. Por lo pronto, dado el ensanchamiento jurisprudencial que se ha producido en el cauce del artículo 42.1.º de la Ley hipotecaria, habría, como mínimo, que distinguir con PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER (*Notas al «Derecho de cosas»*, de WOLFF-RAISER, 3.ª ed. esp., Bosch, Barcelona, 1971, pág. 310), COSSIO (*ob cit.*, págs. 253 y ss.) y PEÑA (*ob cit.*, págs. 617-8) entre anotaciones de pretensión rectificativa del Registro inexacto (v. gr., de nulidad, reivindicación, etc.) y anotaciones de pretensión de modificación jurídica real aún no efectuada (v. gr., la del comprador que postula la traslación del dominio a su favor mediante tradición real o ficticia). Para mí, quien demanda (y anota) desde una posición jurídica real ya constituida, pero contradicha (p. ej., quien reivindica), adquiere rango excluyente frente a otros titulares reales tabularmente posteriores (v. gr., frente a un adquirente del demandado que demoró el inscribir), siempre, claro está, que prospere su pretensión (medítese en efecto sobre el participio «anotados» del art. 32 de la Ley hipotecaria a *contrario sensu* leído). Inversamente, y salvo que se potencie en demasía la imprecisa categoría de los *iura ad rem*, el que demanda la constitución de un derecho real (v. gr., el de dominio mediante la tradición) acaso sí merezca la aplicación analógica de la doctrina de la Exposición de Motivos de que el asiento de anotación no modifica la naturaleza puramente personal del derecho anotado, en cuyo caso el paralelismo con la problemática que analizo en el texto quizá sea mucho mayor. Con todo, el tema me llevaría muy lejos, pues habría que profundizar: 1.º, en la posible interferencia de la regla singular del artículo 1473 del Código Civil (y de su generalización registral, el art. 32 de la Ley hipotecaria), donde hay que tener en cuenta que, según las más autorizadas opiniones, por hipótesis el conflicto surge entre «adquirentes», es decir —se afirma sin que yo esté del todo convencido—, entre titulares de sendas posiciones jurídico-reales, aunque en el segundo adquirente la misma se haya tenido que engendrar por el artificioso juego legal de la *traditio charia*, así como, 2.º, en la eficacia constitutiva o declarativa de las sentencias dictadas en los procesos mediante los que se actúan las acciones reales típicas (reivindicatoria, confesoria, etc.). Y es evidente que perderme en tan interesante como extenso tema tan sólo para concluir en la inaplicación del artículo 198 *fine* del Reglamento Hipotecario en orden a resolver la colisión que por ejemplo aflora en la Resolución que comento, resultaría cuando menos peregrino e inoportuno. Tan sólo destacaré entonces algo que, una vez abierto el im-

c) Los que como CHICO ORTIZ (37) sostienen audazmente que el Registrador puede calificar por sí mismo la preferencia del título traslativo rezagado, pero de fecha anterior, de modo que no debe arrastrar la anotación anticipada al apartado de cargas del asiento que aquel título motive (38). Opinión en la que no coincide FERNÁNDEZ CABALEIRO (39), para quien sí debe arrastrarse aquella carga en base a razones de claridad de los asientos del Registro, sin que por un encomiable paternalismo pueda *«apreciar por sí y ante sí la preferencia de fecha y proceder a prescindir de la anotación anterior inscribiendo la finca en concepto de libre»*, y en base además —entiendo yo— a lo decretado imperativamente por los artículos 83, 1, de la Ley Hipotecaria y 51, 7.ª, y 174 *fine* de su Reglamento, los cuales exigen resolución ejecutoria para cancelar anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial y ordenan indicar éstas brevemente en todos los asientos ulteriores que se practiquen. El contrasentido a que conduciría la bienintencionada posición de CHICO se patentizaría en el caso de que hubiera que certificar de los gravámenes afectantes a la finca entre los que, sin duda, afloraría la anotación no cancelada, pese a la pretendida «limpieza» que de ella se hubiese hecho en el último asiento traslativo.

d) α) Los que como LA RICA (40) o CAMY (41) defienden que el único medio con el que puede hacer valer su preferencia el tercer adquirente es «el procedimiento normal que nuestra legislación, tanto la judicial como la fiscal, ofrecen: la tercería de dominio», pero además la tercería de dominio ejercitada oportunamente, es decir, *«entablada antes de otorgada la escritura o consumada la venta de bienes a que se refiera o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante»* (LA RICA). Argumenta además este autor que aunque el sistema inmobiliario de Registro ha hecho innecesarias las tercerías de dominio, *«esto es cierto sólo respecto al titular registral normal, esto es, diligente. No respecto al retrasado, al indolente ni al negligente que espera a inscribir su título adquisitivo a que la finca adquirida se halle gravada ya con una anotación de embargo»*. Y, por su parte, CAMY afirma que *«pretender que... transmitido el dominio por el ejecutante en virtud del título anterior a la anotación, pero inscrito después de ella, esta inscripción 'cierra' el Registro a todas las adjudicaciones derivadas del procedimiento ejecutivo, es realmente incon-*

parable torrente de la analogía, ya pretendía, por incómodo para su tesis, subvertir MAZUELOS. El demandante en el artículo 198 *fine* del Reglamento Hipotecario es el anotante triunfante en el proceso (como si el reglamentarista presupusiese que «lleva las de ganar»), en tanto que el demandante en la colisión que me ocupa en el texto es el adquirente previo rezagado a quien casi nadie discute su prevalencia sobre el embargante tabularmente anticipado, desarmonía que pone de relieve, una vez más, lo inviable del trasplante normativo pretendido.

(37) Vide su comentario en el A.D.C. a la Resolución de 16 de octubre de 1974 y la reafirmación de su postura en el efectuado a la Resolución de 17 de diciembre de 1975, en el mismo *Anuario*, enero-marzo de 1978, págs. 184-5, y en sus *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 1982, págs. 374-5.

(38) Un lejano respaldo a la aislada postura de CHICO puede encontrarse en el sexto Considerando de la Resolución de 18 de marzo de 1972 cuando sobre la base de su prioridad sustantiva consideró acertado que el Registrador anticipase el despacho de dos títulos consecutivos por los que el primitivo titular readquiría y volvía a enajenar una finca que no figuraba, empero, a su nombre en el momento en que se presentó un mandamiento de embargo dirigido contra él, cuyo asiento en el Diario era anterior al de aquéllos y que se hallaba vigente al tiempo del despacho anticipado. Con todo, el argumento lo aduce el Centro Directivo «a mayor abundamiento» de la verdadera *ratio decidendi* que fue la de inexistencia de un específico deber del Registrador de utilizar un título posterior, presentado por interesado distinto, para enlazar el tracto de un documento previo.

(39) Comentario citado en la anterior nota 29, pág. 156.

(40) *Meditaciones hipotecarias...*, cit., págs. 578-9.

(41) *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2.ª ed., vol. VI, Ed. Aranzadi, 1975, págs. 121-4.

cebible. Que el anotante, y en virtud de lo que le advierte ese artículo 44 (de la Ley Hipotecaria), no esté protegido registralmente contra otros derechos preferentes a los suyos es idea lógica. Pero SIN EJERCITARSE PROCEDIMIENTO ALGUNO CONTRA EL (concurso de acreedores, tercera de dominio, etc.), sin ser citado o advertido en forma alguna se vea privado del derecho y las consecuencias que su anotación implica es algo aún más nocivo que aquellas hipotecas ocultas que quiso hacer desaparecer la Ley Hipotecaria».

Hay una poderosa consideración que juega en pro de la equilibrada postura de estos dos insignes hipotecaristas, y es la del agravio comparativo que, en otro caso, se produce con la similar colisión surgida sólo entre derechos de crédito anotados. Si entre éstos la prevalencia del rezagado, pero preferente, únicamente se puede hacer efectiva a través de una tercería de mejor derecho (o de un juicio universal de tipo concursal que se promoviera), cuya demanda «no se admitirá después de realizado el pago al acreedor ejecutante» (art. 1.533, 3, LEC), así también la prevalencia sobre la anotación de embargo de una mutación jurídico real rezagada, pero de fecha anterior, debería poder canalizarse sólo por el gemelar (42) cauce procesal de la tercería de dominio y además con el parecido *tope cronológico* que señala el párrafo segundo de aquel precepto rutinario, a saber, el del momento de la venta o adjudicación de los bienes.

Pero ocurre que mientras en la tercería de mejor derecho el dinero del remate percibido por el acreedor ejecutante se «volatiliza» y deviene inmediatamente irreivindicable en la práctica (arts. 1.160 *fine* y 464 del Código Civil), en la de dominio el inmueble cuya propiedad se cuestiona por embargante y tercerista permanece por su propia naturaleza y permanece además inscrito y a merced de los tribunales que pueden decidir tranquilamente sobre el mejor derecho a aquélla. Por eso el artículo 1.533, 2, de la Ley de enjuiciar contiene sólo para la tercería de dominio y no para la de mejor derecho la precisión apendicular de quedar «a salvo el derecho del tercero (extemporáneo) para deducirlo contra quien y como corresponda» (mientras no se tropiece, claro está, con el muro infranqueable del art. 32 de la Ley Hipotecaria por haber dejado inscribir incluso el remate o la adjudicación). Claro que para que realmente fuese la naturaleza del objeto controvertido (dinero, por un lado, y restantes bienes, por otro) la que justificase la desarmonía que implícitamente parece irritar a LA RICA y CAMY, sería preciso que si en la pugna entre dos acreedores el más veloz, pero inferior en rango, en lugar de numerario, se adjudica lo embargado, por falta o no de postores, en pago de su crédito, pudiese, aun así, verse envuelto en una tercería de mejor derecho instada por anotante posterior preferente, lo que mal se compadece con la letra del último párrafo del artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que quizá al hablar de «pago» conecte con todas las variedades que de éste admite el Código Civil, incluyendo la dación en pago (cf. art. 1.175 CC).

β) Pero, en fin, deteniéndome prudentemente ante cuestiones de tanta

(42) Gemelar sólo en un sentido amplio, pues no cabe ignorar que los procesalistas discuten últimamente con profusión sobre la distinta naturaleza y encuadre de las dos modalidades de tercería reguladas en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, *vid.* al respecto SANTIAGO ORTIZ NAVACERRADA *Concurrencia de acreedores en el proceso de ejecución*, publicaciones del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1979, especialmente págs 159 y ss., y también MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ LÓPEZ *La tercería de dominio*, Montecorvo, Madrid, 1980, especialmente páginas 82 y ss

impronta procesal, para cuyo abordaje no me siento preparado, debo decir que ROCA SASTRE (43) y RIFA SOLER (44) aceptan, sí, que el ejercicio de la tercería de dominio es la vía principal con que cuenta el tercer adquirente que descuidó el inscribir para hacer valer la preferencia que *a fortiori* le reconoce el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, pero también que no es la única, sino que, junto a ella, puede dicho tercero adoptar otras dos actitudes de protección:

— o entablar un juicio declarativo para «obtener la cancelación de la anotación de embargo» (ROCA) o para «obtener la revocación (sic) de la venta consumada (sc. de la efectuada *sub hasta iudiciali*) y la subsiguiente cancelación de la inscripción» (?) (RIFA), opiniones ambas que se pueden traducir como que lo que cabe intentar en el proceso cognitorio correspondiente es que se declare la ineficacia de la enajenación coactivo-judicial en cuanto efectuada por un *non dominus* y que se cancele la medida cautelar que pretendía asegurar, sólo frente a ulteriores adquirentes del ejecutado, el buen fin de aquella enajenación (45).

— o permanecer inactivo, sin interponer tercería de dominio ni entablar demanda de juicio declarativo, en cuyo caso —dice ROCA— subsistirá la anotación preventiva de embargo, sin perjuicio de que pueda la misma extinguirse y consiguientemente cancelarse por causas ajenas, como son, por ejemplo, las generales de caducidad, nulidad o renuncia. En otras palabras, cabe, en contra de lo que admiten LA RICA y CAMY, guarecerse bajo la protección que dispensa el principio de tracto sucesivo condensado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria (46). Y una vez más acierta ROCA al destacar que esta táctica, que cabría describir como de «callar y esperar», fue convalidada por primera vez en la Resolución de 9 de noviembre de 1955 y ha sido bendecida luego por las de 16 de octubre y 13 de diciembre de 1974, por la de 17 de diciembre de 1975 y, por último, por la de 5 de marzo de 1982, e incidentalmente (Considerando tercero) por la que motiva este comentario.

¿Qué pensar de esta estrategia de permanecer atrincherado en el castillo de los libros y utilizar al cancerbero registral para ahuventar a todo posible perturbador del tardío y a veces «sospechoso» inscribiente? Pues, por lo pronto, que parece una consecuencia inevitable de la rigurosa concatenación de titularidades que impone la legislación hipotecaria y de la que es buena muestra, por ejemplo, el artículo 143, 3, del Reglamento Hipotecario, que o imagina que la enajenación forzosa judicial se efectúa por o en nombre del tercer poseedor, o, en caso de desamparo, recurre al artificio de considerar los bienes en poder del deudor (como dice el artículo 126 *fine* de la Ley Hipotecaria) para salvaguardar siempre el tracto. Incluso si ese tercer poseedor (que en modo alguno cabe confundir con el tercer adquirente preferente de que hasta ahora he venido ocupándome) fuese desconocido en el proceso de ejecución por haber surgido a última hora, tras la certificación de cargas o de títulos oportuna-

(43) *Ob. cit.*, 7.ª ed., págs. 137 y ss.

(44) *Ob. cit.*, págs. 296 y ss.

(45) A este proceso declarativo específico alude la postrera salvedad del párrafo segundo del artículo 1533 de la Ley riuaria y ya lo hemos visto utilizado para resolver una colisión creditual en la Sentencia de 5 de julio de 1917 resumida en nota 7, cfr también la referida Sentencia de 14 de diciembre de 1968.

(46) Así también lo admite Curco en su comentario a la Resolución de 17 de diciembre de 1975, reseñado en nota 37, pág. 184

mente expedidas, aun así, es preciso destruir previamente el obstáculo de su inscripción (47), para que puedan acceder la adjudicación o el remate a los folios registrales. Ergo, con mayor motivo sería preciso remover el dique (en seguida apunto cómo puede intentarse) de nuestro titular tardío que, amén de su preferencia sustantiva, cuenta a su favor, sobre todo siendo oneroso, con todas las presunciones legales imaginables: la de pertenencia y titularidad de su derecho (art. 38, 1, de la Ley Hipotecaria), la de buena fe y ausencia de fraude (arts. 434 —convenientemente generalizado— y 1.297 *a contrario*, ambos del Código Civil), etcétera.

Pero, en segundo lugar, y aunque estadísticamente el adquirente rezañado suele estar más próximo al «malo de la película», el que pueda escudarse bajo el manto protector del Registro también constituye una situación provisional bastante equilibrada, pues si, por un lado, el inocente rematante o adjudicatario no puede disfrutar de las mieles de la inscripción, también el moroso titular debe pechar con una anotación —normalmente prorrogable *sine die*— que empece sobremanera la transmisibilidad práctica de su derecho. Ciertamente el más necesitado de salir del *impasse* es el adquirente judicial, a quien normalmente corresponderá, si desea alcanzar un resultado positivo que le resarza —acaso— de sus dispendios hasta entonces, embarcarse en un nuevo proceso adoptando la incómoda posición de actor. Pero cierto también que algo le ayuda la presunción del artículo 1.297 del Código Civil (contrapesado, no obstante, por la regla del art. 1.294 del mismo cuerpo legal). Y cierto igualmente que cuenta con la contundente y barata posibilidad de acudir a la vía criminal, denunciando o querellándose por un delito de alzamiento de bienes, si se dan todos los elementos del tipo previsto en el artículo 519 del vigente Código Penal (48), aunque en puridad de principios la acción pública sólo debiera encaminarse a la imposición de una pena a los autores del ilícito, y a lo sumo —de ser técnicamente posible (49)— a declarar su

(47) Vía regla 2.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario que se refiere también a la cancelación de «inscripciones de derechos no preferentes» al del actor —y la del tercer poseedor evidentemente no se cuenta entre las preferentes—; cfr también la regla 17 del artículo 131 de la Ley hipotecaria y el artículo 233 de su Reglamento.

(48) Véase la monografía de FRANCISCO MUÑOZ CONDE: *El delito de alzamiento de bienes*, Bosch, Barcelona, 1971, donde llega a la conclusión de que dicho tipo penal puede ser configurado como un delito plurioobjetivo, en el sentido de que según la fase en que se realiza el alzamiento se puede lesionar como bienes jurídicos protegidos no sólo el derecho de crédito privado de los acreedores, sino también la buena fe procesal, y aún la obediencia debida a la autoridad judicial (págs. 56 y ss.), razón por la que no sólo *iure conditio*, sino también *de lege ferenda* debe continuar siendo perseguible de oficio y no sólo a instancia de parte (única forma de persecución, en cambio, en Alemania, Grecia o Italia) (págs. 193 y ss.). Por su parte, GONZALO QUINTERO OLVARES, en su monografía *El alzamiento de bienes*, Ed Praxis, S. A., Barcelona, 1973, deduce de la jurisprudencia que los bienes jurídicos protegidos son: «a) el deber de conservar los bienes impuesto al deudor por las normas de derecho privado; b) la no frustración del posible éxito del juicio ejecutivo, y c) el crédito de los acreedores, su derecho a la satisfacción y la misma relación jurídico obligacional, abstractamente entendida» (pág. 52).

(49) La Sentencia del Tribunal Supremo —Sala Segunda— de 30 de diciembre de 1983 afirma que «siendo el alzamiento de bienes un delito de resultado cortado, o una tentativa especialmente tipificada como delito consumado, hay razones para mantener que no puede existir pronunciamiento indemnizatorio, puesto que la lesión o perjuicio del acreedor o acreedores pertenece al momento del agotamiento del delito y no al de su perfección consumativa, y, por ende, no era procedente (de ahí que case la Sentencia de la Audiencia Provincial) la condena a satisfacer la suma de 138 500 pesetas, importe de un débito preexistente al delito y no consecuencia del mismo, exigible y exigido en un procedimiento civil, conclusión acertada porque en el delito de alzamiento de bienes la responsabilidad civil no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, en consideración a que dicha obligación no nace ex delicto y porque la consumación del alzamiento, como se ha dicho, no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial».

Efectivamente, predomina entre los penalistas y la jurisprudencia criminal la calificación del delito de alzamiento como un delito de mera actividad que no precisa un resultado lesivo en el acreedor defraudado (véanse opiniones y fallos en MUÑOZ CONDE *Ob cit*, págs. 166 y ss., y en QUINTERO

responsabilidad civil, medida ésta (50) que pese al generoso alcance que hoy le dan los artículos 101 y siguientes del Código Penal es discutible que pueda extenderse a la reintegración o recomposición del patrimonio del deudor (51). Para este fin los caminos más seguros siguen siendo las

OLIVARES: *Ob. cit.*, págs. 57 y ss.), lo cual, aparte otras consecuencias penales interesantes (imposibilidad de tentativa, por ejemplo), conlleva la que reflejada queda en orden a la probable inaplicación a nuestro tipo del artículo 19 del Código Penal o acaso en orden a su aplicación modalizada en los siguientes términos que señala QUINTERO «En el delito de alzamiento de bienes la responsabilidad civil no debe comprender el valor de la obligación u obligaciones que el deudor quería burlar, sino únicamente los perjuicios materiales o de cualquier índole que el delito haya ocasionado; tal podría ser, por ejemplo, el perjuicio que supondría para el acreedor no percibir su crédito en el momento debido, viéndose, por tal causa, imposibilitado para atender a otra obligación suya» (páginas 135-6)

(50) Interesante, además, sólo en el infrecuente caso de que el condenado sea solvente.

(51) No se puede desconocer la existencia de una importante corriente jurisprudencial que considera apto el proceso penal para declarar nulo (*sic*) el acto o los actos dispositivos efectuados por el reo de alzamiento. Si no estoy mal informado, creo que esa tendencia se inició con la Sentencia del Tribunal Supremo —Sala Segunda— de 16 de noviembre de 1971, la cual tras manifestar que la condena penal no puede extenderse a una indemnización pecuniaria de los daños, sostiene que, en cambio, sí alcanza «a restablecer el orden jurídico perturbado por el delito, que en este caso, en el aspecto civil, no es otro que el de reintegrar al patrimonio del deudor los bienes indebidamente salidos del mismo, para que la situación de su caudal quede en el mismo estado que tenía antes de perpetrarse el delito; restauración económica que la sentencia (y por eso el Supremo la confirma) lleva a cabo al declarar nulos los actos de transmisión, aplicando los artículos que se suponen infringidos». En la Sentencia (Sala Segunda) de 9 de diciembre de 1978, en la cual se declara probado que el delito se cometió únicamente por uno de los tres socios constituyentes de una sociedad a la que aquél aportó sus bienes, se sostiene también, con cita de la sentencia anterior y del artículo 102 del Código Penal, que la responsabilidad civil derivada del alzamiento se debe extender «a la restitución de los bienes al patrimonio del autor principal del delito declarando la nulidad de las escrituras y negocios jurídicos, que operaron el traslado del patrimonio del sujeto que pretende el impago a los acreedores.», si bien en el caso de autos no se aceptó ese pedimento por no haberse ejercitado la acción en el momento procesal oportuno contra la titular aparente de los bienes, o sea, la sociedad. La Sentencia de 4 de noviembre de 1981 (siempre de la Sala Segunda) es tan interesante que no me resisto a transcribir sus dos únicos considerandos de los que además puede colegirse su supuesto fáctico: «Como tantas veces se ha repetido, la declaración contenida en el artículo 19 del Código Penal no puede entenderse en el sentido de que todo delito o falta genere responsabilidad civil, ya que lo que las referidas infracciones criminales producen es un daño criminal y la única sanción establecida por la producción de tal daño es la pena, de suerte que las únicas infracciones penales susceptibles de engendrar responsabilidad civil son aquellas en las que el hecho, además del daño criminal a ellos inherente, produce un daño civil, es decir, cuando el hecho, además de ser constitutivo de delito por venir tipificado como tal en el Código Penal, constituye, a la vez, un ilícito civil, generador de un daño de esta naturaleza, a cuyo resarcimiento se encamina la acción civil correspondiente, que bien puede ejercitarse conjuntamente con la penal, aprovechando la acumulación permitida por la Ley, o bien, en su caso, ejercerse separadamente en el proceso civil correspondiente. Por ello, algunos mantienen la opinión de que los delitos formales o de peligro, entre los que se encuentra el de alzamiento de bienes objeto de este proceso, no son susceptibles de generar responsabilidad civil, en cuanto se consuman por la mera actividad con absoluta independencia de que se produzca o no lesión y aun cuando ésta no se llegue a producir, porque el deudor, por las razones que fueron, no haya logrado su ilícito propósito de defraudar a los acreedores, mas es lo cierto que tal opinión no puede ser admitida, pues el delito de alzamiento de bienes produce una alteración del orden jurídico civil que se debe procurar restablecer y si bien no procede la restitución, en cuanto ésta supone la reincorporación de la cosa específica al patrimonio de la víctima del delito, supuesto que no puede darse en este caso, ni tampoco la indemnización porque dada la naturaleza del delito aún no se ha concretado el perjuicio, lo que sí cabe en cambio es la reparación, entendida en su amplia acepción, como modalidad integrante del concepto global de responsabilidad civil, en cuanto que, como queda dicho, los delitos de peligro de la naturaleza del que en el presente proceso fue objeto de enjuiciamiento sí pueden producir un daño civil consistente en el que puede derivarse de la delictiva alteración del orden jurídico civil, cuya restauración deben intentar los Tribunales de lo Penal, en uso de las facultades que les confiere el párrafo 2.º del artículo 742 de la Ley de Procedimiento Penal, según el cual en la sentencia penal se resolverán todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio, ahora bien, a los indicados efectos los Tribunales de lo Penal habrán de aplicar las normas de derecho privado correspondientes, por ello, cuando, como en el caso de autos se trata, el alzamiento se haya llevado a cabo a través de negocios jurídicos de disposición mediante los cuales el deudor se propuso poner sus bienes fuera del alcance de los acreedores, los Tribunales de lo Penal, con el fin indicado de restablecer el orden jurídico ilícitamente alterado, pueden y deben declarar la nulidad de los mentados negocios en cuanto no existan obstáculos jurídicos que lo impidan, como son los que impedirían el éxito de la acción pauliana; así, pues, es manifiesto que en el caso de autos procede declarar la nulidad de los contratos de fecha 6 de junio, 5 de septiembre y 10 de diciembre de 1975, mediante los que, respectivamente, se constituyeron las Sociedades Anónimas denominadas 'Reinsa' y 'Edimesa' y se procedió al arrendamiento de un piso a los que se refiere más ampliamente el resultando de hechos probados,

acciones pauliana y de simulación, ambas erizadas de dificultades legales y probatorias, y de cuya interposición es muy recomendable, en todo caso, tomar anotación preventiva, amparados en la amplia interpretación jurisprudencial del artículo 42, 1.º, de la Ley Hipotecaria, y a la vista no sólo

en cuanto que los primeros fueron otorgados por el procesado y por otras personas que también fueron procesados en esta causa por conocer los diseños de aquél (consilium fraudis) y que fueron inculcados, pero en cambio no puede declararse, como pretende el recurrente, la nulidad de las escrituras de 6 de junio de 1975, por la que se constituyó 'Hotel Delfin, S. A.', ni la de 4 de septiembre del mismo año, por la que se vendió una finca a 'Construcciones Espalanda, S. A.', en cuanto que del resultando de hechos probados aparece que en ellas aparecen interviniendo también como otorgantes personas que no se hallaban en connivencia con el procesado y que ignoraban sus propósitos, por lo que (sc. no) puede declararse la nulidad de negocios en cuyo otorgamiento intervinieron terceros de buena fe que en modo alguno pueden ver alterados sus derechos por las resoluciones recaídas en procesos en los que no fueron parte »

Por otro lado, la sentencia citada en la nota 49, tras negar, como dije, la posibilidad en el alzamiento de una responsabilidad civil de tipo indemnizatorio, continúa esta serie de fallos que interpretan audazmente el artículo 102 del Código Penal, afirmando que aquella negación «no es óbice para admitir que puedan hacerse declaraciones de índole reparatoria, bien referidas a los perjuicios materiales o de otra condición que el delito hubiere ocasionado, o bien promoviendo, a través del adecuado pronunciamiento, la restauración del orden jurídico alterado por la acción fraudulenta o simulada, decretando la nulidad del acto o actos dispositivos, como han venido admitiendo las Resoluciones de este Tribunal Supremo (y aquí reseña las tres sentencias anteriores), pero este último pronunciamiento exigirá (lo que en el caso de autos no tuvo lugar), además de la prueba del consilium fraudis y de la inexistencia de obstáculo alguno según las normas de derecho privado, la necesidad de que el Ministerio Fiscal o la parte acusadora lo soliciten en el escrito de conclusiones definitivas, porque es sabido que en el plano de las responsabilidades civiles dimanantes del delito también rige el principio de justicia fógada y el de congruencia » Y finalmente la Sentencia de 11 de junio de 1984 —como todas de la Sala Segunda— cierra por ahora esta línea, que parece irreversible, afirmando «que la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, debido a que esta obligación no nace del delito y porque la consumación de esta figura delictiva no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial, sino a la colocación en un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores a través del alzamiento de bienes. Conforme con esta doctrina el segundo motivo debe ser estimado, porque la indemnización de un millón de pesetas al Banco de S., S. A., no es procedente, en cuanto que lo que corresponde es declarar la nulidad de la escritura de venta de la finca vendida por el procesado a otra persona, dado que esta operación es fingida y realizada con el único y exclusivo fin de situarse en insolvencia y la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad si se hubiese practicado, reponiendo la finca vendida a la situación jurídica en que se encontrase con motivo de la acción ejercitada por el citado Banco, el que conservará vivas las acciones correspondientes para la efectividad de su crédito» Por muy progresivas que pudieran parecer estas cinco sentencias, en sólo tres de las cuales voy *ratio decidendi* auténtica la declaración de nulidad de las transmisiones, no me parece nada ortodoxo que se condense dentro de un proceso penal, regido por otros principios, una cuestión tan compleja civilmente y tan implicadora de terceros no necesariamente procesados, cual es un pronunciamiento sobre la ineficacia de los actos dispositivos del reo de alzamiento. Ciertamente se gana en agilidad y costo, pero con una conveniente reforma del proceso civil no habría que avanzar este nuevo paso en la denostada penalización del derecho privado. Y desde luego que el artículo 102 del Código Penal no puede invocarse como serio respaldo de ese ramillete de decisiones porque la «restitución» a que se refiere dicho precepto no puede ser otra que la efectuada en beneficio de la víctima del delito (así en los delitos contra la propiedad) y no en beneficio del propio delincuente, aunque sea para sufrir, acto seguido, la agresión ejecutiva de sus acreedores. Sólo para aquél tiene sentido preocuparse exquisitamente del «abono de deterioros o menoscabos a regulación del Tribunal». Además ya existen demasiadas dudas para la incriminación penal de los otros intervinientes en los actos productores de la insolvencia (se discute si son coautores ex artículo 14, 3.º, del Código Penal, o cómplices ex artículo 16 del Código Penal, o coparticipes o incluso si son sujetos inimputables por razones dogmático-penales: sobre ello, MUÑOZ CONDE: *Ob. cit.*, págs. 174 y siguientes, y QUINTERO: *Ob. cit.*, págs. 137 y ss.) como para sumirlos en un proceso civil inviscerado en el criminal, dentro del cual no sabrían cuál es su exacta posición procesal, ni los trámites a que ajustar la defensa de la regularidad de sus negocios, ni los recursos con que pueden contar, ni, por último, el cabal alcance de la prejudicialidad penal en un ulterior juicio civil al que quisieran acudir. Tampoco es muy clara la clase de ineficacia que se elucida en la vía criminal, porque el Supremo utiliza siempre la categoría de la nulidad, la cual, a lo sumo, sería procedente si se funda en una simulación absoluta, no en la relativa o, simplemente, en la rescisión por fraude. Extremando las posturas se podría también incluir en los encausamientos amparados en los artículos 520 y siguientes del Código Penal (quiebra y concurso punibles) toda la complejísima trama civil de dichos juicios universales o, por lo menos, todas las pretensiones dirigidas a recomponer su masa activa, lo que indudablemente parece fuera de razón.

Por fortuna, la D.G.R.N. no parece secundar en el ámbito civil y «dentro del cauce del recurso gubernativo que ha de limitarse simplemente a declarar si puede o no practicarse el asiento solicitado» el criterio de cancelación de inscripciones decretadas en proceso penal (en el caso, instruido precisamente por delito de alzamiento de bienes) que vemos prevalece en el seno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En efecto, la Resolución de 23 de agosto de 1983 confirmó la ininscribibilidad de

de la fugacidad de la medida cautelar de la anotación de embargo —que es con lo que hasta ese momento cuentan el actor o el rematante—, sino también de su harto improbable eficacia para enervar la aparición, durante la sustanciación del proceso rescisorio o simulatorio, de un tercero no cómplice en el fraude, que sólo sabría por los libros registrales que, aun gravado con anotación, adquiere de un titular sustantivamente preferente.

En resumen, aunque algo inclinada en contra del anotante o, en su caso, del adquirente en la ejecución, la postura de inhibición registral que preconizan ROCA, RIFÁ y CHICO resulta, por un lado, ser hoy por hoy la única legalmente posible ante el valladar infranqueable del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y por otro, ser la que deja la situación en unas ciertas «tablas» que impulsará, de haber la más mínima base para ello, a llevar la contienda a un proceso plenario en el que, ahí sí, bajo las mayores garantías, se terminará haciendo justicia.

Pero hipoteticemos por un instante que no existe el más minúsculo asidero para agredir judicialmente al rezagado titular, bien por falta de pruebas o de presunciones en su contra, bien por tratarse realmente de un probo adquirente, más o menos descuidado en cumplimentar el trámite de la inscripción; en otras palabras, imaginemos que acaece la situación que nos pinta LA RICA (52) cuando escribe, sin cargar las tintas, seamos sinceros, sino simplemente describiendo una situación cotidiana y real, que, en ese caso, *«resultará que un tercero de buena fe que haya pujado y comprado una finca en una subasta judicial, dentro de un procedimiento legítimo tutelado por el Juez, y sin que la certificación registral obrante en autos le advierta de ningún peligro —si el título del tercer adquirente se inscribe después de expedida aquella—, se verá despojado de su adquisición, y seguramente privado del dinero del precio, acaso pagado al mismo Juez dentro del procedimiento, puesto que habrá sido entregado al acreedor ejecutante, y el sobrante, si lo hubiere, al deudor ejecutado o a quien tuviere derecho, y unos y otros pueden ser insolventes y hacer infructuoso todo intento de repetición»*.

Pues bien, en esta hipótesis extrema, pero cada día por desgracia menos insólita, ¿basta encogerse de hombros como ROCA y afirmar que estamos «ante un caso desgraciado, un fallo del sistema»? (53).

Permítaseme una breve meditación sobre este interrogante, válida sólo para el caso de culminación de la ejecución y no de detención en pura fase de anotación preventiva de embargo.

un mandamiento cancelatorio derivado de un tal procedimiento al no haber tenido intervención alguna en él los titulares actuales (hijos y hermana del condenado), todo ello sobre la base del principio de consentimiento o por lo menos de audiencia judicial que, para la rectificación de Registro inexacto, consagra el apartado d) del artículo 40 de la vigente Ley Hipotecaria. Resta la duda de saber qué hubiera resuelto el Centro Directivo de haber sido procesados pero absueltos los adquirentes de los bienes.

Y una última observación: De prevalecer, pese a todo, el criterio de la Sala Segunda o cuando no pueda invocarse infracción del artículo 40, d), de la Ley Hipotecaria por haber sido procesados —y, por tanto, oídos, con independencia de su suerte penal— los tales adquirentes, ¿no se seguiría en pura lógica la consecuencia de la anotabilidad de las querellas? ¿No urgiría entonces revisar el criterio sentado por el Auto del Presidente de la Audiencia Territorial de Palma, reseñado dentro de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero de 1980, que confirmó la nota registral de no ser anotables las querellas criminales? ¿Quién afirmaría que el promotor de una causa penal por delito de alzamiento, en la que se puede decretar la nulidad de una mutación jurídico-real, no está demandando «en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real»? (cfr. art. 42, 1.º, de la Ley Hipotecaria)

(52) Ob. cit., pág. 570.

(53) Ob. cit., pág. 138.

Si analizamos con detenimiento el tipo de ineficacia de que adolece la venta forzosa hecha por el Juez (54) es fácil convenir en que estamos ante una compraventa afectada de evicción, por cuanto «*se priva al comprador (rematante), por sentencia firme (si llegara el caso) (55), y en virtud de un derecho anterior a la compra de todo o parte de la cosa comprada*» (art. 1.475, 1, del Código Civil) (56). Pero, y ahí radica el nudo gordiano del problema, ¿quién es el vendedor obligado al saneamiento por evicción? El ejecutado en cuyo nombre y por su rebeldía puede haber actuado el Juez investido de lo que un sector de la doctrina (57) denomina «legitimación extraordinaria», o el Estado, representado por ese órgano básico de uno de sus tres poderes que es un Juzgado (58).

La doctrina procesalista, que yo sepa, no ha descendido a apurar esta concreta cuestión (59), la cual, de todos modos, yo creo que está enlazada no tanto con la naturaleza pública o privada del negocio jurídico de enajenación forzosa (60), cuanto con la esencia de esa denominada legitimación extraordinaria que, ante la rebeldía del ejecutado, se atribuye al Juez. En otras palabras, ¿es realmente un representante *stricto sensu* quien actúa investido de un imperio que le confiere directamente la Ley y no el representado?

A fuer de sincero, parece que la respuesta afirmativa se impone, pues el supuesto no pasaría de ser un caso de representación legal que con Díez-PICAZO (61) estimo constituye una categoría única —aunque diferenciada de la voluntaria— de representación, peculiarizada a lo sumo por-

(54) No parece dificultoso trasvasar la conclusión a que se llegue al supuesto de adjudicación en pago al acreedor.

(55) Insisto en que, en la hipótesis que desarrollo, no existe mácula alguna en el negocio del adquirente (o, si hace falta, del subadquirente), por lo que, aunque contendieran contra él el rematante o el adjudicatario, la sentencia que se dictara y que parece exigir el artículo 1.475, 1, del Código Civil se inclinaría del lado del primero.

(56) Y el saneamiento que debe prestarse en consecuencia no parece sujeto a especialidad alguna, por cuanto el artículo 1.489 del Código Civil, que exime de responsabilidad por daños y perjuicios en caso de vicios o defectos ocultos (aunque no los demás efectos de esa modalidad de saneamiento) en el supuesto de haberse efectuado la venta judicialmente, no parece aplicable, por razones sistemáticas al § 1 de la Sección tercera del capítulo, título y libro cuartos del Código Civil, sino sólo al § 2 de la misma Sección. Luego, en principio el rematante tiene derecho a exigir del vendedor todos los conceptos prevenidos en el artículo 1.478 del Código Civil que fueren procedentes, excepción hecha de los de su número 5.º, ya que no es concebible, normalmente, mala fe en el órgano judicial enajenante. Con lo que, en definitiva, al excluirse la responsabilidad por daños se aproxima mucho, por otro camino, esta regla del saneamiento por evicción a la del artículo 1.489 del saneamiento por vicios o defectos ocultos que termino de excluir para aquí.

(57) LADARIA CALDENTY: *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952.

(58) Descartado queda, obvio es decirlo, que responda el propio Juez como persona física y sujeto privado de derechos.

(59) Los manuales al uso se aplican a describir la última fase del apremio con profusa reproducción de preceptos y, a lo sumo, con cita escueta de resoluciones jurisprudenciales; véanse ad. ex., FENECHE: *Derecho Procesal Civil*, Ageda, Madrid, 1983, págs. 502-3; GÓMEZ ORBANEJA-HERCE: *Derecho Procesal Civil*, vol. 2.º, 8.ª ed., Madrid, 1979, pág. 278; RAMOS MÉNDEZ: *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, 1980, pág. 1047, etc. Sólo acudiendo a las monografías clave cabe descubrir la existencia de dos posturas extremas acerca de la naturaleza de la enajenación judicial, la privatista de JORGE CARRERAS (*El embargo de bienes*, 1957) y la publicista de GUTIÉRREZ DE CABEDES (*La enajenación forzosa*, 1966), y una, en cierta medida ecléctica, de MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (*El proceso de ejecución*, 1982), cuya es esta ponderada conclusión «En definitiva, la enajenación en pública subasta es un modo específico de venta que ha sido regulado en líneas generales siguiendo los esquemas del contrato privado de compraventa, pero en el que influyen de modo decisivo el carácter público de la ejecución forzosa y las normas procedimentales de carácter imperativo que regulan el modo de la subasta y sus efectos» (pág. 202).

(60) Donde, con todo, estimo también que en nuestra centenario Ley de Enjuiciamiento prevalece la concepción privatística, por lo menos cuando ha de otorgarse escritura pública (cfr. art. 1.514). Al tema me he aproximado también con otra finalidad —la de cuándo se produce el tránsito dominical en las ejecuciones, especialmente en las hipotecarias— en el comentario a la Resolución de 13 de abril de 1982, en esta misma Revista, núm. 558, septiembre-octubre de 1983, págs. 1309-10.

(61) *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979, págs. 48-51 y 131-2.

que sólo muy rebuscadamente se puede afirmar que se está actuando un interés del representando (el de saldar, más o menos parcialmente, sus deudas). Además, no sería lógico que la responsabilidad por evicción oscilase desde la esfera patrimonial del deudor a la del Estado, en función del dato aleatorio de que accediese o no a comparecer en el instrumento de enajenación. Lo contrario sería incluso un estímulo para no hacerlo (62).

Pero, aun así, ¿no puede afirmarse que el aparato estatal, al revestir de solemnidad y seriedad a una enajenación que se efectúa bajo su *auctoritas*, está en cierta medida garantizando, cuasifianzando el acto dispositivo, por más que, a veces, algunos preceptos porfien por exonerarle de esa responsabilidad (cf. arts. 1.496 y 1.497 LEC)? Hacia donde apunto es a la posibilidad de solicitar una indemnización —que abarcase todos o los principales conceptos del art. 1.478 del Código Civil— de la propia Administración pública (mejor: aparato estatal) actuante vía Poder Judicial, dado que se ha producido una lesión en el patrimonio de un particular que bien podría decirse que es consecuencia del «funcionamiento de los servicios públicos» y en concreto del «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia» (63). En último término, si se estima que el proceder de todos los órganos del Estado ha sido impecable: el del Registro, al dispensar protección al adquirente rezagado que sustantivamente es preferente, y el del Juzgado, al cumplimentar con resultado negativo todos los trámites que podrían conducirle a conocer la existencia de aquél (certificación de cargas y aun de títulos), ¿no podría sostenerse que el servicio que ha funcionado mal es el de producción normativa, al conducir a esa aporía insoluble? Entiéndaseme bien: no pretendo defender que el Estado deba salir garante por todas las dobles enajenaciones y estafas que se produzcan en el tráfico jurídico, lo cual sería disparatado y ruinoso, pero sí que alguna culpa le cabe a los poderes públicos (y quizá al que más al legislativo) cuando la prosecución intachable de dos cauces legales —la inscripción, por un lado, y la subasta, por otro—, ambos fo-

(62) El problema me recuerda el muy similar de la manifestación sobre ausencia de arrendamiento en los inmuebles que imponen los artículos 55 de la L.A.U. y 91 de la L.A.R. Dado que alguna jurisprudencia reconoce derechos de preferente adquisición a los arrendatarios en las enajenaciones forzosas, ¿quién debe manifestar dato tan ignoto como el de la inexistencia de aquéllos? Ni siquiera la previa puesta en posesión de lo adjudicado, que, en buena ley (art. 1.515 L.E.C.), no debiera anticiparse al otorgamiento del título, elimina la posibilidad de un arrendatario coyunturalmente ausente. La práctica que se sigue en la región levantina de que la manifestación sobre arrendamientos la efectúe unilateralmente el rematante o adjudicatario en acta o en instancia no deja de ser una oficiosidad que ni salva la letra ni el espíritu de los preceptos antes citados.

(63) Como dicen hoy con máximo rango los artículos 106, 2, y 121 de la Constitución, pero han venido repitiendo, incluso con mayor generosidad aparente, otros preceptos legales (como el art. 40.1 de la L.R.J.A.E., que habla del «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»). ADDENDUM: Ya en fase de corrección de pruebas de este comentario se ha promulgado la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, que en el título V de su libro III (arts. 292 y ss.) y desarrollando el segundo de los citados preceptos constitucionales, se ocupa de «la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia» —distinta por supuesto de la responsabilidad civil de los Jueces o Magistrados que requiere dolo o culpa por su parte: cfr. arts. 16, 411 a 413 y 296 a 297—. En esa nueva normativa, con todo, no parece haber demasiada base para el rescimiento estatal en los casos de que me ocupo porque, dado el pie forzado constitucional, presupuestos de la indemnización son o «el error judicial» o «el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», y ya he subrayado que en ellos ni el juzgador padece «error iuris» ni los servicios (cfr. artículo 295) judiciales hacen otra cosa que aplicar escrupulosamente los trámites procesales. (Mayor pie habría dado el que la reciente Ley Orgánica del Poder Judicial hubiera acogido la misma disyuntiva de la Ley de R.J.A.E. y hubiese declarado indemnizables también los perjuicios producidos por el funcionamiento «normal» de la Administración de Justicia). De responsabilidad por actos del tercer Poder parece, pues, difícil hablar en la colisión de referencia y por actos del primero de los Poderes ni hay precedentes ni cauces explícitos. *Vid.* sobre el tema en la fase anterior a su reciente desenvolvimiento legal el libro de LUIS MARTÍN REBOLLO *Jueces y responsabilidad del Estado*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

mentados y tutelados por aquellos mismos Poderes, desemboca en un encontronazo inevitable (64) del que uno de los dos administrados inocentes ha de salir lesionado.

Y no insisto más porque soy consciente de la escasa viabilidad práctica de la vía argumental que ofrezco y porque, sobre todo, me interesaba desarrollarla más bien como pórtico de la última postura doctrinal que me queda por exponer, por si acaso ésta, más propia del *ius condendum*, conduce a unas situaciones más justas y también más armoniosas con el resto del Ordenamiento.

B) Me refiero, en efecto, a la mantenida, casi en solitario, por RAMOS J. FOLQUÉS (65). Este se preguntaba *«si A era dueño de la finca X para quien iba a comprarla, ¿por qué no lo ha de ser también para quien sólo aspira a conocer la solvencia de A? Si A es dueño a los efectos de vender e hipotecar o de constituir censos, o imponer servidumbres sobre la finca X, ¿por qué deja de serlo para los efectos de abrirsele créditos comerciales?»* (66). Y al mismo tiempo describía este desolador cuadro: *«El abogado puede asegurar a su cliente que con la anotación del embargo se le confiere un rango prelativo respecto de créditos posteriores a la anotación; puede asegurar al cliente que en cierto modo incapacita al deudor para cometer trampas encaminadas a la desaparición de lo embargado. Pero lo que el abogado no puede asegurar nunca es que el cliente cobrará en virtud de la anotación de embargo. Y esto no lo puede asegurar, no por falta de suficiencia económica de lo embargado, sino porque tiene la ignorancia más absoluta y la más absoluta oscuridad en la averiguación de si existen o no créditos preferentes o legítimos»* (67) (item más: transmisiones fehacientes ocultas). Y, en fin, apostrofaba amargamente con estas palabras, no por desactualizadas terminológicamente menos certeras: *«Admitir una anotación con los gastos judiciales y los del timbre, impuesto de derechos reales y honorarios de Registro por constitución y cancelación, para decirle después al interesado que es un cándido o un ignorante y que ha perdido el tiempo, el dinero y la oportunidad de asegurar su crédito por otro conducto, eso pasa de la raya y constituye una verdadera burla sangrienta y desesperante»* (68)..

Muy diferentes argumentos acumuló el docto Registrador en contra de la tesis mayoritaria: prístino sentido histórico de las anotaciones de embargo, naturaleza jurídica de éstas, ensanchamiento de la noción de fe pública a fin de comprender al anotante, etc. Los más resistentes al paso

(64) Incluso aunque se hubiesen consultado, por última vez, los libros registrales la misma mañana de acudir a la subasta, porque la sorpresa puede surgir durante el desarrollo de ella o después, hasta el advenimiento al Registro del instrumento que envuelva la enajenación forzosa. Incluso considerando al juez «legítimo representante» del titular registral a los efectos del actual artículo 354, 3.º del Reglamento hipotecario, de suerte que se le admitiese un mandato de certificación con información continuada, ésta, aun sin contar con todas las deficiencias y lentitud de los sistemas de comunicación, incluso de los más ágiles, no puede inmunizar frente a ese período «post-subasta» en que ya se ha desembolsado el precio del remate, pero aún no se ha presentado en el Diario la primera copia de la escritura o el testimonio del auto de adjudicación.

(65) Fundamentalmente en «La anotación preventiva de embargo en los casos de disconformidad entre realidad y registro: sus efectos después de la reforma de 1944», en R D Pr., núms. 412-413, correspondientes a julio-agosto de 1951, págs. 553 a 568, y en «El precedente real de las anotaciones de embargo», misma Revista, núm. 426, correspondiente a septiembre de 1952, págs. 703 a 724, artículo este último donde cita otro titulado «Las anotaciones preventivas de embargo y la fe pública registral», publicado en el núm. 85 de la R G de D P. de octubre de 1951, que no me ha sido posible compulsar.

(66) «La anotación», cit., pág. 564.

(67) «El precedente...», cit., pág. 723.

(68) «La anotación», cit., pág. 562.

del tiempo y a la continua decantación de los conceptos inmobiliario-registrales son hoy los que pretendía extraer del principio de legitimación (puesto que el art. 38, 1, de la Ley Hipotecaria no distingue sujetos ni situaciones al proclamar que «A TODOS LOS EFECTOS LEGALES se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo») y de la flexibilidad que permite la noción doctrinal del tercero latino (bien que él no utilizase todavía esa terminología): si para ser tercero germánico, entre otros requisitos, precisa tratarse de un adquirente del dominio o derecho real (69), para ser tercero latino al que no le son oponibles el dominio y demás derechos reales no debidamente inscritos (artículo 32 de la Ley Hipotecaria), bien puede abrirse generosamente la interpretación (70) y admitirse tales a los titulares registrales de cualquier signo (71), incluidos los anotantes de derechos personales en trance de ejecución.

Sin apuntarme *de lege data* a la quijotesca postura de RAMOS, que inveteradamente se ha visto zarandeada y derribada por las aspas de los molinos de viento jurisprudenciales, y sin adoptarla sin reservas incluso en el plano de la nomotesia (72), porque habría que sopesar la nueva gran ventaja que se otorgaría al mero acreedor personal en detrimento del

(69) Y aún esto constituye una premisa legalmente indemostrada. Los artículos 34 y 40 *fine* de la Ley hipotecaria sólo exigen en este orden de ideas que se trate de un derecho inscribible e inscrito.

(70) Lo intentó la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1975 con una doctrina que ha quedado aislada.

(71) Y aquí ejemplificaba RAMOS con el segundo adquirente en la doble venta que pese al tenor literal del artículo 1.473, 2, del Código Civil y por mucho efecto traumático que se reconozca a la *traditio chartae* del artículo 1.462, 2, del mismo, la verdad es que hasta el instante mismo del milagro inscriptivo no puede ser calificado propiamente como titular de un derecho real. Su discurso abriría insospechadas facetas en relación con otros derechos inscribibles no estrictamente reales (arrendamientos, opción personal, etc.), pero tropezaría también con el contrasentido de que la letra del artículo 32 de la Ley hipotecaria inmunizaría al tercero latino así ensanchado frente solo a los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados, pero no frente a otros derechos inscribibles no reales que también se rezaguen en la inscripción.

(72) Lo que nos parificaría con la posición de los Derechos italiano (actual) y francés, según los expone RIFÁ en su obra citada, págs. 287-8, nota 412, en cambio, tengo mis dudas sobre la exactitud de su interpretación del Derecho de la República Federal Alemana en punto a nuestro problema, pues considerarlo próximo al nuestro —como entiendo que él afirma— se compadece mal con el carácter constitutivo que allí tiene la inscripción en las mutaciones reales de tipo negocial. En realidad, son difícilmente comparables en el tema de la colisión que me ocupa los Ordenamientos alemán-occidental y español: propiamente las situaciones en conflicto parangonables con las nuestras no pueden serlo, por un lado, ni el negocio jurídico obligacional ni siquiera el acuerdo abstracto que por sí solo sin la «Eintragung» no provoca la mutación real —cfr. §§ 873, 875 y 877 del BGB— ni, por otro, la «Vormerkung» que únicamente ampara pretensiones dirigidas a esa mutación (§ 883), significado que no es el que comúnmente se reconoce a la hispánica anotación preventiva de embargo descalificada como asiento precursor —en el sentido, p. ej., del art. 42-1.ª de la Ley Hipotecaria— del remate o adjudicación por la jurisprudencia (recuérdese la Resolución de 5 de marzo de 1982 antes resumida). En realidad, los términos a comparar en las mutaciones reales de tipo negocial serían, de una parte, la situación del que cuenta con la «Einigung» y la «Eintragung» sobre el inmueble, y, de otra, la del acreedor que obtiene a su favor una hipoteca forzosa (Zwangshypothek) conforme a los §§ 866 (3), 867 y 932 (Arresthypothek) de la Zivilprozessordnung (ZPO). A mi entender, como ambas situaciones precisan constitutivamente de la inscripción, o bien operará el principio del tracto sucesivo [§ 39 (1) de la CBO] si es la primera situación la que accede antes al Registro y cierra el paso a la segunda, o bien y por expresarlo según nuestros esquemas mentales, operará el principio de prioridad [§ 879 del BGB] si es la segunda la que adviene inicialmente y se opone y antepone a la situación del adquirente *in fieri*. Más detalles sobre la hipoteca de seguridad obtenible dentro de la ejecución forzosa pueden verse en WOLFF-REISER: *Derecho de cosas*, cit., pág. 352; J. W. HEDEMANN: *Tratado de Derecho civil*, traducción de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez, vol. II, Ed. R.D.P., Madrid, 1955, página 417; FRITZ BAUR: *Lehrbuch des Sachenrechts*, 12.ª ed. de la C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, Munich, 1983, pág. 404; FRIEDRICH LENT-KARL HEINZ SCHWAB: *Sachenrecht*, 19.ª ed. de la propia Beck'sche, Munich 1983, pág. 287, y MANFRED WOL: *Grundrisse des Rechts. Sachenrecht*, 5.ª ed., siempre de la Beck'sche, Munich, 1983, pág. 305. En definitiva, la solución que hoy predomina en nuestros Tribunales no es ni mucho menos la que impera en los más significativos Ordenamientos europeos.

real (hipotecario sobre todo) con el que se vería equiparado con sólo cierto retraso cronológico (73), si quiero concluir este repaso de posturas formulando una reflexión que me inquieta: si la publicidad material del Registro sólo va a proteger a los que proyectan y realizan una adquisición jurídico-real inmobiliaria (v.gr.: al que compra una finca o presta con garantía hipotecaria sobre ella), ¿por qué se permite y aun fomenta la publicidad formal en beneficio de los que sólo ostentan un derecho personal sobre el titular registral? Peco de prudente si afirmo que el 95 por 100 de las manifestaciones por exhibición o notas simples de los folios registrales, ya se obtengan por verificadores profesionales (74), ya se ofrezcan directamente como debe ser por los Registros, tienen por objeto proporcionar «informes comerciales» sobre la solvencia inmobiliaria de un determinado sujeto, ya para proporcionarle un crédito puramente personal (los hipotecarios suelen apoyarse en certificaciones pre y postotorgamiento), ya, también, para proceder ejecutivamente contra él. Si esto es así, y si esa información no ofrece garantías absolutas frente a créditos y mutaciones jurídico-reales preexistentes al margen del Registro, ¿por qué esta prestigiosa institución colabora tan generosamente en proporcionar datos no enteramente fiables?, ¿por qué el propio legislador alienta o recomienda esa consulta preejecutiva (cf. art. 204 de la Ley de Procedimiento Laboral, Texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, y, ahora también, el art. 1.455, 3, LEC, añadido por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la misma)?, ¿por qué el Ilustre Colegio Nacional de Registradores se ha embarcado en una millonaria operación de informatizar centralizadamente la noticia de titularidades registrales a todo lo ancho del territorio patrio, si las pistas que va a proporcionar a los sabuesos pueden conducir a fiascos espectaculares?; ¿no será que se están sentando inadvertidamente las bases para dar un giro copernicano a la doctrina que por enésima vez ha reiterado la Resolución que comento?; ¿y ese giro no constituiría un nuevo e importante estímulo para la pronta inscripción de las mutaciones rezagadas, tan fomentada por la legislación como ansiada por la práctica y la doctrina?

Y concluyo el examen de este primer problema de la Resolución que me ocupa, porque un acabado estudio teórico de la colisión que la provocó requeriría por lo menos:

— Un análisis de los diversos tipos de anotaciones preventivas de embargo en función del crédito que garanticen y del procedimiento en que se decreten, aunque, hoy por hoy, seanlo en proceso civil, penal o laboral (75), o incluso en procedimiento de apremio fiscal, su alcance parece ser el mismo (76); y

(73) Y habría que solventar además el problema de si se extendería el cambio de criterio a la colisión entre créditos por cuanto las palabras de la Exposición de Motivos al respecto sí que conservan acusada vigencia.

(74) Véanse respecto de ellos la Resolución de 8 de abril de 1983 y la Instrucción de 12 de junio de 1985 (B O E del 19 de junio), ambas de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

(75) Como en el caso de nuestra Resolución y gracias a que el desorbitado artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores no ha trascendido del ámbito de la colisión de créditos. Para su estudio es fundamental la tesis del Magistrado BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN *Los privilegios del crédito salarial* Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1984.

(76) Merced a hacer prevalecer el artículo 132 sobre el 71, ambos de la Ley General Tributaria, y exceptuados los casos en que la Hacienda haga valer en su favor la hipoteca legal tácita, hipoteca especial expresa (insólita) o afectación fiscal consignada tabularmente, y a pesar del criterio que se desprende del artículo 271 del Reglamento hipotecario, anterior e inferior en rango a aquellos dos

— Una exposición pormenorizada del otro polo del enfrentamiento, es decir, de lo que vengo denominando, con demasiada amplitud quizá, mutación jurídico real. Aquí la problemática sería riquísima y habría que deslindar las mutaciones dominicales (incluidos los desdoblamientos del dominio) y predominales (v.gr.: opción, mediata o inmediata, de carácter real), los derechos reales de realización de valor como la hipoteca (77) y los derechos reales de goce parcial (servidumbres, p.ej.) menos trascendentes por su posible compatibilidad con la ejecución. En todos esos casos habría que precisar en qué fecha se produce exactamente la mutación real (78) y en algunos si realmente se produce (79). Por último, si el bien embargado no es el dominio, sino otro derecho inscribible (80), sus peculiares modos transmisivos pueden complicar el ya de suyo intrincado panorama que dejo esbozado.

II. El segundo problema de los enunciados en el primer Considerando de nuestra Resolución no le va a la zaga en cuanto a interés al hasta aquí analizado, aunque, por haberme extendido demasiado en éste, me vea compelido a tratar aquél con brevedad y sin tanto aparato crítico. La resurrección de una anotación preventiva de embargo cuya cancelación se había decretado sobre la base o presuposición de que también se extinguirían las inscripciones de dominio que obstaculizaban parcialmente la toma de razón de la escritura de adjudicación de la total finca a la entidad cesionaria del remate es una cuestión que acaso no pueda despacharse en un postrer Considerando, sin más que un atisbo de argumento en el adjetivo «terceras» referido a personas y con cita de una Resolución no absolutamente convincente por inexpresiva que no por su indudable acierto.

En efecto, en la conocida Resolución de 23 de junio de 1960 (cuyo planteamiento, al parecer, tanto influyó en el requisito de firmeza del art. 165 del Reglamento Hipotecario) se trataba de la anotación preventiva de una demanda por la que se reclamaba el cumplimiento de un contrato de compraventa y el consiguiente otorgamiento de escritura pública; el Juzgado inicialmente accedió a la anotación, que, a la vista de ello, se practicó en el Registro, pero, recurrida en reposición la providencia estimatoria de aquella medida cautelar, se revocó su procedencia por auto que decretó

preceptos, revalidados, además, por última vez, en el ámbito estatal, por el artículo 32 de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977. La cuestión la expone muy bien GULLÓN BALLESTEROS en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, t. XXIV, Edersa, 1984, págs. 744 a 747, con referencias bibliográficas en notas 20 y 21. Véase también el comentario de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA a la Sentencia de 10 de noviembre de 1975, citado en nota 10, y, asimismo, como última confirmación jurisprudencial de ese criterio de equiparación entre anotaciones ordinarias y fiscales la reciente Sentencia —Sala Primera— de 3 de noviembre de 1984 (Aranzadi 5.364).

(77) Vide GULLÓN: *Comentarios*, cit., págs. 743-4. También GARCÍA GARCÍA: «Comentarios a las Sentencias de 10 de marzo de 1973 y 21 de febrero de 1975», *ob. cit.*, págs. 689 a 707.

(78) En especial, si el «iter» mutativo es complejo o adolece de ineficacia relativa recuérdese la ileción de los derechos anteriores a la ratificación de negocios incompletos que consagra la Resolución de 3 de marzo de 1953 y jurisprudencia concordante.

(79) Pienso ahora en un supuesto sometido, según me consta, a la consideración actual de la Dirección General en recurso gubernativo pendiente, en que el conflicto surgió entre una anotación de embargo, por supuesto, y una previa adjudicación a la esposa del embargado en escritura de disolución y liquidación de comunidad conyugal. El carácter traslativo, declarativo o el pretendidamente especificativo que se reconozca a la disolución de comunidad podría decidir la controversia en muy diferente sentido. En relación con el tema cfr. la Sentencia de 26 de enero de 1985 (Aranzadi 200).

(80) Para apreciar la variedad de bienes registrables susceptibles de embargo y sus problemas, véase el completo artículo de RAFAEL RIVAS TORRALBA «Sobre anotaciones de embargo en el Registro de la Propiedad», *RCDI.*, núm. 543, correspondiente a marzo-abril de 1981, págs. 285 a 350, especialmente págs. 311 a 335. También RIVAS: *Ob. cit.*, págs. 357 a 454.

entonces la cancelación del asiento y que igualmente fue ejecutado en el Registro pese a estar pendiente de apelación ante la Audiencia Territorial dicha última resolución. El asiento extintivo llevaba fecha de 30 de abril de 1958, y cuando se practicó ya figuraba inscrita la finca —desde el 21 de diciembre anterior— a favor de terceras personas, lo cual, al llegar, como es de suponer, la definitiva decisión de la Audiencia favorable a la viabilidad de la anotación, constituyó a juicio de la Dirección un insalvable obstáculo para ésta. *«La renovación de eficacia —argumentaba el Centro directivo— de la anotación solicitada no puede llevarse a cabo después de haberse practicado la cancelación, porque (¿por?, ¿en virtud de?) la transmisión realizada e inscrita del inmueble quedó libre de los efectos de la anotación y constituye un obstáculo en el Registro al aparecer la finca inscrita a nombre de persona distinta del demandado que impide cumplir el mandamiento presentado, dado que los asientos registrales se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales mientras no se declare su inexactitud, y aunque el adquirente del inmueble hubiera obrado de mala fe, esta circunstancia no puede ser apreciada en un recurso gubernativo.»*

Obsérvese que frente a la diferencia, a estos efectos accidental, de tratarse en la Resolución de 1960 de una anotación preventiva de demanda y en la de 1983 de una anotación preventiva de embargo, existe la importante analogía de haberse registrado en ambas la transmisión a tercero con arrastre de la carga que luego se extinguió, por lo que en ningún momento puede alegarse buena fe «psicológica» respecto del gravamen, al tiempo de la adquisición por dicho tercero.

No debe perderse de vista que el fundamental artículo 40 *fine* de la Ley Hipotecaria, a propósito de la inexactitud registral (luego veremos si los supuestos de nuestras dos Resoluciones merecen reconducirse a la categoría de la inexactitud) subraya con precisión que la rectificación tabular que no puede perjudicar los derechos de tercero oneroso y *bonae fidei* es la que pretendiera practicarse respecto de un asiento, bajo cuya *vigencia* el referido tercero hubiese efectuado su adquisición. El complemento circunstancial de tiempo *«durante la vigencia del asiento* (que se declare inexacto)» modaliza ciertamente, en riguroso análisis lógico-sintáctico, al participio *«adquiridos»* mejor que al verbo *«perjudicará»* y, por supuesto, mejor que al sustantivo verbal *«rectificación»*. Luego lo que prescribe ese estelar (81) párrafo legal es que no puede rectificarse un contenido registral tenido en cuenta por el tercero hipotecario al efectuar su adquisición y que acaso fue determinante de ésta, pero no que resulte

(81) Creo que corresponde a LACRUZ (*Derecho*, cit., pág. 208; *Elementos*, cit., pág. 169) el mérito de haber destacado la importancia de este postrer párrafo del artículo 40 de la Ley hipotecaria que, en su opinión, contiene la *«fórmula más general»* de protección al tercero germánico, y que constituye, según palabras más recientes suyas, *«una suerte de precepto-escoba en el sistema de la apariencia»*. Si el artículo 34 es trascendente para fijar los requisitos del tercero —germánico—, el último párrafo del artículo 40 no lo es menos, porque, amén de reiterar explícitamente tres de aquellos requisitos e implícitamente el cuarto —el de la propia inscripción del tercero—, amplía extraordinariamente el espectro de las patologías (nada menos que todas las inexactitudes registrales que sistematiza el propio precepto) frente a las que aquél queda inmunizado. Pero aún ofrece, a mi juicio, esta nueva «estrella» del firmamento hipotecario otra faceta interesante que destaco en el texto: la de acotar cronológicamente la situación tabular respecto de la que se protege al adquirente, a saber, sólo frente a la que tuvo en cuenta al adquirir, no frente a vicisitudes involuntarias (erróneas) que incidan después sobre aquélla, porque entonces ya no se está dispensando protección a la confianza en la apariencia insita en la frase *«adquiridos durante la vigencia del asiento que se declare inexacto»*. Idea parecida anda también en el párrafo segundo del artículo 34 y en el artículo 220, ambos de la Ley hipotecaria.

invulnerable a rectificaciones producidas respecto a asientos registrales que sí calibró cuando devino tercero. El ejemplo más contundente sería el del error (material o de concepto —resulta indiferente) del Registrador. No es inverosímil, pues tengo noticias de casos muy parecidos, que por precipitación en la identificación de la finca sobre la que se operase se hubiese cancelado una hipoteca o un embargo que no eran los procedentes y que, una vez firmado el asiento, con el título aún en la Oficina y resultando claramente (como exige el art. 217 de la Ley Hipotecaria) de ambos el error padecido, haya habido que rectificar la cancelación equivocada en el sentido de dejarla sin efecto, aun en el caso de que la finca no figurase ya inscrita a favor del hipotecante o embargado, sino de un causahabiente oneroso de ellos. Los artículos 317 y 318 del Reglamento Hipotecario (lo mismo que los 213, 214 y 217 de la Ley) imaginan sin dificultad que las cancelaciones pueden ser objeto de rectificación, al igual que los demás tipos de asientos, y si se considera que mi ejemplo se conduce al supuesto de hecho del artículo 320 del Reglamento Hipotecario, y aparte de que el traslado implica una supresión o extinción del asiento en el folio de origen, no me supone ningún esfuerzo de imaginación, porque también cuenta con apoyo real, variarlo en el sentido de que el error se padeció al extender la cancelación a todos los inmuebles comprendidos en el título, cuando en realidad sólo se ordenó o pidió de alguno de ellos, caso en el que no procede efectuar «traslado» alguno de líneas escritas y firmadas.

El considerar que en esos supuestos que hipotetizo no se está ante «errores rectificables por el Registrador» por sí y ante sí (art. 321 RH), sino ante «errores no rectificables sin consentimiento de los interesados» (artículos 322 y siguientes del mismo Reglamento), desorbitaría el dato puramente accidental de que el derecho enmendado no pertenece hoy ya al titular primitivo, sino a otro distinto que ya contaba con el gravamen y con su duración y efectos legales y que nunca apostó por su extinción anómala en la lotería del error. Lo que realmente no desean los preceptos hipotecarios aludidos es que, so capa de un siempre discutible error de concepto que no resulte «claramente» de los propios asientos (y, en su caso, de su confrontación con el título, fuente de aquéllos), se puedan alterar los contenidos tabulares, en perjuicio no ya de un tercero hipotecario, sino de un titular registral en general; por eso la protección de los artículos 322 y siguientes del Reglamento Hipotecario se dispensa a cualquier sujeto inscrito, con independencia de que sea o no uno de los terceros de los que reúnen los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Pues bien, si esto es así, si los errores imputables al Registrador deben «afectar» (82) a cualesquiera titulares registrales que ya contasen con los asientos rectificados, debemos dar un paso más y cuestionarnos si a la misma conclusión se llega cuando el error se padece en las demás fases del *iter* formativo del título, y por último, si se persiste en ella cuando

(82) Empleo ese verbo porque sería inexacto utilizar el otras veces paralelo de «perjudicar», aquí no se perjudica al tercero, tan sólo no se le beneficia inopinadamente y por un evento fortuito. Pero insisto en que todo lo que digo en el texto lo mantengo sólo cuando el error se padece y rectifica una vez producida la adquisición (no necesariamente la inscripción) del tercero. En otro caso, a éste le protege el específico artículo 220 de la Ley hipotecaria, según el cual «el concepto rectificado no surtirá efecto en ningún caso sino desde la fecha de la rectificación», y el genérico artículo 40 *fine* de la propia Ley antes recordado.

la ineficacia de que adolece dicho título no tiene por causa el error, sino otro vicio del consentimiento y aun una fuente distinta de la malformación de la voluntad. Como el tema me llevaría demasiado lejos para un simple comentario, me limitaré a ascender escalonadamente en las hipótesis que conducen de modo directo al caso de nuestra Resolución, y en ese sentido me atrevo a afirmar de entrada que sigue siendo oponible al titular no desprevenido el error padecido en la producción de la copia del título cuando éste es derivativo —v.gr.: en la copia de la escritura matriz (83) o, en cierta medida, en la expedición de un mandamiento que no interpreta bien la providencia que ejecuta— e incluso el error sufrido por el mismo autor del título original (Notario en las escrituras y Juez y Secretario —arts. 249 y 251 LEC— en los mandamientos y resoluciones ejecutorias). No hay fundamento serio para que resulte más privilegiada (y, por ende, menos engendradora de responsabilidad) la enmienda de errores padecidos por el Registrador que la de los experimentados por otros sujetos que intervienen en el ciclo de la mutación tabular. «*Errare humanum est*» rezaba el brocardo clásico, y ante ese evento debemos estar todos equiparados.

Diferente es el caso de que se pretendiese dictar, por ejemplo, una nueva anotación distinta de la cancelada (distinta por no suponer exactamente la reposición de la erróneamente extinguida). Ahí surgiría el obstáculo insalvable del tracto sucesivo (arts. 20 de la Ley y 140 del Reglamento); cierto, dado que se ha producido una nueva manifestación de voluntad del órgano ejecutante que pretende sujetar la finca o derecho a las resultas de un procedimiento en marcha, esa medida cautelar sólo puede perjudicar al titular registral si se dirige contra él el referido procedimiento o, como dice el aludido artículo 20, «principio» si *en su nombre es otorgado* el acto de gravamen.

En síntesis, la «resurrección», por decirlo no muy técnica, pero sí bastante gráficamente, de una anotación preventiva entiendo que procede cuando su cancelación obedeció a error del Registrador o del órgano u órganos (84) que intervinieron en la formación del título cancelatorio, y con independencia de quién sea a la sazón el titular de la finca si éste contaba con el gravamen al tiempo de su adquisición, pero no, en cambio, si constituye una medida cautelar obediente a una nueva manifestación de voluntad del aparato ejecutante, hasta el punto de que el nuevo asiento se independiza en duración y alcance del primitivo, porque entonces, si la finca o derecho se encuentran inscritos a favor de tercero, álzase, insuperable, el obstáculo del tracto sucesivo.

¿A cuál de los dos supuestos se reconducirían los de las Resoluciones de 1960 y 1983? En aquella hubo un cambio de criterio, en última instancia, que puede interpretarse similar al de una nueva decisión volitiva de anotar. Ocurrió como si el Juez *a quo* no hubiese accedido en ningún momento a la medida cautelar y como si el Tribunal *ad quem* manifestase, en cambio, tardíamente, sin alcance retroactivo por supuesto, su voluntad a favor. En definitiva, el fallo del Centro directivo allí lo encuentro acertado. En la presente Resolución no puede decirse que el mandato de «mantener» la anotación obedeciese a un previo error experimentado en

(83) Vide mi comentario a la Resolución de 4 de mayo de 1982 en esta misma Revista, núm. 559, correspondiente a noviembre-diciembre de 1983, págs. 1367 a 1389.

(84) Piénsese en el caso de los ahora tan debatidos exhortos.

el de su cancelación, ni siquiera a un *error iuris*, porque el Juez no sufrió ninguno a propósito de la cancelación en sí. Es más bien un caso similar a lo que, dentro de la teoría general del negocio jurídico, se designa con los rótulos doctrinales de «alteración de la base del negocio», «cambio de la presuposición» o «aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*». El órgano judicial no habría ordenado la cancelación de las anotaciones, ni por supuesto se las habría solicitado el actor o la cesionaria del remate si hubiese sido consciente de que el Registrador iba a mantener un criterio (por cierto más ortodoxo *iure dato*) distinto al suyo a propósito de la cancelación de las inscripciones de segregación y venta a favor de los siete terceros adquirentes de fecha anterior al embargo. ¿Hay una nueva manifestación de voluntad de anotar, o un reconocimiento de que se ordenó cancelar sobre la base de unos planteamientos jurídicos que luego resultaron alterados? Sin duda, acaeció esto último y, precisamente por ello, yo no encuentro demasiada distancia entre el *error facti* o *iuris* y la teoría de la presuposición extrapolada al campo del acto jurídico en general: en ambos parece más equitativo dar beligerancia a la nueva voluntad, exenta ya de vicios o de falsos o alterados presupuestos, porque, en definitiva, al titular registral —recordémoslo— no se le causa un perjuicio inopinado; tan sólo se le impide aprovecharse de una cancelación que le «llueve del cielo». Y si resulta exacto aquello de las «ciertas tablas» a que me refería antes a propósito de las posiciones de anotante inocente y tercer adquirente tardío, parece más conveniente la «devolución de jugada» (esto es, la cancelación de la cancelación) que permita recuperar el equilibrio de las posturas, del que sólo debe salirse a través del juego noble y contrapesado del declarativo correspondiente, séalo *ad hoc*, séalo de tercera dominical.

Valencia, 25 de junio de 1985.

J. M. R. P.

2. REGISTRO MERCANTIL

- I. EL PROCEDIMIENTO VALORATIVO PARA LA ADQUISICIÓN POR LOS SOCIOS SOBREVIVIENTES DE LAS PARTICIPACIONES DEL PREMUERTO PUEDE SER CUALQUIERA DE LOS QUE EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD LIMITADA AUTORIZA A PACTAR.
- II. LA TRANSCRIPCIÓN PARCIAL —SÓLO LO RELATIVO A LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA— EN MATERIA DE ACUERDOS SOCIALES ORIGINA UN CONFUSIONISMO QUE EXIGE LA CORRESPONDIENTE CLARIFICACIÓN.

Resolución de 10 de julio de 1984.

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto a efectos doctrinales por el Notario de Vitoria don Manuel María Rueda Lamana, contra la negativa del Registrador Mercantil de Alava a inscribir una escritura de constitución de Sociedad de Responsabilidad Limitada;

Resultando que en escritura autorizada por el Notario de Vitoria don Manuel María Rueda Lamana el día 13 de enero de 1983, don Antonio Gaisán Valle y don Protasio José de Zúñiga y Martínez de Vígala constituyeron la sociedad mercantil «Edificaciones Codes, S. L.», estableciendo los siguientes preceptos estatutarios, entre otros: «Artículo 9.º La adquisición de alguna participación por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario del fallecido la condición de socio. No obstante, los socios sobrevivientes tendrán derecho a adquirir, dentro del plazo de cuatro meses a partir de la fecha del fallecimiento, las participaciones de aquél. El valor de dichas participaciones se fijará en la forma señalada en el artículo 7.º Si fuesen varios los socios que quisieran adquirirlas, se distribuirán entre todos ellos a prorrata de sus respectivas partes sociales. (...) Artículo 13. Los acuerdos se tomarán por mayoría, entendiéndose que existe ésta cuando voten a favor del acuerdo un número de socios que ostente más de la mitad del capital presente en la Junta general»;

Resultando que presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Alava, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Se deniega la inscripción del precedente documento por los siguientes defectos insubsanables: 1) El artículo 9.º de los estatutos contraviene el artículo 21 de la Ley de 17 de julio de 1953. 2) El artículo 13 de dichos estatutos no salva los supuestos del artículo 17 de la misma Ley. Con esta

calificación están conformes mis cotitulares en este Registro. Vitoria-Gasteiz, 7 de febrero de 1983.—El Registrador (firma ilegible);

Resultando que el Notario autorizante rectificó en escritura de 17 de febrero del mismo año los preceptos transcritos, inscribiéndose la constitución de la sociedad en el Registro Mercantil, y a continuación interpuso recurso gubernativo, a efectos doctrinales, contra la calificación registral, y alegó: Que la nota es oscura y enigmática, pues no se sabe qué contradicción se quiere señalar; que parece que el Registrador exigía que el procedimiento de valoración fuera el pericial del artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; que la interpretación gramatical y lógica del artículo 21, 2, párrafo 1.º, no autoriza a sostener este criterio; que la referencia que se hace en el inciso final del artículo 21 se refiere al artículo 20 en general y a todo el sistema de valoración que en él se establece, incluyendo la posibilidad de que se regule en concreto; de la interpretación lógica resulta que convertir una norma que en el artículo 20 es dispositiva en norma imperativa para el artículo 21 carece de todo fundamento; que si se entiende que la valoración de peritos es una valoración real y las otras que puedan regularse estatutariamente no lo son, queda sin explicar por qué el artículo 20 las admite; que la interpretación rebuscadamente rígida del Registrador contradice la flexibilidad que defiende la orientación jurisprudencial moderna en la normativa de las sociedades limitadas; que en cuanto al segundo defecto, las normas imperativas no tienen que dejarse a salvo, sino que se imponen por sí;

Resultando que el Registrador Mercantil de Alava dictó acuerdo manteniendo íntegramente la nota de calificación, y alegó: Que mientras en relación con las transmisiones inter vivos el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada permite que la escritura de constitución de la sociedad pueda establecer otros pactos y condiciones para la transmisión de las participaciones sociales y su evaluación, en relación con la transmisión *mortis causa* el artículo 21 sólo permite que la valoración se atenga precisamente a lo prevenido en el artículo anterior; que este diferente tratamiento no es arbitrario, sino que obedece al diferente origen de las transmisiones *inter vivos* y *mortis causa*, voluntario en el primer caso y necesario en el segundo; que en cuanto al segundo defecto, la no salvedad del artículo 17 de la Ley puede dar lugar a serias lesiones de los intereses, tanto de los socios como de la sociedad, pues aquéllos se verían obligados a acudir a largos y costosos procedimientos judiciales para obtener la anulación de acuerdos aparentemente válidos por ser conformes con la letra de los estatutos, pero en realidad contrarios a la Ley; que la necesidad y conveniencia de salvar preceptos legales imperativos se pone de manifiesto para la casi unánime práctica notarial, y así parece entenderlo el propio recurrente, como se desprende del inciso final del artículo 2.º de los estatutos.

Doctrina de la Dirección.—Vistos los artículos 14, 17, 20 y 21 de la Ley de 17 de julio de 1953.

Considerando que en este recurso interpuesto a efectos doctrinales se debaten las dos siguientes cuestiones: 1) Si el procedimiento valorativo para la adquisición por los socios sobrevivientes de las participaciones sociales del premuerto ha de ser única y exclusivamente la pericial del artículo 20 de la Ley o cabe también cualquier otro de los que el propio

artículo 20 autoriza pactar. 2) Si la orientación jurisprudencial de no ser necesaria la inclusión en los estatutos de aquellas normas imperativas de la Ley que se imponen por sí aparece reflejada en la redacción del artículo 13 de los estatutos sociales que se refiere a la adopción de acuerdos por mayoría, sin distinguir entre los supuestos del artículo 14 de la Ley de 17 de la misma;

Considerando que la primera cuestión exige examinar el artículo 21 de la Ley, que trata del supuesto de transmisión *mortis causa* de las participaciones sociales y su lectura revela a través de una interpretación gramatical y lógica que la remisión que contiene en cuanto a la apreciación del valor real de dichas participaciones está referida a lo que prevenga el artículo anterior, o sea el artículo 20, que trata de la transmisión *inter vivos*, remisión que está hecha en términos generales y por tanto comprensiva de todos los procedimientos que puedan pactarse, siempre que sean lícitos, y no limitaba a uno solo de ellos —el de peritos— en concreto;

Considerando, en cuanto al segundo defecto, que indudablemente la constancia en los estatutos de las normas interpretativas de la Ley puede llevar a una farragosidad e incluso a una dificultad interpretativa de unos preceptos legales que se imponen por sí, y de ahí la orientación jurisprudencial sancionadora de una mayor sencillez en su redacción, que lógicamente ha de simplificar y aclarar su sentido, pero esta orientación jurisprudencial no puede llevar a extremos tales —como sucede en este caso— en donde una parcial transcripción (sólo la relativa a los supuestos del artículo 14 de la Ley) en materia de acuerdos sociales puede originar —pese a la referencia integradora del art. 1.º de los estatutos— un confusionismo acerca del distinto *quorum* legal exigido, según la clase de acuerdos, que hace no sólo conveniente, sino necesaria, la correspondiente clarificación,

Esta Dirección General ha acordado revocar parcialmente el acuerdo y confirmar el segundo defecto de la nota de calificación.

Lo que con devolución del expediente original comunico a V.S. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 10 de julio de 1984.—El Director general, Gregorio García Ancos.

CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Como bien recoge el primer Considerando de la Dirección, dos son las cuestiones, totalmente distintas, que se examinan en el presente recurso y que vamos a tratar por separado:

1) Procedimiento de fijación del precio en los supuestos de adquisición por parte de los socios sobrevivientes de las participaciones sociales del premuerto.

Con una interpretación literal del artículo 21, parece que el procedimiento para fijar el precio deberá ser el establecido en el artículo 20 de

la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, es decir, mediante el sistema de peritaje. Este criterio que recoge el Registrador en su nota es seguido en la doctrina, entre otros, por LUIS CARLÓN SÁNCHEZ (*Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, t. XXIII) y por CÁMARA, que en sus estudios considera este procedimiento obligatorio, sin que quepa pactar otro. La razón fundamental es su mayor objetividad, ya que cada una de las partes interesadas designa un perito y el tercero es designado, en defecto de común acuerdo y en base a los artículos 2.019 y siguientes y 2.162 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reguladores de los actos de jurisdicción voluntaria, por el Juez competente, que es el del domicilio de la sociedad. Es también el procedimiento que se induce de una interpretación literal del artículo 20 de la Ley.

Los demás procedimientos de fijación de precio pueden carecer de la nota de objetividad del procedimiento pericial, ya que los socios sobrevivientes interesados han intervenido o intervienen en esta fijación.

No obstante, hay que tener en cuenta que el artículo 21 establece el derecho de preemción por parte de los socios sobrevivientes de las participaciones del premuerto «apreciadas en su valor real», según lo prevenido en su artículo anterior, y no apreciadas por el sistema de peritación del artículo anterior.

El artículo 20 regula el sistema de restricción legal a la transmisibilidad de las participaciones, introduciendo el mal llamado derecho de tanteo (ver URÍA, *Derecho mercantil*, pág. 376), aunque con una regulación supletoria, como claramente se establece en el párrafo 3.º del precepto, que concretamente, en el tema de la fijación del precio que nos ocupa, señala que la escritura podrá establecer otros pactos y condiciones para su evaluación. En este sentido, la Exposición de motivos de la Ley, aunque reconoce que el sistema de peritación ni carece de precedentes en nuestras viejas leyes ni podría sustituirse con ventaja por ningún otro, señala textualmente que «la Ley muestra, una vez más, su respeto por la voluntad de los socios al permitirles regular esta importante cuestión». Eso sí, el valor de la adquisición por imperativo del artículo 20 será «apreciada en su valor real». Como señala BROSETA (*Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad a las acciones*, Madrid, 1984, pág. 107), refiriéndose a las sociedades anónimas, pero con una doctrina que puede aplicarse también a las sociedades limitadas, los estatutos deben de arbitrar un procedimiento para calcular el precio de la adquisición, y además es necesario que su aplicación permita obtener al vendedor el justo precio de sus títulos, es decir, el valor real de las acciones, pudiendo impugnarse la validez de las cláusulas estatutarias de cuya aplicación resulte que el socio no recibe el justo precio. De otra forma, por vía indirecta se atacaría el principio de la libre transmisibilidad de las acciones al tener que venderse por un precio irreal, se transformarían las cláusulas en leoninas y se produciría un enriquecimiento sin causa por parte de los demás socios o por la sociedad. Así pues, hay que fijar un procedimiento estatutario, alejado de todo subjetivismo y de toda posible contradicción de intereses, y en este sentido el Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de mayo de 1981, admitió la valoración de las participaciones en base al último balance social aprobado.

En la práctica estatutaria se establece con frecuencia que el precio se fijara en relación con el valor patrimonial de la sociedad, según el último balance; otras, capitalizando el dividendo medio repartido durante varios ejercicios sociales anteriores a la transmisión. Más dudoso es el establecer que el precio lo fije el consejo de administración o la propia sociedad cada año, que si bien puede ser un criterio válido cuando se señala una referencia objetiva para obtenerlo, puede infringir formalmente, en otro caso, el artículo 1.499 del Código Civil, cuando sea la propia sociedad quien adquiera en virtud del derecho de adquisición preferente. También, y aunque la sociedad es tercero respecto del socio fallecido y de sus herederos o legatarios, sean éstos o no socios, puede vulnerarse el artículo 1.427 del Código Civil cuando el socio mayoritario imponga su voluntad en la Junta. Así pues, el acuerdo de la Junta deberá ser objetivo y real, pues en otro caso podría ser impugnado por los socios alegando abuso de derecho.

Ahora bien, si en el supuesto de venta el socio cedente puede impugnar el acuerdo de la Junta cuando se señale un precio claramente inferior, surgirá el problema del heredero e incluso del acreedor del socio que pueden ver perjudicada su legítima o disminuido su crédito por causa de una valoración injusta, o mejor, no ajustada al valor real. Parece que el acuerdo será impugnable bien en base al abuso de derecho, bien a la teoría del enriquecimiento sin causa, aunque no se nos escapan los problemas de legitimación del heredero para impugnar los acuerdos de una Junta en la que intervino su causante y prestó su consentimiento.

El artículo 57 del anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas introduce el mismo régimen para el procedimiento judicial de ejecución y para las transmisiones hereditarias de acciones vinculadas, estableciendo que la adquisición sustitutiva debe verificarse por su valor real. Asimismo creemos aplicable esta doctrina al régimen de las participaciones de las sociedades limitadas. Señalado el precio real, éste deberá ser satisfecho al heredero en un plazo prudencial, sin que sea lícito pactar la cláusula, por lo demás tan frecuente, que concede a los socios sobrevivientes un plazo para el pago de las participaciones sociales. La reciente Sentencia de 5 de marzo de 1984 declaró nula una cláusula en la que se pactó que el precio se abonaría en tres anualidades iguales, devengando mientras tanto un interés del 5 por 100. La razón hay que buscarla en que se infringiera la exigencia del valor real por vía de la moratoria en el pago.

Finalmente, hay que señalar que la determinación de si el valor señalado estatutariamente es el real o no sería cuestión de hecho de libre aplicación judicial.

2) Validez o invalidez de la cláusula estatutaria que regula la adopción de acuerdos por mayoría, sin distinguir entre los supuestos del artículo 14 de la Ley y los del 17 de la misma.

Es frecuente que los estatutos repitan innecesariamente preceptos de la Ley. La jurisprudencia y la doctrina moderna defienden con absoluta unanimidad la no necesidad de llevar a los estatutos las normas legales imperativas o interpretativas de la Ley, puesto que esto lo único que ocasiona es oscuridad de los mismos.

La Ley suple la voluntad de los interesados y regirá como supletoria, aunque expresamente no se remitan a ella los estatutos. Como señala CÁMARA, si una disposición legal tiene carácter imperativo no queda dero-

gada por el silencio estatutario; lo que ocurre es que, como en el caso presente, muchas veces la repetición de la Ley es incompleta y esto origina confusión, como también reconoce CÁMARA.

El problema surge, pues, en estos casos de mención parcial, sobre todo en los supuestos en que la Ley establece una regulación supletoria en efecto de pacto estatutario. En efecto, la Ley concede a los socios la posibilidad de regular la forma de tomar acuerdos con los límites del precepto imperativo del artículo 17, por lo que si los estatutos hubieran silenciado toda forma de tomar acuerdos regirían los artículos 14 y 17, sin ninguna duda. Ahora bien, al recoger los estatutos por transcripción sólo el artículo 14 y silenciar toda referencia al artículo 17, surge la duda de si se pretende evitar las mayorías reforzadas del 17, lo cual no sería posible por el carácter imperativo de este precepto. Pero, además, como el artículo es imperativo en el sentido de recoger unas mayorías mínimas que pueden ser reforzadas por la escritura, pero no reducidas (GARRIGUES, *Dictámenes*, II, pág. 558; Resolución de 20 de julio de 1957), también se plantea el problema de si se quiso reforzar estas mayorías.

Por otro lado, EMILIANO CANO («Los estatutos de las sociedades anónimas», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, pág. 850) aplica al presente caso la solución doctrinal que se adoptó cuando se promulgó el Código Civil para interpretar la frase «en las materias que son objeto de este Código» de la disposición final derogatoria, y que considero que estaban reguladas en el Código todas las materias a las que aludía, aunque fuera de modo insuficiente. De acuerdo con esta doctrina, entiende CANO que están regulados por los estatutos todo lo que en ellos se hace mención, aunque esté regulado insuficientemente, y, por tanto, es imposible la aplicación de la Ley, dado su carácter subsidiario. Además, puesto que normalmente una cláusula, casi de estilo, establece que se regirán por las disposiciones de la Ley todas las materias no reguladas en los estatutos, permite deducir que al estar regulado en los estatutos la forma de tomar acuerdos no cabe la aplicación supletoria de la Ley, lo que produce una infracción del precepto imperativo en el sentido que hemos señalado del artículo 17, que hay que corregir por vía de la salvedad legal. En todo caso, se llega al mismo resultado, bien por la vía del confusionismo que señalaba la doctrina de la Dirección, bien por la vía más rigurosa de la ilegalidad.

S. M. S.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ QUESADA SEGURA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
JOSÉ CERDÁ GIMENO

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LA ACCION PUBLICIANA SE ENCUENTRA EMBEBIDA EN LA REIVINDICATORIA (SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—La acción ejercitada por la actora fue la «publiciana», cuya naturaleza y caracteres no son pacíficamente aceptados, dado que frente a la tesis que la considera como *actio* posesoria típica, se encuentra la de quienes sin negar tal carácter estiman carece de autonomía, por encontrarse embebida en la reivindicatoria, posición ésta que por lo que a la doctrina de esta Sala se refiere, tiene su apoyo principalmente en la Sentencia de 21 de febrero de 1941, que la considera como una faceta de la acción dominical indicada, de la cual se diferencia en que mientras la reivindicatoria es acción que compete al titular dominical no poseedor contra quien posee sin serlo, la «publiciana», por ir dirigida a la tutela posesoria, corresponde al poseedor contra quien lo sea de peor derecho o contra el mero detentador, mas no contra quien sea propietario.

LA LEY EXIGE UN ACOMODO RIGIDO A LA LITERALIDAD DE LO SUPLICADO (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—La armonía entre los pedimentos de las partes en el proceso con la sentencia, no implica necesariamente un acomodo rígido a la literalidad de lo suplicado, sino también ha de hacerse extensiva a aquellos otros que de algún modo los complementen y pre-

cisen, o que contribuyan a la fijación de sus lógicas y naturales consecuencias, bien surjan de los propios alegatos de las partes, así apreciados por el Juzgador, o bien sean precisiones o aportaciones de las partes en sus escritos de alegaciones o probanzas, porque lo perseguido por la Ley no es otra cosa que el órgano jurisdiccional se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad.

EL TERMINO «TRANSITAR» CUANDO SE REFIERE A VEHICULOS DE MOTOR HA DE ENTENDERSE EN RELACION A SUS CARACTERES Y FUNCIONES (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1984).

Hechos.—Una máquina excavadora causó graves lesiones a una persona que trabajaba en la misma obra. La Compañía aseguradora es condenada a indemnizar, y recurre alegando que no se trata de accidente de circulación, sino laboral.

Doctrina de la Sentencia.—El recurrente alega que la sentencia impugnada no debió aplicar el Código de la Circulación, ya que sus normas no son de tener en cuenta respecto a los accidentes ocurridos en terrenos particulares ni acotados, exigiendo sean de uso público, para justificar lo cual realiza un examen gramatical del término «transitar» a fin de llegar a la conclusión de que la sociedad recurrente debe quedar liberada de la deuda indemnizatoria por tratarse de un accidente laboral y no de vehículos de motor en circulación, únicos de los que según la póliza de seguro voluntario debe responder.

Estos un tanto sofisticados razonamientos no pueden prevalecer: a) Porque los términos «lugar transitable» y «transitar», cuando se refieren a vehículos de motor han de entenderse en relación a sus caracteres, condiciones y sobre todo a las funciones para las que fue creado y está destinado a cumplir cada modelo. b) La máquina-vehículo en cuestión es una excavadora (moto-trailla) que estaba destinada a realizar trabajos de nivelación en una finca propiedad del actor. c) Resulta, por tanto, evidente que las tierras objeto de nivelación constituyen a los efectos de la circulación de este tipo de vehículos y de las funciones por los mismos a desarrollar, el lugar o medio más idóneo para conducir, llevar o trasladar de un lugar a otro los mismos.

LOS DERECHOS DEBEN EJERCITARSE CON ARREGLO AL PRINCIPIO DE LA BUENA FE (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1984)

Doctrina de la Sentencia.—La facultad de ejercitar los derechos no es ilimitada, pues que el principio de buena fe, por modo general, ha de presidir la actuación de las relaciones jurídicas; aparte la teoría del abuso del derecho, inicialmente reconocida por la jurisprudencia y actualmente expresamente acogida en el párrafo segundo del artículo 7 del Código Civil, en concordancia con el principio de buena fe proclamado

en el párrafo primero del mismo precepto legal, debe merecer la extensión y amplitud que demanda las exigencias morales impuestas por las circunstancias del caso y características del vivir social actual.

LOS ARTICULOS 1.124 Y 1.504 DEL CODIGO CIVIL NO SE ELUDEN, SINO QUE SE COMPLEMENTAN (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—Los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil no se eluden entre sí, sino que se complementan, en el sentido de que la regla que con carácter general para toda clase de obligaciones recíprocas contiene el primero, hace aplicación específica y concreta el segundo cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, lo que hace que para el éxito de la acción resolutoria regulada en el artículo 1.504 hayan de concurrir los requisitos que para el ejercicio de la del 1.124 consideró indispensables la jurisprudencia de esta Sala, entre ellos el de que quien insta la resolución haya cumplido por su parte las obligaciones que le incumbían, pues según la doctrina jurisprudencial no tiene derecho a pedir la resolución el contratante incumplidor de sus obligaciones.

EXCEPCION DE COSA JUZGADA: CONSISTE LA CAUSA DE PEDIR EN LA IDENTIDAD DE ELEMENTOS PERSONALES, REALES Y CIRCUNSTANCIAS (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—Aunque no es problema resuelto con unanimidad de criterio en la doctrina científica, el relativo a cuándo existe identidad en la causa de pedir, limitándonos al criterio que preside como predominante nuestra práctica judicial, puede concretarse que para que dicha alteración de la *causa petendi* se produzca no es necesario siempre un hecho distinto como base de la demanda, sino que es suficiente que aun basándose la segunda acción en el mismo hecho que la anterior (en este caso la realización de una donación de bienes inmuebles), el motivo legal en que la acción se funde sea distinto; en el supuesto debatido en el primer caso el fundamento legal de la acción consistió en los artículos 634 y 636 del Código Civil (nulidad de la donación por inoficiosidad o excesividad de la misma), y en el segundo nulidad basada en no haber tenido lugar oportunamente la aceptación de alguno de los donatarios; no significa ello que el primer pleito, en que se desestimó la demanda por no considerar inoficiosa la donación, carezca en absoluto de efectos en el segundo, sino que únicamente puede servir lo en él fallado para partir en el segundo de su existencia, pero sin tener virtualidad suficiente para enervar el entrar a conocer sobre el fondo en el segundo, puesto que la motivación legal de uno y otro fueron completamente distintas.

La jurisprudencia ha declarado que no basta la identidad de los elementos que la Ley exige en el artículo 1.252, párrafo 1.º, del Código Civil

para que se dé eficazmente la excepción de cosa juzgada, sino que es imprescindible que la primera sentencia contenga pronunciamiento decisivo sobre el asunto que constituye el fondo del pleito ulterior; consistiendo la causa o razón de pedir no sólo en la identidad de elementos personales y reales, sino en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad que sirvan de fundamento a la nueva acción; en definitiva, que exista «la más perfecta identidad» no sólo entre las cosas y las personas, sino, además, entre las causas.

EXCEPCION DE COSA JUZGADA: NO LA HAY CUANDO FALTA IDENTIDAD DE CAUSA (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—Siendo la acción la modalidad procesal necesaria para que tenga efectividad el fundamento o razón de pedir, y la paridad de los dos juicios ineludiblemente precisa para generar cosa juzgada, ha de inferirse comparando lo resuelto en el primer juicio con lo pretendido en el segundo, interpretado por los hechos y fundamentos que han servido de apoyo a la pretensión y a la sentencia, claro es que falta en el presente caso la identidad de causa, determinada por la razón o fundamento de pedir, que es esencial para generar errónea interpretación del párrafo 1.º del artículo 1.252 del Código Civil, que acoge la institución de la *res iudicata*, con su precisa terminología de *eadem personae*, *eadem res* y *eadem causa petendi*, y que con su concurrencia inciden en el apotegma jurídico *non bis in eadem*, dado que si una cosa es pedir una atribución de dominio con base en entender se dan las circunstancias que lo determina una situación posesoria amparada por una concreta norma legal, que fue lo rechazado en la Sentencia de este Tribunal de 28 de octubre de 1929, y otra el solicitar aquella atribución de dominio con base en la simple acción del tiempo, por vía de la prescripción adquisitiva, y, por tanto, con independencia de la referida normativa, evidentemente implica diversidad de acciones generantes de disparidad de causas, impeditivo de crear situación de cosa juzgada, porque, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 14 de julio de 1982, recogiendo doctrina jurisprudencial precedente, cuando hay diversidad de *causa petendi*, de tal manera que si la acción que se ejercitó en el anterior pleito era inadecuada, al no darse los requisitos exigibles para ella, y la sentencia desestimó la demanda, sin referencia decisoria en orden a otro derecho que posteriormente se invoque, puede reproducirse la cuestión afectante a este otro derecho en posterior juicio, haciendo uso de la acción, y consiguiente *causa petendi*, significada por la razón o fundamento de pedir, más en armonía, en definitiva, con el derecho que se alegue ostentar.

NO ESTA LEGITIMADO PARA RESOLVER LAS OBLIGACIONES EL CONTRATANTE QUE CUMPLE SOLO PARTE DE SU PRESUNCION
(SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—Ha de seguirse la reiterada declaración de esta Sala de que no está legitimado para resolver las obligaciones el contratante que cumple sólo parte de su prestación; siendo así, el incumplimiento del comprador no fue debido a causa propia, sino al incumplimiento anterior del vendedor, lo que quita al primero de ellos el carácter de incumplimiento apto para facultar a la contraparte a ejercitar con éxito la resolución del contrato; con estos presupuestos, el vendedor que no cumplió, al que le fue opuesta la excepción *non adimpleti contractus* no ha de tener éxito en su reclamación, ya que el párrafo 1.º del artículo 1.124 sólo permite pedir dicha resolución cuando «uno» de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, pero no cuando, como en el caso debatido, son los dos los que incumplieron, siendo el primero el demandante vendedor, que no reunió, por tanto, uno de los requisitos esenciales que la doctrina de esta Sala ha exigido reiteradamente para ser estimada la acción resolutoria.

SUBROGACION DE LOS ACREEDORES EN EL EJERCICIO DE LA ACCION DE RESCISION POR LESION (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—Si los acreedores del perjudicado pueden ejercitar la acción de rescisión por lesión *ultra dimidium*, subrogándose en ella, ya que el ser «naturaleza personal» ha de entenderse en el sentido no de inherencia a la persona del deudor, sino en el de carecer de sustancia real y de ser aplicable entre contratantes sujetos todos ellos a la legislación del antiguo Principado, sin importar que el inmueble esté sito en Cataluña o fuera de ella, no puede olvidarse, de otra parte, que la acción de rescisión que se ejercita es la reconocida al vendedor y así se dirige propiamente contra el comprador que es el obligado, aunque le venga reconocida la facultad de complementar el precio hasta el que sea justo, facultad de opción *in solutione* que sí es personal; debiendo considerarse también que la acción de rescisión, caso de ser estimada, originaría las correlativas obligaciones del vendedor de restituir los intereses posteriores a la reclamación judicial y abonar los gastos extraordinarios de conservación o refacción y las mejoras útiles, a salvo que los compradores optasen por evitar la rescisión mediante el pago en dinero al vendedor del complemento del precio con los intereses a contar de la consumación del contrato.

EL CONCEPTO «RUINA» EQUIVALE A DEFECTOS GRAVES (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—El concepto *ruina*, inspirado en el artículo 1.792 del Código francés, del que es un trasunto el 1.591 español, consagra la doctrina romana de *quod imperitia precavit, culpa esse*, interpretada por la jurisprudencia francesa en el sentido de que se refiere no sólo a las obras fundamentales (*gros ouvrages*), sino también a las meramente defectuosas (*mal façons*) que atenten a aquéllas. Lo cual es válido en nuestro Derecho porque la «ruina» de que habla la Ley tiene que ponerse en relación con el término «se arruinase» que emplea el propio artículo 1.591 y realmente se «arruina» con la existencia de vicios que afecten a los elementos esenciales de la construcción, aunque el inmueble no quede materialmente convertido en ruinas. Este fue el significado que dio la jurisprudencia española al hablar de «defectos graves» o que afectan a «elementos esenciales o sustanciales», como hizo, entre otras, en las Sentencias de 19 de febrero de 1959, 1 de abril de 1977 y 9 de mayo de 1983.

EL ABUSO DE DERECHO REQUIERE CIRCUNSTANCIAS SUBJETIVAS Y OBJETIVAS (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina de esta Sala la de que resolver sobre si se ha quebrantado o no la prohibición del abuso de los derechos es una cuestión jurídica, como derivada de un mandato legal a los Tribunales, contenido en el artículo 7.º, apartado 2, del Código Civil, pero siempre resultará necesario, para que pueda prosperar el motivo de casación que alega la infracción por inaplicación de esta doctrina, que de las premisas de hecho establecidas por la sentencia recurrida, resulte manifiesto el abuso de las circunstancias que lo determinan, es decir, las subjetivas de intención de perjudicar o de falta de un fin serio y legítimo y las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

RETRACTO.—HABIENDO TRANSCURRIDO LOS DOCE AÑOS PREVISTOS POR LA LEY, NO PROCEDIA LA CONVERSION DE LA APARCERIA EN ARRENDAMIENTO, Y TENIENDO POR EXTINGUIDA AQUELLA, NO HA LUGAR AL RETRACTO PRETENDIDO (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1982).

El actor lleva en aparcería desde antes de 1975 una finca mediante contrato verbal, acreditándolo mediante documento suscrito por los cónyuges de los anteriores propietarios. El 4 de septiembre de 1976 tuvo conocimien-

to de la enajenación de la finca a una sociedad, por lo que formula demanda de retracto ante el Juzgado de Huesca, que no prevaleció. En 1979 tuvo conocimiento por edicto publicado en el Ayuntamiento de una nueva venta, por lo que entabló otra demanda que fue admitida por el Juzgado, pero esta resolución la revocó la Audiencia Territorial de Zaragoza.

El recurso de casación no prospera. Aparte de infracciones de normas procesales de primordial importancia, hay que tener en cuenta que a partir de 1976 el cedente dio por terminada la aparcería, que databa de quince años atrás, no admitiendo al recurrente como aparcerero cultivador en ningún momento, con lo cual dicha aparcería en el instante de la venta ya no subsiste, sino que tenía vencido desde tres años atrás el plazo y la posesión del demandante era la de un precarista. Regida la relación por la legislación anterior, según la disposición transitoria 1.ª de la vigente Ley, los efectos de la extinción del contrato, negada la prórroga por el titular, sólo podrían ser impedidos, en cuanto a la pérdida de la legitimación posesoria, mediante la opción del aparcerero para continuar como arrendatario de una parte de tierra proporcional a su participación, pero tal posibilidad de acceder al arrendamiento por la vía de la conversión se hallaba vedada cuando la aparcería había durado doce años más según constante jurisprudencia, en aplicación del artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940, como luego dispuso en su párrafo 3.º el artículo 49 del Decreto de 29 de abril de 1959, descartando tal derecho cuando la aparcería duró ya el período máximo de doce años que para los arrendamientos fija el artículo 9.º Esa facultad requería para su efectividad el ejercicio de la correspondiente acción frente al propietario inmediatamente de ser hecha por la otra parte la manifestación de tener por finalizada la aparcería, actitud no observada por el recurrente, que aquietándose ante la nueva situación deja de rendir cuentas como aparcerero del resultado del cultivo, hasta el punto de que tiene que consignar, al tiempo de interponer la demanda, una cantidad como participación del dueño por los años agrícolas 1976 a 1979.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO. — TIENE PLENA VALIDEZ EL ACUERDO DE LAS PARTES SOBRE LA EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO, TENIENDO EN CUENTA QUE EL DERECHO A LA PRORROGA ES RENUNCIABLE SI SE EFECTUA UNA VEZ INGRESADO EN EL PATRIMONIO DEL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1982).

En 1973 se dieron en arrendamiento varias fincas y en 1978 se notificó el deseo de ejercitar el derecho de prórroga por seis años más, contestando los propietarios su propósito de cultivar las fincas por el plazo mínimo legal, no aceptando la petición de prórroga. Se llegó a una transacción en virtud de la cual el arrendatario se comprometió a dejar las tierras en septiembre de 1979, pero en febrero de este año manifestó que no estaba dispuesto a renunciar a la prórroga porque esa renuncia era nula. Se entabló la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valladolid solicitando la resolución del contrato por vencimiento del plazo. El Juzgado estimó la demanda en parte y desestimó la reconvencción declarando que el contrato quedó extinguido el 10 de octubre de 1979, conde-

nando al demandado a que las desaloje en plazo legal, con obligación de los actores de cultivar directamente por plazo mínimo de seis años las fincas que tenían el carácter de rústicas. Fue confirmada esta resolución por la Audiencia Territorial de la misma capital.

El recurso de revisión no tiene éxito. El documento suscrito en 4 de noviembre de 1981, en que se compromete el demandado a dejar las fincas libres en el año siguiente, con renuncia expresa a la prórroga, sin que se pruebe la falsedad de lo acordado, vincula a las partes, ya que, subsistente la facultad liberatoria de los derechos y obligaciones arrendaticias rústicas, siempre que se haga por mutuo acuerdo, y una vez que el ejercicio del derecho renunciante sea factible, ha de estimarse como tal la hecha por el arrendatario en el mencionado documento, hechos todos ellos que por no haber sido combatidos al amparo del número 4, apartado 4.º, del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos han de ser tenidos como inmutables. Si bien es cierto que en el artículo 10, 1, del citado Reglamento se reconoce el derecho que al arrendador asiste a prorrogar por su propia voluntad el arrendamiento por seis años siempre que se notifique al arrendador con un año de antelación, también lo es que, de acuerdo con lo estipulado en el párrafo 1 del artículo 1.º de este Reglamento, los derechos puramente privados, una vez ingresados en el patrimonio del arrendatario, podrán ser renunciados por éste, subsistiendo en todo caso la facultad liberatoria de las partes por mutuo acuerdo; y en el caso que nos ocupa ha de entenderse que el documento aludido, en el que se conviene que el primero dejará libres las tierras que tiene en arrendamiento, integra un verdadero y válido acuerdo liberatorio del arrendamiento, implicando una renuncia del derecho a la prórroga que por haber sido efectuada cuando este derecho había ya ingresado en su patrimonio ha de reputarse válida.

EXTINCION DE ARRENDAMIENTO. — NO PROCEDE LA PRORROGA POR TRATARSE DE UN ARRENDAMIENTO CUYO PRINCIPAL OBJETO ES EL GANADERO. EL ARRENDATARIO NO TENIA LA CUALIDAD DE CULTIVADOR DIRECTO Y PERSONAL (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1982).

En 1973 se arrendó una finca por un plazo de seis años, siendo su aprovechamiento principal el pecuario, según se había declarado ya en otro litigio anterior, constando así por informes periciales en los autos del mismo, pero el arrendatario alegó que era agrícola para ejercitar un derecho de prórroga que no tienen los arrendamientos ganaderos. La demanda fue desestimada por el Juzgado número 1 de Salamanca, que absolvió al demandado, y la Audiencia Territorial revocó, dando lugar a la resolución del arrendamiento.

Mantiene la misma doctrina el Tribunal Supremo. Es cuestión fundamental el carácter de la finca, respecto de la cual el recurrente dice que es agrícola cuando la sentencia recurrida dice lo contrario. La superficie destinada al cultivo agrícola —menos de un tercio del total—, junto con el resultado del reconocimiento judicial, que reveló ser por su naturaleza apropiada a la explotación ganadera, predominando la parte dedicada a

pastos sobre la cultivada, así como las instalaciones fijas con fines de estabulación de ganado y no de estancia de trabajadores, declaraciones de la sentencia impugnada que no pueden desvirtuarse con lo alegado en el motivo segundo respecto de un dictamen pericial porque según el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los Jueces apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los Peritos, habiéndose valorado este dictamen por el Juez con los demás elementos probatorios que entraron en juego, entre los que figuran otros dictámenes de Peritos en un pleito anterior. No tiene el arrendatario el carácter de cultivador directo y personal, ya que tenía asalariados con carácter permanente, según declaró el mismo demandado y corroboró el certificado de la Cámara Agraria, no constando los casos de excepción del uso de asalariados que indicaba el artículo 16 del Reglamento de 1959.

DESAHUCIO.—NO SE PRUEBA EL PACTO DE PRORROGA DE LA APARCERÍA POR CINCO AÑOS NI INFRINGE NINGUNA DISPOSICIÓN ESPECIAL LA ENTREGA POR PARTES DE LA FINCA CEDIDA, QUE FAVORECE AL APARCERO AL PERMITIRLE COMPLETAR EL CICLO DE LABOREO DE TODAS LAS TIERRAS, LO QUE ES CONFORME A LA COSTUMBRE DEL LUGAR. LA RECLAMACIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR MEJORAS DEBE HACERSE EN EL PROCEDIMIENTO ADECUADO (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1982).

En el año 1956 se cedieron en aparcería varias fincas, y decidiendo el propietario concluir esta cesión se notificó a los aparceros el propósito, habiendo abandonado todos menos uno, al que después de hacerle un requerimiento notarial sin resultado se le demandó ante el Juzgado de Baza, solicitando su desahucio. Este Juzgado estimó en parte la demanda, declarando extinguido el contrato, debiendo entregar las tierras que hubieren quedado de «rastrojo» en el verano de 1978 en el plazo de veinte días y las restantes tierras, con la casa-cortijo, en el plazo de veinte días, a contar desde la recogida de la cosecha en el verano de 1979, lo que confirmó la Audiencia de Granada.

No ha lugar al recurso de revisión. La reclamación por obras y mejoras no se tradujo en reconvencción formal ni en el *petitum* se instó un pronunciamiento distinto a la simple absolucón, lo que es coherente, ya que había anunciado el cultivador que se reservaba el derecho a entablar las acciones que correspondan para resarcirse del importe de las mejoras hechas en la finca, y en consonancia con ello, el Juez indica que debe hacerse, acudiendo al procedimiento que crea conveniente. En cuanto al supuesto pacto de conceder cinco años más de prórroga a cambio de despedregar la finca, la Sala ha descartado su existencia, ya que no se aporta ningún medio de prueba, sin que pueda deducirse del solo hecho de que el aparcero hubiera adquirido unos tractores con ayuda del propietario y, en cualquier caso, siempre sería lógico el juicio establecido, lo que impediría su censura en casación o revisión, como señala reiterada jurisprudencia. No se expresa qué norma reguladora de la aparcería ha sido vulnerada con la condena a la entrega por el aparcero de la finca por partes en años sucesivos ni que la desposesión se halle en pugna con ninguna costumbre, siendo incomprensible tal alegación del aparcero por lo mismo que el re-

querimiento notarial; la petición c) del suplico de la demanda y las sentencias estimatorias favorecen al cultivador, que puede completar en su beneficio el ciclo de laboreo de todas las tierras, lo que es conforme a la costumbre del lugar según pone de manifiesto la comunicación de la Jefatura Provincial de la Producción Vegetal. Por otra parte, es cuestión nueva la pretensión de amparar la prórroga en el Decreto-ley de 10 de julio de 1975, ya que la categórica expresión «contratos de arrendamientos rústicos que afecten a cultivadores directos y personales» impone descartar lo concerniente a las aparcerías, careciendo además de eficacia esta norma una vez publicada la Ley de 1980.

RETRACTO. — EL DERECHO DE PREFERENCIA SE CONCEDE TAMBIEN AL APARCERO SEGUN REITERADA JURISPRUDENCIA QUE HA ACOGIDO LA VIGENTE LEY DE 1980 EN SU ARTICULO 118 (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1982).

Se presenta demanda de retracto ante el Juzgado número 2 de Murcia con base en lo siguiente: en 1972 tenía en aparcería el actor unas fincas, pero fallecido el propietario en 1978, el demandante comunicó al aparcero que las fincas eran suyas. Consultado por éste el Registro, las fincas continuaban a nombre del fallecido, encontrándose que se había otorgado escritura de venta de la nuda propiedad a favor del demandado, la cual se había mantenido oculta, ya que el difunto continuaba percibiendo los productos de la aparcería de estas fincas. Tanto el Juzgado como la Audiencia admitieron esta demanda, dando lugar al retracto.

Se desestima íntegramente el recurso de casación por infracción de ley. Está demostrado que el demandante ostenta la cualidad de aparcero cultivador de las fincas y tiene por tanto el derecho de preferencia adquisitiva utilizado, pues ha existido la transmisión a título oneroso por cuanto el primitivo propietario vendió la parcela al recurrente, con reserva del usufructo mediante escritura de 14 de junio de 1974. La declaración hecha por el vendedor a presencia notarial en 22 de mayo de 1975 desdiciéndose de lo escrito en un documento privado, que decía que el actor no era el aparcero y afirmando que tiene tal cualidad el hermano del propietario, no puede prosperar, ya que el carácter público de un documento sólo puede garantizar que las manifestaciones en él contenidas han sido hechas por las partes, pero no su veracidad intrínseca, pudiendo ser combatidas por los restantes medios a que alude el artículo 1.215 del Código, y en este caso, tanto la Sala como el Juzgado quitan todo valor al aserto hecho ante el Notario, conjugando este documento con los restantes incorporados en período probatorio, entre los que cobra valor la certificación del Administrador de Correos, por la que se acredita que el actor ha enviado por giro cantidades al propietario, las que indudablemente serían producto de la venta de los frutos obtenidos en las fincas de que se trata. No puede darse ningún valor a la carta que su hermano dirigió al vendedor, en la que le anunciaba un giro por su parte en el arriendo, pues no se deduce que el remitente explotase las fincas como aparcero, lo que niega con rotundidad al prestar declaración en el proceso a instancias del recurrente, según hace notar la sentencia del Juzgado, que resalta también que el interesado era pensionista de jubilación de la Mutualidad Agraria desde 1965. El derecho

de preferencia que significa el retracto opera también en la aparcería según reiterada jurisprudencia, que ha obtenido consagración legislativa en el artículo 18 de la vigente Ley de 1980.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RETRACTO.—HABIENDOSE PACTADO EL DERECHO DE RETORNO DE LA INQUILINA, NO SE LLEVA A EFECTO POR CAUSAS IMPUTABLES AL ARRENDADOR, POR LO QUE PERTENECE A AQUELLA EL DERECHO DE RETRACTO EN LA VENTA DEL LOCAL, QUE DEBIA HABER OCUPADO COMO ARRENDATARIA (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1982).

Habiéndose declarado la ruina de un edificio, se hizo un convenio entre los propietarios y los inquilinos para reservar a éstos un local en el inmueble a reconstruir de una superficie de 185 metros cuadrados y una vivienda en el piso primero. Posteriormente falleció el marido, siendo heredera su esposa, pero el propietario vendió los referidos local y vivienda, diciendo en la escritura que están libres de arrendatarios. Por ello la inquilina ejercita su acción de retracto ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Barcelona, que estimó la demanda, lo que confirmó íntegramente la Audiencia Territorial.

El recurso de casación por infracción de ley no tiene éxito. Se declara probado que existe el derecho de retorno de la inquilina y la venta hecha por el propietario a su hijo y esposa, así como a la hija de los mismos, de varios apartamentos, entre los que figuraban el local y vivienda que se había obligado a reservar a la inquilina, nada de lo cual se notificó a la arrendataria, que cuando tuvo conocimiento de ello, y previa consignación del precio señalado, ejercitó el derecho de retracto, que prosperó en ambas instancias, declarándose que si la arrendataria no ocupó sus departamentos se debió a causas imputables única y exclusivamente al arrendador, por no hacerle entrega de las llaves de acceso a la vivienda, no obstante el requerimiento notarial evacuado al efecto. Por tanto tenía la inquilina la condición requerida para retraer, habiéndolo hecho en tiempo y forma legal. También consta que lo arrendado antes del derribo de la casa era una vivienda y un local, pero de una extensión superficial de 185 metros cuadrados, diciéndose que esta misma extensión debía tener el nuevo, en vez de lo cual se construyeron dos locales con superficie de 100 y de 40 metros, pretendiendo cumplir el arrendador con la entrega de uno solo de ellos.

RETRACTO.—NO PROCEDE LA CASACION POR TRATARSE DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA, NO TENIENDO ADEMÁS UNA CUANTÍA SUPERIOR A LAS 300.000 PESETAS ANUALES (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1982).

Tanto el Juzgado número 1 de Barcelona como la Audiencia de Barcelona admiten el retracto ejercitado por la inquilina en la venta de una vivienda, cuya compradora había requerido a la inquilina para que deje libre la misma por denegación de prórroga por causa de necesidad.

Se desestima el recurso de casación por infracción de ley. Tanto por tratarse de arrendamiento de vivienda como por no exceder la cuantía de la renta de la cantidad de 300.000 pesetas no procede el recurso de casación, que según el artículo 135 de la Ley de Arrendamientos, reformada en 27 de junio de 1974, sólo se admite cuando se trate de locales cuya renta anual exceda de la cantidad señalada.

REVISION DE RENTA.—LA LIMITACION DE RENTAS DEL REAL DECRETO-LEY DE 4 DE ENERO DE 1978 SOLO AFECTA A LAS DEVENGADAS EN ESE AÑO Y NO A LAS QUE SE PRODUZCAN POR ACTUALIZACIONES DE RENTA QUE COMPRENDAN VARIAS ANUALIDADES (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Se arrendó un local a un Banco, conviniendo que la renta se revisaría cada cinco años. Transcurrido el segundo período quinquenal se dirigió una carta al Banco notificándole la actualización de la renta, contestando la entidad que el Real Decreto-ley de 4 de enero de 1978 limita la elevación de rentas, por lo que se entabla demanda ante el Juzgado número 1 de Jaén, que admitió la demanda, fijando un aumento de 22.211 pesetas de incremento mensual correspondiente al quinquenio 1974-78, ambos inclusive, condenando al pago de dichas sumas mensuales desde 1 de mayo de 1979. Se desestimó la apelación.

La misma suerte corrió el recurso de casación. El aumento de renta corresponde a la suma de incrementos que sufrió el índice «viviendas en alquiler» durante los años 1974 a 1978, entendiendo la entidad demandada que el único aumento que procedía, conforme al artículo 1.º, 1, del Real Decreto-ley citado, era el que correspondía a la variación porcentual experimentada en los doce meses anteriores a la fecha de la revisión según el índice elaborado por el Instituto Nacional de Estadística. Tanto del artículo 1.º del Real Decreto-ley de 1978 como del apartado 1 del artículo 15 del Decreto-ley de 17 de noviembre de 1975 y del de 8 de octubre de 1976, sólo es dable deducir que establecen una limitación del incremento de las rentas que proceda concretar al período de tiempo a que se refiere, pero no opera en el sentido de dejar sin virtualidad la cláusula de estabilización en lo que fuere aplicable a períodos de tiempo anteriores. El propio artículo 1.º del Real Decreto-ley de 1978 limita en su cuantía los aumentos que proceda hacer efectivos por pacto en las fechas entre 1 de enero y 31 de diciembre de 1978, por lo que sólo a ese período puede afectar, cualquiera que sea el momento en que se haga la revisión. Hay que tener en

cuenta que a los incrementos que correspondan por cada una de las anualidades a que la revisión se extiende se han de aplicar en favor del arrendatario los índices correctores que según las respectivas disposiciones legales a cada una de dichas anualidades correspondan. Aunque la revisión de la renta proceda en momentos posteriores a la anualidad comprendida entre 1 de enero y 31 de diciembre de 1978, le afectan respecto a dicha anualidad las limitaciones en los posibles incrementos establecidos en el meritado Decreto-ley, sancionándose la interpretación que en términos de equidad había de darse al alcance de dichas medidas cuando la revisión pactada hubiera de operar no sólo sobre la anualidad actual, sino que comprendiera períodos de mayor duración.

DESAHUCIO.—SE TRATA DE UN ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA, YA QUE LA PROPIETARIA VENIA EJERCIENDO EL MISMO NEGOCIO CON ANTERIORIDAD A LA CESION HECHA A LA ARRENDATARIA (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1982).

En 1972 se arrendó un negocio por un plazo de cinco años, avisando con seis meses de antelación, lo que hizo la propietaria por conducto notarial. Se negó el arrendatario aduciendo su derecho a prórroga forzosa, por lo que se insta el desahucio ante el Juzgado de Peñarroya-Pueblonuevo, que lo estima íntegramente, confirmando la decisión la Audiencia Territorial.

No triunfa el recurso de casación. A tenor del artículo 3.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, será menester para que haya arrendamiento de industria que el contrato verse sobre una organización económico-patrimonial preexistente y que continúe tal actividad, por lo que no resultará aplicable el régimen del arrendamiento de empresa cuando los contratantes presuponen la desaparición de la industria anterior para iniciar *ex novo* otra diferente, propiedad del arrendatario, hipótesis que no se producirá por el hecho de que éste amplíe por su conveniencia la explotación, añadiéndole un giro o negocio nuevo o introduzca sensibles mejoras en la industria arrendada. La arrendadora ejercía la actividad comercial desde 1960 y los términos del contrato eran inequívocos, expresándose que se arrienda un negocio dedicado a la venta de productos de armería, deportes y aparatos electrodomésticos, haciéndose un inventario del material y mobiliario a efectos de su devolución por el recurrente al vencimiento del contrato. El arrendatario absolvió afirmativamente la práctica totalidad de las posiciones en la prueba de confesión. Todo ello no se desvanece por las circunstancias de que las mercaderías existentes al tiempo del arrendamiento no fueran vendidas al arrendatario por los precios cargados en facturas por sus proveedores, pues era inevitable que se procediese a la venta de las mismas al arrendatario por tratarse de cosas consumibles no susceptibles de locación, dato este que no hace cambiar la fisonomía del contrato, conclusión a la que nada obsta la Sentencia de 19 de junio de 1967, única que se invoca en pro del criterio impugnatorio, ya que sus antecedentes fácticos difieren de los señalados.

DESAHUCIO DE LOCAL.—NO SE JUSTIFICA QUE EL DOCUMENTO EN EL QUE EL ARRENDATARIO SOLICITA EL PERMISO PARA INSTALAR UN TUBO DE SALIDA PARA LOS HUMOS ALTERE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE HAN DADO LUGAR A LA SENTENCIA QUE ADMITE EL DESAHUCIO POR LAS MOLESTIAS CAUSADAS POR AQUEL (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1982).

El Presidente de la Comunidad de Propietarios demanda el desahucio de la arrendataria de un local destinado a churrería por infracción del artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal, causando graves molestias a todos los vecinos del edificio, ante el Juzgado número 6 de Barcelona, pidiendo además la indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado apreció inadecuación de procedimiento en cuanto al resarcimiento de daños deducida en juicio arrendaticio y desestimó la demanda en cuanto a la resolución del contrato del referido local. La Audiencia confirmó la sentencia en el primero de sus pronunciamientos y la revocó en los otros, declarando resuelto el contrato de arrendamiento.

La Audiencia rechazó el recurso de injusticia notoria, ya que según la Ley de 27 de junio de 1976, contra la sentencia que dicte la Audiencia no se da ulterior recurso, sin que proceda tampoco el de casación por ser la cuantía inferior al mínimo fijado en dichas disposiciones. En consecuencia, se interpone recurso extraordinario de revisión al amparo de los artículos 1.796 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tampoco tiene éxito. Se basaba en un documento por el que el demandado pedía permiso para colocar un tubo de salida de humos a través del patio común. Pero este documento no tenía fecha, sin que se pueda probar que sea anterior a la sentencia de que se trata, la cual ya tuvo en cuenta que para la instalación del negocio de bar y churrería se solicitó el correspondiente permiso a los vecinos para colocar un tubo de humos a través del patio común, con lo que falta a éste el carácter de documento decisivo a que hace referencia el número 1 del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que es esencial para poder acoger causas de revisión a su amparo según tiene proclamado esta Sala. La sentencia recurrida tiene su base en las molestias apreciadas con posterioridad a su instalación, creadora de causa de resolución, al amparo del artículo 114, causa 8.ª, de la vigente ley, con lo que la recurrente pretende tratar de alcanzar una nueva valoración probatoria, olvidando que el recurso extraordinario de revisión no es medio que autorice a proponer nuevo examen de cuestiones o extremos que ya tuvieron su lugar adecuado en el pleito, pues en cuanto se trata de una acción autónoma, encaminada a destruir la presunción de verdad que a la cosa juzgada atribuye el artículo 1.257 del Código, obliga a una interpretación restrictiva de los presupuestos que lo regulan, como ha declarado reiteradamente esta Sala.

C. R. R.

IV. FAMILIA

RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL: artículo 135, 2.º, del Código Civil, actos integrantes de la posesión de estado de hijo natural, valoración de la prueba: TERESA CONTRA FRANCISCO JAVIER (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1974).

ANTECEDENTES

I. En la DEMANDA la actora alegaba: «a) que desde los primeros meses del año 1969 mantenía relaciones amorosas con el demandado, con la ilusión por ambas partes de llegar algún día a contraer matrimonio; b) que desde el primer momento, su novio significó la *conveniencia de no hacerlas públicas, aunque, andando el tiempo, esperaba vencer a su padre*; c) que esas relaciones se hicieron íntimas, y en noviembre de ese mismo año, quedó embarazada por segunda vez, negándose a frustrar el segundo embarazo, aunque el demandado la instaba a ello; d) que a partir de entonces las relaciones fueron excelentes, hablando el novio de su matrimonio y del hijo, lo cual pudieron comprobar los amigos comunes de ambos; e) que en 24 de agosto de 1970 nació el niño y, desde entonces, el demandado le concedió el trato de hijo natural *de facto*, atendiendo a él y a su madre con cariño, y prestándole ayuda personal y material, haciéndole en alguna ocasión ingresos en la cuenta corriente de la actora; f) que el demandado, al pasar el tiempo, cambió de actitud, indicando a la actora que no podía reconocer al niño, por temor a la actitud de su padre *que podía desheredarlo —(sic)—*, y que convenía esperar; g) que cuando la actora se enteró de que el testamento del padre de ella, otorgado en Inglaterra, contenía ciertas restricciones respecto a sus hijos que no tuvieran hijos reconocidos o legitimados, le planteó a su novio la cuestión del reconocimiento del menor, negándose entonces él, porque decía, le impediría *vivir socialmente como correspondía a su linaje —(sic)—*, e incluso le dijo que pensaba contraer matrimonio con otra persona; h) que, entonces, le llamó a conciliación judicial, para que se aviniese a hacer tal reconocimiento» (1).

La demandante actuaba en su calidad de madre del menor cuyo reconocimiento solicitaba, y en el referido *acto de conciliación* había declarado renunciar solemnemente cualquier derecho que pudiera corresponderle, ejercitando solamente los derechos de su hijo menor en el caso presente.

Entre otras argumentaciones de la parte actora son aquí relevantes las siguientes: en orden a la conveniencia de no hacer públicas las relaciones, que «aunque en el círculo de amistades comunes fuese sabido, *toda vez que el padre podría oponerse por razones de tipo nobiliario que el hijo (demandado) manifestó no compartir*» (sic), y en orden a ambos embargos que «el demandado intentó forzar la voluntad de la demandante hacia el aborto, alegando el *desprestigio y escándalo familiar (sic)* que se produciría en otro caso» (2).

(1) Estos hechos aparecen recogidos por el Ponente y son tomados del Considerando 1.º, apartados a) a h): subrayados míos (J. C. G.).

(2) Estos hechos no son recogidos por el Ponente en la sentencia y se toman de la DEMANDA en la extraña re-historificación efectuada por el Ponente: subrayados míos (J. C. G.).

Finaliza la demanda con la *súplica* de que se dictase sentencia por la que se declarase haber lugar a la demanda y se condenase al demandado a reconocer como hijo suyo al menor..., con todos los pronunciamientos favorables inherentes al caso.

II.. En la CONTESTACION A LA DEMANDA el demandado se oponía a ella, alegando: «a) que las relaciones que había mantenido con doña Teresa... no habían sido amorosas, sino simplemente amistosas; b) que nunca había tenido la ilusión de casarse con ella; c) que, *por su desplazamiento y estancia en la India* en las fechas en que la actora dice haber quedado embarazada, no pudo haber tenido relación carnal con dicha señora y, por tanto, no podía ser el padre del niño que ella dio a luz en 24 de agosto de 1970, como lo demostraban las cartas a ella enviadas, y de ella recibidas, en aquellas fechas; d) que había ayudado económicamente a dicha señora en varias ocasiones en que ella se lo solicitó, y que los resguardos presentados se referían a *una sola ayuda* de 5.000 pesetas; e) que, precisamente, a partir de aquel embarazo, dejó de prestarle tal ayuda, *que no pasó de dos o tres envíos*, siempre de la misma cantidad; f) que la propia demandante reconoce que el demandado cambió de actitud respecto a ese invocado reconocimiento de filiación, con lo que *había interrumpido* esa posesión de estado que, de contrario, se invocaba; g) que esa interrupción la acreditaba también la visita del letrado de la actora, con la pretensión del reconocimiento *extrajudicial*» (3).

Entre las afirmaciones (negaciones) del demandado respecto de lo alegado por la actora, no recogidas extrañamente en la historificación llevada por el Ponente al Considerando 2.º, es curiosa la de que «*el padre del demandado... era demasiado llano y sencillo para atribuirle prejuicio de casta, de sangre o de linaje (sic)*, y aunque los tuviera no llegaría hasta el extremo de discriminar o seleccionar las personas a quienes sus hijos pudieran dispensar su trato o amistad» (sic) (4).

Termina con la *súplica* de que se dicte sentencia desestimando la demanda y absolviendo de ella al demandado, imponiendo las costas del juicio a la demandante.

Por el MINISTERIO FISCAL se negaron los hechos, por no constarle su autenticidad, y se suplicaba se desestimase la demanda.

III. En el trámite de REPLICA la parte actora en sus manifestaciones «reconoce que, incluso desde los primeros momentos, el demandado negaba públicamente aquella paternidad y aconsejaba a la actora que la ocultara hasta que pasase algún tiempo»..., y que «el demandado le negó tal paternidad cuando ella le indicó la necesidad del reconocimiento del menor para evitar sanciones testamentarias del padre de la demandante» (5).

En el momento de la fijación de los hechos tras la réplica, se reconoce que «el demandado, con anterioridad a la demanda y, por supuesto, a la conciliación, ha negado su condición de padre a *partir de una determinada fecha, que, sin embargo, prefería mantener oculta*» (sic) (6).

(3) Hechos recogidos por el Ponente en la sentencia y se toman del Considerando 2.º de la misma, apartados a) a g) subrayados míos (J. C. G.)

(4) Hechos no recogidos por el Ponente en la sentencia, se toman de la CONTESTACION A LA DEMANDA: subrayados míos (J. C. G.)

(5) Hechos recogidos por el Ponente en su sentencia, se toman del Considerando 6.º, apartados a) y b): subrayados míos (J. C. G.)

(6) Hecho no recogido por el Ponente, pero que se toma del *motivo* 6.º del Recurso de Casación subrayados míos (J. C. G.).

IV. SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA. De entre las alegaciones y fundamentos de la Sentencia del Juzgado son aquí relevantes las siguientes (7): el *Resultando 1.º* de dicha Sentencia —aceptado luego íntegramente por la Sentencia de la Audiencia— comienza declarando que la demanda se promovió el 27 de noviembre de 1971 y que la misma se sustenta en una serie de hechos... (8); el Considerando 1.º de dicha Sentencia —luego aceptado por la de la Audiencia— dice que «la jurisprudencia de este Alto Tribunal *ha evolucionado* hasta el punto de *imponer* el reconocimiento forzoso *siempre que se demuestre* que 'una persona es el padre de determinada criatura', y añade «la *posibilidad de aplicación* de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña en vez de la obligatoriedad de la aplicación propugnada por esta parte, y que al no haber sido respetada (*sic*) causaba la natural extrañeza». El mismo juzgador de instancia declaraba que «el niño nació el 24 de agosto de 1970 y la demanda lleva fecha de 27 de noviembre de 1971, y que, *desde* que el niño nació *al momento* de interponer la demanda, *el padre, por actos directos del mismo, lo tuvo en la posesión continua de estado de hijo natural*».

Por Sentencia de 1972 el Juzgado *da lugar a la demanda y condena* al demandado a reconocer como hijo natural suyo al menor... nacido de la demandante el día ... con todas las consecuencias legales procedentes *sin condena en costas*.

V. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL. De entre las alegaciones y fundamentos de la Sentencia de la Audiencia son aquí relevantes las siguientes (9): en el Considerando 1.º dejaba fijados los hechos de la nacionalidad inglesa de la madre, el nacimiento del niño en B. y la vecindad catalana del padre; en el Considerando 2.º efectúa una declaración de los elementos fácticos integrantes del estado posesorio en el sentido siguiente:

«a) que la prueba documental derivada de una amplia correspondencia entre la demandante y el demandado, representativa de que sus relaciones fueron íntimas, los actos de éste consistentes en ayudar económicamente a la demandante desde que tuvo el hijo, y la abundante prueba testifical... resultan reveladores de que el hijo nacido el ... hasta el momento de interponerse la demanda, *el padre, por actos directos del mismo, lo tuvo en la posesión continua de estado de hijo natural*; b) que, aunque el demandado no supo el embarazo de la actora antes de marcharse para la India, lo conoció después de su regreso, y continuó las relaciones íntimas que con ella mantenía, las cuales continuaron después del nacimiento del hijo, y, a partir de este momento, la posesión de estado de referencia, por las manifestaciones y los actos constantes del demandado, así como la ayuda económica prestada a la demandante a partir de dicho momento, ayuda de la que, en ocasiones, queda constancia, como

(7) Alegaciones y fundamentos no recogidos por el Ponente, pero que se toman del RECURSO, motivos 6.º, 12.º, 1.º, 7.º, 9.º y 10.º

(8) Se exponen en este lugar los hechos presentados en el ep. I precedente.

(9) Alegaciones y fundamentos no recogidos por el Ponente en su sentencia y se toman del Recurso en los motivos 1.º, 4.º, 8.º y 11.º

en las entregas de octubre de 1970 y un mes y medio antes... y en 5 de noviembre y 12 de diciembre de igual año...; c) que, además, *la importante prueba testifical... refuerza la realidad de la posesión de estado... tras acreditarse de hecho el reconocimiento como padre del demandado, los actos de éste cariñosos respecto al menor indicado... incluso a través de su propia prueba de confesión*, pues el demandado afirma que en enero de 1970 se enteró de que la demandante, con quien mantenía íntimas relaciones, estaba embarazada, *continuando a partir de entonces las mismas y excelentes relaciones que había mantenido desde antes de marcharse a la India, a lo que se une su conducta a partir de entonces de clara ayuda económica*; y d) que *todo eso, unido a que, por sus manifestaciones dentro de su grupo social, era tenido por padre del hijo de la demandante... traduce el concepto jurídico de posesión de estado de hijo natural*» (10).

Por Sentencia de 1973 la Audiencia *confirma íntegramente* la Sentencia del Juzgado, sin condenar en costas.

VI. RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY. El demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley, dirigido por el letrado don Rafael Díez Llanos, basándolo en los siguientes trece motivos, que seguidamente se resumen (11):

1.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 135, 2.º, del Código Civil, por aplicación indebida: parte de los presupuestos de la vecindad catalana del demandado, la ciudadanía británica de la demandante y el lugar de nacimiento (ciudadana catalana) del niño, así como de la premisa mayor de los artículos 9 y 12 del Código Civil, determinantes del *estatuto personal de los litigantes*, para llegar a la CONCLUSION de que o bien se aplicaba la legislación civil del Reino Unido (*ius sanguinis* del niño), o bien se aplicaba la legislación civil especial catalana (*ius soli* en cuanto al niño, o fuero del demandado).

Entiende que *el fallo de la Sentencia recurrida debe tener un soporte jurídico distinto al del apartado 2.º del artículo 135 del Código Civil*, soporte que habría que buscar, o en la legislación inglesa (que no había sido probada en autos, no pudiendo entrar en juego) o en dicho inciso del Código Civil *en cuanto supletorio* del Derecho especial catalán. Distingue entre la legislación civil común (Código Civil) y la legislación civil especial contenida en la Compilación de Cataluña: el Código Civil se atiene únicamente al *criterio volitivo* del supuesto padre en sus relaciones con el hijo que solicita el reconocimiento y *prescinde en absoluto del aspecto biológico de la cuestión*, y de ahí las limitaciones del artículo 135; en tanto que la Compilación catalana *no deja resquicio alguno por el que pueda filtrarse, ni como supletorio, la doctrina de la posesión de estado*

(10) Tales elementos fácticos son presentados por el Ponente en su Considerando 3.º, apartados a) a d). Subrayados míos (J. C. G.).

(11) Alguno de estos Motivos es larguísimo. Todos ellos son aquí presentados reducidos al máximo, aunque alguno por su especial interés aparece con mayor detalle. Subrayados míos (J. C. G.).

y únicamente atiende a la realidad fisiológica que incluso puede resultar decisiva.

Entiende que *este alegato no implica cuestión nueva*, ya que el problema estaba latente desde el CONSIDERANDO 1.º de la Sentencia del Juzgado, que manifiesta la posibilidad de acudir a la Compilación catalana, *dejando en el aire* la obligatoriedad o no de su aplicación. Cita Sentencias de 25 de mayo de 1944, 14 de abril de 1953 y 13 de mayo de 1961.

2.º *Complementario* del anterior, basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 9 y 14 del Código Civil, por violación, en cuanto declaran la obligatoriedad del *estatuto personal* en materia de Derecho de familia y estado, condición y capacidad legal de las personas. Si se declara *probado* que el niño nació en España su nacionalidad es española (arg. art. 14, 7.º del Código Civil), y como quiera que nació en B. (ciudad catalana), territorio foral, *obligatoriamente rige la Compilación catalana*.

El problema quedó planteado no en la aplicabilidad o no del Derecho catalán, ya que ésta se declara expresamente por el juzgador de instancia, sino únicamente en la *obligatoriedad*: y es *por no haber reclarado obligatoria* la aplicación del Derecho Foral por lo que procede este motivo.

3.º *Alternativamente con el anterior*, con idéntico apoyo, denuncia la violación del artículo 9 del Código Civil, en cuanto ordena la obligatoriedad del estatuto personal a los *extranjeros*, así como de la doctrina legal contenida en las Sentencias de 13 de enero de 1885, 14 de febrero de 1909, 1 de mayo de 1919, 29 de mayo de 1919 y 29 de septiembre de 1961, que aplican el principio de *reciprocidad* inspirador de las normas del Derecho Internacional Privado. Todo ello, para el improbable *supuesto* de que se pretendiese enervar la obligatoriedad de aplicación de la Compilación catalana en base a que el supuesto menor solicitante del reconocimiento tenga la nacionalidad *británica* de la madre (en cuyo caso no tendría por qué aplicarse obligatoriamente la Compilación de Cataluña), dado que el artículo 9 del Código Civil se extiende también a los extranjeros (12).

4.º Con idéntico apoyo legal procesal, por infracción del artículo 12 del Código Civil, por violación, dado que de las dos personas implicadas en el reconocimiento solicitado —*derecho* que se ejercita en nombre del menor y *deber* correlativo de reconocimiento— el sujeto pasivo de ese presunto deber, *el demandado, es de nacionalidad española y de vecindad catalana*.

Entiende que únicamente el Derecho civil especial de Cataluña es el aplicable y el que es adecuado para resolver la controversia planteada en esta litis: bien porque se aplica al menor la legislación *española* (artículo 17, 4.º, del Código Civil) y la regionalidad catalana (*ius soli* por el nacimiento), bien porque se le atribuya la nacionalidad *británica* propia de su madre y en tal caso ser preferente el *ius fori* del demandado.

La sentencia recurrida, al enjuiciar el tema planteado a la luz del inciso 2.º del artículo 135 del Código Civil —y no desde la perspectiva del artículo 4 del CDCC— *infringió el precepto del artículo 12 del Código*

(12) De obligada advertencia el que la cita de los artículos 9, 14 y 15 del Código Civil son en la primitiva redacción del Código Civil en 1889, ya que en el momento de la redacción del recurso no estaba todavía vigente la Ley de reforma del Título Preliminar de 1974.

Civil (13) (a cuyo tenor «*debe mantenerse el régimen jurídico, escrito o consuetudinario*», de la región catalana, *sin mixtificaciones* que resulten de la aplicación del Código Civil) de forma que el Código Civil *no* puede tampoco ser aplicado como *Derecho supletorio*, ya que una y otra legislación se ajustan a criterios diametralmente opuestos para imponer el cumplimiento de los deberes inherentes a la paternidad.

Ciertamente en Cataluña pueden constituir *elementos de prueba* (a tener en cuenta para que la paternidad real sea *declarada*) los *actos determinantes de esa posesión de estado*. No cabe exigir el cumplimiento de los deberes paternos *sin tal previa declaración*: la sentencia recurrida omite todo pronunciamiento *declarativo* al respecto de la paternidad real. Cita la Sentencia de 11 de diciembre de 1953.

5.º Con idéntico apoyo procesal, por infracción, por violación, del artículo 15 del Código Civil, en relación con el *principio «inclusio unius excludit alterius»*, y la doctrina de las Sentencias de 21 de diciembre de 1945, 27 de febrero de 1956 y 17 de marzo de 1959: dado que cuando el artículo 15 del Código Civil (13 bis) declara que «para aplicar el Derecho común se necesita estar en alguno de los tres supuestos en él contemplados» es patente que las normas del Código Civil sólo podrán ser aplicadas cuando alguno de esos supuestos concurra.

Examina el estatuto personal *de cada uno* de los intervinientes en el litigio *a la luz de los tres supuestos previstos en el artículo 15*, para comprobar si alguien se encuentra en alguno de ellos que pueda permitir la aplicación del *Derecho común*: ni el demandado, ni la actora, ni el menor —verdadero titular del derecho que se ejercita, solicitando el reconocimiento—, *ninguno está comprendido* en alguno de los supuestos previstos en el artículo 15 del Código Civil.

6.º Basado en el artículo 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con infracción de los artículos 1.225, 1.218 del Código Civil en relación con los 512, 548 y 549 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *por error de derecho en la apreciación de la prueba*, al no dar a los documentos privados reconocidos legalmente la eficacia probatoria de la *fecha* y del *hecho* que motiva su otorgamiento: porque la manifestación del juzgador en orden a los *actos directos del padre* constitutivos de la posesión de estado es una *declaración* de que durante más de un año (un año y tres meses) por lo menos el supuesto hijo *tuvo la posesión, sin interrupción alguna, por actos directos del padre*. Califica dicho párrafo como algo que en la jurisdicción penal se califica como «conceptos que por su carácter jurídico implican la pretedeterminación del fallo».

Trata de poner de relieve los *actos o documentos auténticos demostrativos del yerro latente en aquella aseveración*: los hechos recogidos en el RESULTANDO 1.º de la Sentencia del Juzgado (14), los hechos sentados en la Demanda y en Réplica, la certificación del Auto de conciliación (de fecha 29 de octubre de 1971), la carta de fecha 14 de julio de 1971 del letrado de la actora y los hechos recogidos como punto 5.º

(13) También este artículo 12 debe entenderse en la redacción de 1889. Debe recordarse aquí que advino su reforma en 1974, pero que su eficacia práctica devino sustancialmente distinta con la Constitución de 1978 y, en especial, el artículo 149, 1, 8, de la misma.

(13 bis) Vale lo dicho en nota 12 precedente.

(14) Véase en ep. IV precedente.

en la Demanda. Cita las Sentencias de 7 de julio de 1943, 5 de marzo de 1943 y 15 de enero de 1916.

Por todo ello, *en contra de los hechos sentados* en el pleito y de los documentos privados reconocidos, resulta innegable el error de derecho denunciado al mantener la posesión de estado.

7.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 135, 2.º, del Código Civil, por aplicación indebida, por cuanto el supuesto hijo, en el momento de la interposición de la demanda, «no se halla» en la posesión continua de hijo natural, es decir, que no la había adquirido y, en cualquier caso, la había perdido.

Independientemente de cuál sea el concepto aceptado de «posesión continua de estado de hijo natural justificada por actos directos», resulta patente que *si no resulta probado* que el hijo «se halla» en ese estado *en el momento de presentar la demanda* por lo menos tenga esa posesión artículo 135, 2.º, del Código Civil se ha aplicado erróneamente. Analiza la expresión «cuando se halle» de dicho precepto en el sentido de que *en el momento de presentar la demanda* por lo menos tenga esa posesión, por haberla adquirido y no haberla perdido. O lo que es lo mismo, por tratarse de *posesión*, habrá de ser ese momento de interposición de la demanda en el que habrá que determinar *si había adquirido* la posesión y *si continuaba teniéndola sin haberla perdido*. Intenta demostrar que *ello no ocurre* en el caso litigioso, por las razones siguientes: a) en cuanto a la *adquisición*, cita los artículos 441 y 444 del Código Civil y el RESULTANDO de la Sentencia en que se recogen los hechos de la oposición del demandado al reconocimiento, de modo que la única posesión de estado posible era *en contra* de la voluntad del supuesto padre y *ello por actos meramente tolerados* luego negados expresamente. b) En cuanto a la *pérdida*, cita el artículo 460, 4.º, del Código Civil y arguye que tal posesión de estado no se adquiere frente a terceros sino frente al padre, razón por la cual exige precisamente del mismo los actos *directos*; dice que desde el nacimiento (24 de agosto de 1970) a la fecha de la carta del letrado de la actora (14 de julio de 1971) no había transcurrido el año, y aunque se admitiese una posesión *inferior* al año también se tendría que admitir la rotunda *oposición* a la posesión de estado del supuesto hijo por el supuesto padre desde el 14 de julio de 1971 hasta la fecha de la Sentencia de la Audiencia y del recurso, «*oposición que seguirá mientras no sea firme y eficaz la sentencia, y aun después, pues el artículo 5 del CDCC permite la impugnación de la filiación natural —máxime si ésta no está acreditada* mediante la paternidad biológica que es la allí seguida—, en el mejor de los supuestos sólo lo estaría a través de una posesión ante un grupo reducido de amigos y sin conocimiento de la familia, ante la que no caben faroles ni machadas como con los amigos, y en cuya casa y bajo cuya obediencia continúa viviendo el demandado junto con sus padres y hermanos» (sic) (15).

8.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea del artículo 135, 2.º, del Código Civil, en cuanto que el concepto jurídico de la posesión de estado de hijo natural requiere

(15) Todo este párrafo no tiene desperdicio a la velada amenaza de acudir *después del litigio (sic)* a la Compilación Catalana van unidos la clara referencia a la dependencia familiar del demandado como «si fuera un menor y un sabor 'camp' delicioso» subrávados míos (J. C. G.)

la condición de «continua» para que el presunto padre sea obligado a reconocer al hijo.

El Tribunal *a quo* ha infringido el artículo 135, 2.º, del Código Civil al haber interpretado erróneamente *el momento a partir del cual* había de comenzar a contarse la continuidad de la posesión, momento que *únicamente* puede ser el nacimiento del hijo (24 de agosto de 1970). Infringe también el precepto en cuanto al requisito de «continua», ya que a partir del nacimiento del hijo *no hace una declaración de continuidad de reconocimiento*, y los mismos *testigos* confirmaron esa discontinuidad.

9.º Basado en idéntico apoyo procesal, por infracción por violación del artículo 1.214 del Código Civil, en relación con el principio *actore non probante reus et absolvendus* recogido en las Sentencias de 27 de abril de 1842, 14 de octubre de 1876, 24 de abril de 1896 y 4 de enero de 1965.

Dice que *la prueba sobre la posesión de estado debe ser total y absoluta*, por ser materia de orden público, y en cualquier caso esa posesión de estado viene a sustituir nada menos que a la prueba directa de la paternidad. Dice ser patente que *no existe una prueba directa* de esa posesión de estado, *sino solamente unos hechos de los que se deduce por presunciones* la posesión de estado, por lo que el juzgador —ante la falta de pruebas directas— en vez de examinar la actividad contraprobatoria del demandado para enjuiciar las practicadas, debió absolverle sin más trámites, y al no haberlo hecho así se produce la infracción denunciada.

10. Basado en el artículo 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *por error de Derecho en la apreciación de la prueba de confesión*, infringiendo por violación el artículo 1.233 del Código Civil.

Parte de lo dicho por la Audiencia en su CONSIDERANDO 3.º en cuanto a las relaciones íntimas entre actora y demandado, y arguye que «para interpretar *la respuesta* —como lo hace la Sala *a quo*— *en el sentido de que* (después de regresar de la India... y sabedor del embarazo...) *continuaron* los contactos de tipo sexual, *es necesario truncar la respuesta del último y dar como cierta la pregunta*, sin el aditamento aclaratorio de que ni antes ni después del viaje a la India tuvieron esas relaciones más alcance que el de una corriente amistad» (*sic*) (16). O lo que es lo mismo, dada la fecha del nacimiento del niño, existe la imposibilidad de que el demandado sea su padre.

Por otro lado, infringe la sentencia recurrida el artículo 1.233 del Código Civil, por cuanto «*si bien esta circunstancia en su apreciación es intrascendente por referirse a situaciones anteriores al nacimiento*, cuando la sentencia (CONSIDERANDO 3.º) añade que tales relaciones *las mantuvo incluso después del nacimiento del niño*», está emitiendo un juicio previo de cuáles eran esas relaciones.

11. Basado en el artículo 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *por error de Derecho en la apreciación de la prueba*, por infracción por violación del principio de valoración probatoria mantenido en las Sentencias de 26 de mayo de 1920, 7 de diciembre de 1927 y 8 de febrero de 1971.

Aduce que el CONSIDERANDO 3.º de la Sentencia recurrida —único que contiene los *elementos fácticos* de esa posesión de estado— ha obte-

(16) La presentación hecha por el Ponente del Recurso y sus motivos es aquí seguida fielmente, pero cabe observar fácilmente que *no se sabe cuál es la pregunta en cuestión* subrayados míos (J. C. G.).

nido tales elementos no a través de pruebas directas sino con presunciones. Admite como criterio general que las presunciones son válidas como elemento probatorio, pero «*cuando, como en el caso presente, están prohibidas las presunciones (sic)*», existe una infracción legal en la formación del juicio del juzgador»: o lo que es lo mismo, en materia de *estado posesorio*, al estar prohibida (*sic*) la prueba de presunciones, el Tribunal Supremo está facultado para comprobar el principio de que «lo que no está en los autos no está en el mundo». Dice ser patente que se ha hecho uso por el juzgador de la prueba de presunciones.

Dice que este motivo es procedente: 1.º) porque, como cuestión indiscutible, en la resolución impugnada no se contiene una declaración de hechos probados en las sentencias ni se hace un apartado sobre los medios probatorios, en contra de lo que exige el Tribunal Supremo; 2.º) porque es patente que cualquier declaración no plenamente probada por algún medio de prueba concreto sólo puede declararse probada a través de las deducciones que se establezcan del conjunto de las restantes pruebas, con la pretensión del enlace preciso y directo que todas constituyen a lo largo del pleito, *constituyendo en su conjunto una presunción*. O lo que es lo mismo, *toda apreciación en conjunto de las pruebas constituye una prueba de presunción*, apreciación que será *necesaria* cuando el hecho que se pretende declarar no se encuentra probado plenamente por cualquiera de los medios probatorios. Sentado lo anterior, *es patente que el Tribunal sentenciador —al no hacer una declaración de hechos probados con las medidas probatorias— es porque está haciendo uso de la prueba de presunción mediante la apreciación en conjunto*.

Se refiere al CONSIDERANDO 3.º de la Sentencia de la Audiencia impugnada y a la fundamentación de la misma en las pruebas practicadas, y a ello opone: a) en cuanto a la prueba de *confesión* —que haya sido desarrollada en motivo independiente— hace constar que a la vista del contenido de la confesión *no existe manifestación directa alguna en el sentido de mantenerse relaciones íntimas* y tan sólo pudo quedar ello acreditado *por presunciones*; b) en cuanto a la prueba *documental*, lo único que viene a demostrar es el abono de una cantidad de dinero en la cuenta de la demandante, se trata de un mero ingreso y nada más, y el interpretarlo en el sentido de que ese ingreso *no era* una remuneración por los servicios prestados (*sic*) o una devolución de un préstamo o cualquier otro concepto, *sino que precisamente era para ayudar a la actora para atender a la manutención del niño*, no sólo es *una presunción*, sino, además, es inadmisibles por faltar ese *enlace directo* exigido, dado que existen varias soluciones o explicaciones de esa entrega de dinero sin necesidad de ser ayuda; c) en cuanto a la prueba *testifical*, pone de relieve la prevención del artículo 1.248 del Código Civil como una advertencia general, máxime cuando en los otros dos únicos supuestos contemplados en el artículo 135 del Código Civil se exige un escrito indubitado firmado por el padre o sentencia penal firme, y si a ello se añade que esos testigos «constituían el grupo de amistad de la actora» —así en el propio CONSIDERANDO— basta alegar el artículo 660, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil para llevar a la imposibilidad de tenerlos en cuenta, y en cualquier caso nunca podrá confundir la *fuerza probatoria* con el *contenido probatorio* y por mucha fuerza probatoria que se quiera

dar a los testigos éstos nunca podrán ir más allá de lo que realmente dijeron y de la razón de ciencia de su dicho. Así, la afirmación del juzgador es también una *presunción*, ya que ninguno de los testigos declara que de una manera continuada y sin interrupción fuese el deseo del demandado que ese supuesto hijo fuese considerado y tratado como tal, sino solamente que él se había creído, recién llegado de la India, la afirmación de la actora de ser el padre y que al poco tiempo después dejó de creérselo por encontrar que el supuesto hijo carecía de parecido paternal alguno (sic) (17).

12. Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por interpretación errónea del artículo 135, 2.º, del Código Civil.

En el *motivo 11* precedente se ha impugnado el estado posesorio atribuido a través de *las pruebas*. En el *motivo presente* se pretende impugnar el *concepto jurídico de la posesión de estado* contenido en el artículo 135, 2.º, del Código Civil; ese concepto jurídico ha de ser obtenido a la luz de la propia ley sustantiva civil, por lo que *pasa a comparar ese concepto jurídico contenido en el final de la Sentencia recurrida en su CONSIDERANDO 3.º* —que a su vez se remite al concepto fijado en la de primera instancia— *con el concepto establecido en el artículo 135, 2.º, del Código Civil* y demás artículos concordantes, para, *dando primacía a este último* en caso de discordancia, llegar a la conclusión de que se ha interpretado erróneamente dicho precepto. Así, el yerro de hermenéutica es bien patente, al decir la Sentencia del Juzgado en su CONSIDERANDO 1.º que «la jurisprudencia de este Alto Tribunal ha evolucionado hasta el punto ...» (18). Y sigue diciendo que *ni ha llegado hasta ese punto la evolución de la doctrina de esta Sala, ni podía llegar partiendo del sistema —abiertamente opuesto a la investigación de la paternidad— inspirador de la Base 5.ª de las que precedieron al Código y que aún campea en los supuestos 1.º y 2.º del artículo 135 del Código Civil (sic)* (19). Sistema éste del Código que *bien pudo haber eludido la parte actora* acogiéndose al artículo 4 del CDC, *pero sin duda, ante el temor de la verdad biológica, lo quiso eludir* (20). Añade que hay que hacer una cita de las sentencias aplicables al caso, para así determinar no sólo que exista alguna, sino si su contenido es aplicable al caso presente.

Se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1945 y las en ella contenidas, *que fijan la doctrina jurisprudencial aplicable*, en la tesis del recurso, y en la que se exige que los actos reveladores de la posesión de estado muestren una 'voluntad firme, espontánea, resuelta', una 'constancia y perseverancia en el ánimo', 'sin que sea lícito derivarla de actos que en mayor o menor grado puedan revelar el convencimiento de una persona respecto a su paternidad'.

Presupuesta la *diferencia* entre que *una cosa* es la paternidad en cuanto a los hijos naturales y *otra cosa* es la *intención de tenerlos* en la po-

(17) Párrafo tremendamente revelador de la psicología del demandado presunto padre, *que cree serio*, pero que *deja de creérselo* por no encontrar 'parecido' al niño de escasos meses.

(18) Véase anteriormente en ep. IV.

(19) Esta argumentación contenida en el párrafo transcrito podía ser tomada en serio en el siglo XIX, pero no es exacta ni es verdad. Increíblemente esto fue escrito en 1973 y, al parecer, creído por el Ponente.

(20) Este párrafo no deja de ser una sutil *presunción*, que, en mi opinión, aparece decisiva en la mente del Ponente.

sesión de tal estado de hijo natural, y partiendo de las *dilaciones* y de la *conducta indecisa* del demandado —recuerda que no es lícito confundir posesión natural y posesión civil—, concluye que *tampoco es lícito confundir* los actos que pudieran revelar más o menos la *prevención* o el *convencimiento* de una persona sobre su paternidad con relación a los hijos naturales con los actos que demuestran su *propósito de poner* a estos hijos en la posesión de tal estado.

Concluye que *en el caso de autos se está a lo sumo en una posesión natural del estado de hijo natural*, porque —si los actos que la demuestran han de ser *directos* y han de provenir del padre, y si la propia madre demandante *reconoce que desde el principio de sus relaciones el demandado las quiso mantener en secreto* y que sobre todo *siempre se opuso a un reconocimiento* que pudiese poner a ese supuesto hijo en la posesión de tal estado— *no se puede pretender que su intención o propósito era abiertamente el tener a ese supuesto hijo en el estado de hijo natural*. Añade que es reiterada y constante la doctrina de que *la posesión civil o mera detentación (sic)* si no va acompañada de la *intención* de tenerlo como tal hijo *no es válida para ganar la posesión*, por lo que concluye que es obvio que *la conducta del demandado respecto a ese supuesto hijo —al no tener la intención de tenerlo como tal— no ha ganado la posesión*, y por lo tanto es intrascendente esa posesión natural.

13. Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación por aplicación indebida de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1935* (es la única citada en el Considerando tercero de la Sentencia del Tribunal *a quo*), porque: 1.º, su *contenido* no puede tener una mayor trascendencia, ya que se trata de una sola sentencia y no puede considerarse como doctrina legal; 2.º, de la lectura de la misma se observa que *su contenido sobre el estado colectivo de conciencia no puede ser el de pleno 1963 (sic)* (21), ya que ello nos lleva a antes de la guerra; 3.º, ese supuesto concepto de «estado colectivo actual» para obtener el reconocimiento forzoso *ha quedado modificado* a partir de sentencias posteriores, entre otras, *la de 3 de julio de 1945*; 4.º, según se desprende de la relación fáctica de la sentencia referida, en ella —*por haber fallecido el supuesto padre*— se ignoraba su opinión sobre la condición de hijo natural, y no era como en el caso presente en que el supuesto padre vive y se opone a dicha pretensión con cuantos medios están a su alcance; 5.º, en aquella sentencia, *desde el nacimiento del hijo a la declaración del estado posesorio, habían pasado varios años detentando esa posesión*, y no era como en el presente caso, en el que *sólo han transcurrido unos meses* desde el nacimiento, pasados los cuales el padre presunto se ha negado rotundamente.

VII. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—El Alto Tribunal, siendo Ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, establece la siguiente decisión en sus once Considerandos:

1.º Que la representación legal del menor... con apoyo en el párrafo 2.º del artículo 135 del Código Civil, pidió que se declarase judicialmente

(21) Así aparece en la redacción de la sentencia: supongo que se quiere referir al año 1936, pues en otro caso el argumento aparece absurdo, vacío y sin sentido.

que dicho menor era hijo de ella y del demandado, alegando fundamentalmente... (22)

2.º Que el demandado... se opuso a la demanda, alegando a su vez... (23)

3.º Que la sentencia impugnada, para fundar su tesis condenatoria, sostiene... (24)

4.º Que aunque nuestro Código Civil —a diferencia de otros extranjeros— no define la posesión de estado de hijo natural ni señala cuáles son los actos que la determinan, sin embargo, tanto los autores patrios como la jurisprudencia están acordes en comprenderlos en tres grupos bajo los epígrafes de 'nomen, tractatus, fama', de los cuales los dos últimos son los que tienen especial relieve, ya que manifiestan la continuidad —requerida por el art. 135— y la publicidad —exigida para la posesión civil en el art. 1.941 y en las Sentencias de 24 de noviembre de 1941 y 3 de julio de 1945—, señalando como tales actos reveladores de la voluntad del padre, entre otros, los siguientes: alimentarle, tenerle en casa, bautizarle, educarle como hijo, proporcionarle medios incluso de recreo; es decir, los mismos que de manera general y amplia relaciona el Código francés (24 bis).

5.º Que contra la apreciación probatoria en que la sentencia se basa alza el recurrente los siguientes motivos (25): a) el noveno... b) el undécimo... c) el sexto... y d) el décimo...

6.º Que efectivamente, y con graves errores de apreciación probatoria, con violación de los cánones valorativos de la prueba que le vinculan en determinado sentido, pues contrariamente a lo que tal sentencia proclama en autos está evidenciado que la supuesta posesión de estado que se invoca no fue pública, ni continuada, ni duró todo el tiempo que se le asigna; y este error lo demuestran... (26), es decir, que tal alegada posesión de estado no fue nunca pública, sino clandestina, y que incluso esa clandestinidad duró mucho menos tiempo del que erróneamente afirma la sentencia.

7.º Que el recurrente, además de atacar la apreciación probatoria..., también combate la sentencia recurrida atribuyéndole aplicación indebida del artículo 135, párrafo 2.º, del Código Civil... (27).

8.º Que, efectivamente, y como el recurrente sostiene, el precepto aplicado por los juzgadores de instancia para fundar su tesis condenatoria exige unos supuestos de hecho que en el caso de autos no han ocurrido, puesto que los actos que se imputan al demandado como reveladores de que consentía aquella atribución de paternidad sólo fueron realizados ante un reducido núcleo de amigos y durante un corto espacio de tiempo que, según se reconoce por la propia actora... y todo ello aparece reflejado en autos, donde consta..., por todo lo cual hay que afirmar que se ha infringido el precepto invocado, lo cual provoca la

(22) Recoge el Ponente los hechos referidos en ep. I, ap. a) a h).

(23) Recoge el Ponente los hechos consignados en el ep. II precedente, ap. a) a g).

(24) Recoge aquí el Ponente los argumentos presentados antes en ep. V, al reseñar la Sentencia de la Audiencia Territorial.

(24 bis) No nos dice cuál es el artículo o norma del Código francés aludido: a mi juicio solamente puede ser el nuevo artículo 340, 5.º, tras la reforma del Code por la Ley de 3 de enero de 1972.

(25) En este Considerando el Ponente presenta en esquema muy resumidos los motivos 9.º, 11.º, 6.º y 10.º, que antes se han reseñado en ep. VI.

(26) El Ponente recoge aquí las argumentaciones consignadas anteriormente en la REPLICA, ep. III: la carta del letrado de la actora y la certificación del acto de conciliación.

(27) El Ponente resume aquí los argumentos de los motivos 7.º y 8.º.

estimación del motivo del recurso en que tal infracción se acusa, con las consecuencias legales inherentes a tal estimación (28).

9.º *Que la estimación de los motivos del recurso que quedan examinados (29) hace ya superfluo el estudio de los restantes, porque, fuese cual fuese su resultado, no habría de variar el fallo casacional que la estimación de aquéllos impone.*

10. *Que, ello no obstante, y por lo que respecta a los cinco primeros motivos del recurso, conviene puntualizar que, aunque los problemas que se plantean en cada uno de ellos parecen constituir alegaciones meramente jurídicas que, con arreglo al principio de Derecho 'da mihi factum, ego dabo tibi ius', podrían ser invocadas en cualquier fase del proceso e incluso estimadas de oficio, sin embargo, ello no es así, ya que cualquiera de aquellas invocaciones jurídicas exige unos supuestos de hecho que tienen que ser alegados por quien los realice y, en tal sentido, integran cuestiones nuevas que no pueden ser examinadas en casación —conforme a lo dispuesto en el número 5 del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, que debieron ser invocados en momento oportuno para que la contraparte pudiera impugnarlos e incluso justificar los hechos que tendiesen a enervarlo; tal ocurría con la alegada calidad de aforado del menor del demandado (sic) (30).*

11. *Que, en último término, aún cabría añadir: 1.º que no todos los foralistas están conformes en la no vigencia en Cataluña de los preceptos contenidos en los párrafos primero y segundo del artículo 135 del Código Civil, y que, aunque lo estuvieran, su opinión no sería invocable en casación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 729, 10 (sic), de la Ley de Enjuiciamiento Civil (31); y 2.º que la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña, si bien permite la investigación de la paternidad, incluso después de muerto el padre presunto, y no limita los medios de prueba, ni exige que la acción se apoye en manifestaciones de voluntad expresas —escritos indubitados— o presuntas —actos que impliquen posesión de estado—, en cambio no prohíbe que cuando ellas existan puedan ser utilizadas con preferencia a la libre investigación si de su utilización se espera lograr más fácil o mejor resultado.*

FALLO: Debemos declarar y declaramos *haber lugar* al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado.

SEGUNDA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: Por los razonamientos de la sentencia de casación de esta fecha, y CONSIDERANDO:

1. *Que, no resultando acreditado que el menor ..., hijo de doña ... (actora), nacido el día ..., hubiese adquirido y gozado de la posesión de*

(28) El Ponente resume aquí las alegaciones de la demandante y las pruebas practicadas. Curiosamente no nos dice cuál es el motivo que dice estimar a mi juicio, *solamente puede serlo el 7.º*

(29) No deja de ser curioso que este Ponente, de por sí siempre prolijo y detallista, no nos diga cuáles son estos motivos que dice estimar: entiendo que implícitamente se refiere a los motivos 9.º, 11.º, 6.º, 10.º, 7.º y 8.º

(30) Así viene en la propia sentencia. Ahora bien, esto que dice no tiene ningún sentido. A mi modo de ver, lo que parece que debe querer decir es 'el menor demandante' o 'el supuesto hijo menor del demandado' u otra frase similar

(31) Así en la propia sentencia. Parece un error mecanográfico. No puede referirse al artículo 729 LEC, sobre los juicios verbales, que sólo tiene un párrafo Entiendo debe tratarse sin duda del artículo 1.729, 10, LEC, en la redacción de 1881, que prevenía que *«el primero de los fallos formulados en el artículo anterior (se refiere a la declaración de no haber lugar a la admisión del recurso) se dictará: ... 10.º Cuando se citan como doctrina legal principios que no merezcan tal concepto o las opiniones de los jurisconsultos a que la legislación del país no dé fuerza de ley»*: subrayados míos (J. C. G.).

estado de hijo natural de don ... (demandado), no procede condenar a éste a su reconocimiento como tal hijo natural.

2. Que no es de apreciar temeridad en la parte a efectos de costas.

FALLAMOS que *debemos desestimar y desestimamos la demanda* deducida por doña ... en nombre del menor ... contra don ... *sobre reconocimiento de hijo natural*, tramitada con intervención del Ministerio Fiscal; y, en su consecuencia, *que debemos absolver y absolvemos a dicho demandado, sin hacer declaración sobre las costas de ambas instancias.*

COMENTARIOS

I. UNA INTRODUCCIÓN PREVIA

La primera cosa que suscita la lectura del íntegro contenido de la sentencia precedente es la de una notable *perplejidad*. Perplejidad derivada de la 're-historificación' efectuada por el Ponente, cuya manera peculiar de presentar en cada caso el supuesto debatido se venía caracterizando por una enorme prolijidad y un meticuloso examen de los *hechos* habidos y/o probados hasta el punto de que en la mayoría de las sentencias de este Ponente los llamados «considerandos» podían ser *vaciados de facto* al colocar cada cosa en su sitio respectivo. Perplejidad que en el caso de autos es más notable, ya que la sucesión de hechos producidos *ya no se extrae tan sólo* de la previsible inclusión en los Considerandos de la sentencia, sino que hay que proceder a su extracción *de aquí y de allá* a lo largo de esa re-historificación presentada por el Ponente.

La segunda cosa que me suscita esta sentencia, consecuencia a su vez de la impresión inicial aludida, es la de la *extrañeza*. Extrañeza causada por este nuevo e inhabitual *proceder* metodológico del Ponente, que conduce a la pregunta lógica de ¿por qué? Es decir, ¿cuáles de los hechos elegidos en este litigio son los dignos de ser tomados en consideración? ¿Solamente los de los Considerandos? ¿Los desperdigados por entre la maraña de escritos, argumentos de las sentencias de 1.ª y 2.ª instancia, motivos del recurso de casación? A la hora de la verdad, y contando con la importancia de la *reconstrucción de los hechos* del pleito o antecedentes, la historia 're-presentada' ¿será la que figura en los Considerandos de la sentencia, será la que yo he elaborado a partir de la fragmentación encontrada? Queda en pie esa duda de cuál era la verdad *histórica* en este pleito.

La tercera cosa es la curiosa presentación *sociológica* del caso de autos, con una gama de particularidades notables que lo enmarcan para ser diferenciado de otros supuestos similares, como, por ejemplo, el haber ocurrido los hechos en una enorme ciudad de Cataluña, dentro de un *ambiente económico-social* muy elevado (la familia del demandado —presunto padre— tenía resonancias nobiliarias) (32) y precisamente *ante un grupo muy reducido* de personas (33). Toda esta serie de *particularismos*,

(32) En el habitual resumen inicial de esta sentencia propio de esta REVISTA y en la presentación de los hechos se han eliminado intencionadamente los apellidos, siendo sustituidos ambos litigantes —presuntos padre y madre— por sus respectivos nombres de pila.

(33) Este inciso aparece intencionalmente subrayado, dado el especial tratamiento que a este punto se dio tanto en el Recurso como en los Considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo.

contrariamente a lo que cabría pensar, *habían sido tenidos muy en cuenta*, con una notable dosis de *inmediatividad* procesal, por el Juzgado de 1.ª Instancia y por la Audiencia Territorial.

La cuarta cosa a observar es el *ámbito personal* de ambos litigantes: ella, la actora, de nacionalidad *británica* y de cierta posición social (al parecer), y él, el demandado, aparte de su pertenencia a determinada familia o linaje prestigioso, inmerso en una problemática social juvenil muy en boga a finales de la década de los años sesenta. Si en este momento y lugar cupiera el recurso a un *símil histórico retrospectivo*, yo diría:

«... Corrían los últimos años de la década de los sesenta. En todo el mundo occidental se había producido una explosión juvenil, preparada por nuevas modas en vestidos, peinados, actitudes vitales, propiciada por el movimiento *hippy* y que tenía su culminación en la revolución del mayo francés de 1968, en la protesta generalizada contra la guerra del Vietnam y, sobre todo, en la gran apertura musical de «The Beatles».

En la España oficial de aquellos años se intentaba controlar por todos los medios los efectos de esta explosión juvenil a nivel mundial. La monolítica radiodifusión estatal prohibía, inútilmente, la difusión de la música «peligrosa» para la salud moral de la juventud española, pero *de facto* la implantación entre los jóvenes españoles de la nueva música *pop* de los jóvenes melancólicos ingleses era total y absoluta. Pero no sólo era una música importada: había también toda una nueva filosofía de la vida, unas actitudes humanas nuevas, unos efectos nuevos no previstos: el culto a la no violencia, el rechazo de toda guerra, una nueva forma de entender el amor... Con la importación de la música de «The Beatles» llegaba también el re-descubrimiento de la cultura y música de la India, con el *sitar* de Ravi Shankar (34), convertido en el nuevo *guru* musical, tras el aprendizaje que con él hiciera el beatle George Harrison. Todo lo oriental estaba de moda: música, flores, incienso, yoga... Había que ir al *reencuentro* de uno mismo, luchando contra todo tipo de violencia... Había que ir a una nueva forma de amar, sin egosmos, con entrega recíproca, sin formalismos... y, sobre todo, había que ir a la India...» (35).

Con el recurso retro-histórico utilizado he pretendido hacer un resumen globalizado de *lo que podía ser* un ambiente juvenil de aquellos años con una cierta dosis de 'progresía' implícita. Por supuesto que se trata de un recurso y de una descripción genéricas, en la que el 'ambiente

(34) Puede afirmarse rotundamente que los fenómenos de audliencia de músicos por enormes masas juveniles comenzaron con 'THE BEATLES' y con RAVI SHANKAR: este último, con su encubramiento en USA en 1967, propició las grandes concentraciones juveniles de Monterrey, San Francisco y, sobre todo, Woodstock, que registró —según las crónicas de entonces— «la mayor audiencia jamás conocida en la Historia de la Música».

(35) Creo que este *símil* que me he permitido utilizar en este lugar podrá ser perfectamente entendido por aquellos lectores comprendidos entre los treinta y los cincuenta años. Por supuesto, y de ello soy consciente, esta descripción y este marco podían y debían ser mucho más amplios, las connotaciones sociológicas podían incrementarse, pero no es éste el momento ni el lugar adecuados. Baste ahora este recurso retórico.

especial' de ambos litigantes en la gran ciudad podría muy bien ser enmarcado sin problemas. No digo que el supuesto de autos encaje de pleno en un ambiente tal, pero creo que *no sería nada descabellado el suponerlo*. Como una última reflexión final en este punto, notar la incidencia de *la elevada posición social del demandado*, dado que muy pocos españoles podían en 1969 viajar al extranjero, mucho menos hacer un largo viaje a la India, y muchísimo menos permanecer en la India varios meses...

La quinta cosa a anotar radica en la dimensión *normativa* del caso, con la referencia a la inacabable problemática del antiguo artículo 135 del Código Civil y su conexión con el Derecho catalán: ¿Cuál era la correcta normativa aplicable al caso?

Hechas estas consideraciones preliminares, voy a apuntar algunas someras reflexiones en estos puntos: la prueba de la paternidad, la posesión de estado, la valoración judicial de la prueba, el cotejo entre varias Sentencias del mismo Tribunal Supremo y la dependencia familiar.

II. EL TEMA DE LA PRUEBA DE LA PATERNIDAD

La dimensión *normativa* del tema conducía a distinta consecuencia, según fuera la norma a aplicar: de un lado, el antiguo *artículo 135 del Código Civil* en sus dos conocidos números exigía, o el escrito indubitado, o la posesión de estado; de otro lado, los *artículos 4 y 5 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña* admitían toda clase de pruebas. De donde se sigue la importancia de la normativa a aplicar en el caso litigioso: de elegirse la norma del Derecho del Código Civil, más restrictiva en la materia, había que pechar con la carga de la prueba, siempre dificultosa y máxime dentro de los estrechos cauces del escrito indubitado o de la posesión de estado; de elegirse la norma especial catalana, la prueba estaba más facilitada.

Al haberse decantado *la demanda* por la norma del *Código Civil*, era lógico que la prueba fuera más difícil y objeto de una mayor atención especial por el juzgador en cada instancia. Ahora bien, *una cosa es* la difícil opción de la demandante al elegir la normativa y *otra cosa es* la prueba *biológica*: el enlazar ambas ideas es una maniobra muy sutil del *Recurso (Motivo 12)* que no deja de ser una mera suposición, aunque entiendo que debió influir decisivamente en la mente del Ponente. Ello, aunque en la Sentencia *no se alude para nada* a ese Motivo 12 en los Considerandos.

Todo *el planteamiento del Recurso* es muy hábil, comenzando con el ataque global contra la aplicación de la normativa del Código Civil *en los cinco primeros motivos*. Que la naturaleza de las cosas llevaba a la exigencia del estatuto *personal* parece evidente, que la violación de los artículos 9, 14 y 15, y 12 del Código Civil era constatable parece también claro, que la normativa a aplicar *debía haber sido* la catalana era previsible ... *pero todo ello eran cuestiones nuevas* no susceptibles de ser tratadas en casación.

Por lo expuesto, considero acertada la postura del Ponente al *rechazar* los dichos *cinco motivos primeros* del Recurso en el *Considerando 10*

basándose en el artículo 1.729, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (36). Lo que no deja de ser curioso es ese interés del Ponente por aludir de alguna manera a la legislación catalana cuando acaba de rechazar todos los motivos que a ella se refieren, y así el *Considerando 11*, último, no deja de ser un mero *obiter dicta* (37) que, pese a ello, no deja de plantear dificultades a los intérpretes, sobre todo a los catalanes. Por ello, creo oportuno citar aquí a los más representativos de ellos en cuanto al punto de la *prueba* de la paternidad, lo que se hace seguidamente. Para cerrar este tema, no hay que perder de vista que el señor Ponente se refiere expresamente —*sin citarlos*— a los motivos 1.º y 4.º en los dos apartados 1.º y 2.º de este Considerando 11, pero *nada dice* de los motivos 2.º, 3.º y 5.º en relación con el estatuto personal.

Finalmente, la más reciente y autorizada *doctrina catalana* se ha referido a esta Sentencia, aunque siempre algo de pasada y sin darle excesiva importancia. Parece claro que en el Derecho catalán siempre hubo mayores facilidades para la admisión de toda clase de pruebas en orden a la admisión de la paternidad o maternidad ilegítimas (38), siguiendo con ello su mejor tradición jurídica. Muy agudamente pudo escribir CASALS COLLDECARRERA que «de lo que se trata *en esencia* es determinar si se concede al hijo una amplia libertad de investigación de la paternidad biológica, o si, por el contrario, en plena hipocresía jurídica, de lo que se trata es *únicamente de conceder al hijo la posibilidad de una declaración confirmatoria de una APARIENCIA SOCIAL DE PATERNIDAD DE QUE GOZA LA POSESION DE ESTADO COMO TAL HIJO, POR ACTOS DEL PRESUNTO PADRE, absolutamente independiente de la verdad biológica*» (39). Así centrado el tema, todos los autores catalanes están de acuerdo en que cabe la prueba biológica de la paternidad en el Derecho catalán, a diferencia del Código Civil. Queda tan sólo en pie el punto referente a la prueba *jurídica* de la paternidad, o de otra manera, si cabe la compatibilidad o coexistencia de las normativas de la Compilación y del Código Civil (art. 135). Para ROCA SASTRE, la declaración judicial de paternidad o maternidad ilegítimas admitida por la Compilación catalana *EXCLUYE la aplicación en el Derecho civil catalán de lo dispuesto en los artículos 135, 136, 1.º; 137 y 139 y siguientes del Código Civil* que regulan el llamado reconocimiento forzoso u obligado de los hijos ilegítimos..., *MAS NO EXCLUYE la aplicación de los antes citados artículos del mismo Código Civil EN CUANTO REGULAN el reconocimiento voluntario de los hijos ilegítimos que reúnan la condición de hijos naturales*» (40); para PINTÓ RUIZ, «lo que el exégeta, en fin, debe advertir y puntualizar es que *estos medios de prueba —escrito inducido y posesión de estado— pueden ser bastantes para producir la con-*

(36) En la redacción de 1881 decía este artículo 1.729, 5.º, LEC: «.. 5.º Cuando la ley o doctrina citadas se refieran a *cuestiones no debatidas* en el pleito».

(37) De la misma opinión son PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, tomo II, Barcelona, 1979, pág. 433: «Últimamente la Sentencia de 17 de mayo de 1974 —*acaso como declaración meramente incidental*— dice sin hacer distinguos que la Compilación catalana permite el principio de investigación de la paternidad incluso después de la muerte del padre presunto». Subrayado mío (J. C. G.).

(38) Véase CASALS COLLDECARRERA: «La investigación de la paternidad natural en el Derecho Civil de Cataluña», en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, Barcelona, enero-diciembre 1966; POU DE AVILÉS: «Investigación de la paternidad», en *Revista Jurídica Catalana*, 1968, abril-junio, pág. 311, y ROCA SASTRE: «La investigación de la paternidad o de la maternidad ilegítimas», en la obra *Estudios de Derecho Civil Especial de Cataluña*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, tomo I, págs. 41 y ss., y allí la cita detallada de los anteriores citados.

(39) Véase CASALS *Op. cit.* Subrayados míos (J. C. G.).

(40) Véase ROCA SASTRE: *Op. cit.*, pág. 68. Subrayados míos (J. C. G.).

vicción —con otros medios— *de la existencia de la paternidad biológica*, que es la que en Cataluña interesa *para atribuirle la jurídica, pero tales medios no son los únicos admisibles, ni producen un efecto excluyente de los demás*. Hoy, repetimos, *son admisibles toda clase de medios de prueba*, y hay que poner especial énfasis en que la ciencia no sólo permite verificar la imposibilidad de que una persona sea padre de otra (aspecto *negativo*), sino que incluso puede alcanzar verosimilitud *positiva*. es decir, *generar convicción* de que una persona sea efectivamente el padre de otra» (41); y, entre la más reciente doctrina, PUIG FERRIOL y Roca TRIAS entienden —en orden a *la no vigencia* en Cataluña del artículo 135 del Código Civil— que «esta no vigencia debe interpretarse en el sentido de que *cuando existan escrito indubitado o posesión de estado de hijo natural*, TALES HECHOS SERAN UNO DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA *de que podrá valerse el juzgador para establecer judicialmente* —pero *sin carácter vinculante— la relación paternofilial*. Esta es la interpretación que creemos debe darse a la Sentencia de 17 de mayo de 1974» (42), opinión que entiendo es la adecuada y que comparto plenamente.

III. EL TEMA DE LA POSESIÓN DE ESTADO

Este tema había sido objeto de *un desarrollo* especialísimo y muy cuidado en el Recurso en los Motivos 7.º, 8.º, 10, 12 y 13, aunque en síntesis *cabría reconducir* el Motivo 13 al 7.º y el 12 al 8.º: *de una parte*, la denuncia de la aplicación indebida del artículo 135 del Código Civil, por «no hallarse» el menor (demandante por medio de su madre) en la posesión de estado de hijo natural, precisando los conceptos de adquisición y pérdida de dicha posesión y rechazando la aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1935; y, *de otra parte*, el argumento de la interpretación errónea del artículo 135 del Código Civil en cuanto al *concepto jurídico* de la posesión de estado, aunque con una referencia muy sutil al Considerando 3.º de la Sentencia recurrida, *cuya valoración efectúa sustituyendo por la del recurrente la efectuada por el juzgador de instancia*. Es muy importante este dato, así como la importancia concedida por el Tribunal Supremo a *estos motivos aquí indicados*, ya que parecen constituir la fundamentación de la decisión de *acoger* el recurso.

En efecto, el Tribunal Supremo recoge en los Considerandos 4.º, 7.º y 8.º estas argumentaciones del recurrente, de manera que, a mi juicio, son estos Considerandos los constituyentes de la *ratio decidendi* de esta Sentencia. En el Considerando 4.º, fundamental, define *cuáles* son los *actos integrantes de la posesión de estado*, los engloba en la expresión '*nomen tractatus, fama*', dice que son el *tractatus* y la *fama* los que tienen especial relieve, por manifestar la publicidad y la continuidad, y señala como actos REVELADORES DE LA VOLUNTAD DEL PADRE *ad exemplum* los de alimentarle educarle, etc., con una remisión final genérica al Código francés, sin indicar cuál norma es. Pero, una vez sentada esta *posición general* acerca de lo que el Tribunal Supremo —aquí, el Ponente— entiende por

(41) Véase PINYÓ RUIZ: «Comentarios a los artículos 4.º y 5.º de la Compilación de Cataluña», en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Ed. EDESA, tomo XXVII, vol. 1, Madrid, 1981, págs. 216 y ss. Subrayados míos (J. C. G.).

(42) Véanse *Fundamentos*, cit., tomo II, pág. 436. Subrayados míos (J. C. G.).

actos *reveladores* de la posesión de estado, lo lógico sería pasar a detallar la *conexión* con el supuesto litigioso, esto es, la hilación sería del Considerando 4.º con el *Considerando* 8.º, que es el que vuelve a referirse a los actos integrantes de esa posesión de estado. De este modo, a mi manera de ver, habrá que enlazar los Considerandos 4 y 8 para llegar a ser la verdadera *ratio decidendi* de esta Sentencia, ya que en la opinión del Ponente los *actos* realizados por el demandado como *reveladores* de que *consentía* aquella atribución de paternidad «sólo fueron realizados ante un reducido núcleo de amigos y durante un corto espacio de tiempo»... Argumentación ésta que suscita no pocas dudas y perplejidades, como paso a exponer aparte.

La argumentación aludida, *referida a los ámbitos espacial, temporal y personal* (destinatarios presuntos de tales actos), parece dejar un tema de por sí complejo y difícil en una nebulosa vaga caracterizada por la indefinición absoluta. O, de otro modo dicho, ¿cuántas personas destinatarias de los actos dichos deben computarse, a juicio del Alto Tribunal? ¿Bastarán tres, o serán cinco, o mejor 20, o quizá 40? ¿Qué debe entenderse por núcleo *no reducido* de amigos que posibilite esa posesión de estado? ¿Dentro de qué ambientes valdrán las demostraciones, será en la casa de la presunta madre, o será en la de uno y otro de los amigos, o habrá de ser en la casa del presunto padre necesariamente? ¿Cuánto es el tiempo mínimo, la remisión al año y día clásica en la posesión de cosas *incorporales*, o quizá bastará un mes, o será más seguro dos meses, o más de un año? Parece que estas y otras muchas preguntas suscitadas por la argumentación del Alto Tribunal nos llevan a resultados también altamente insatisfactorios. Demasiadas cuestiones en el aire y sin resolver. Claro que no soy solo en pensar así, como lo prueba que distinguidos comentaristas —más tempestivos y oportunos en la fecha del comentario que yo— ya habían entrevisto esta consecuencia, y así se dijo que «... algunas de sus afirmaciones, de admitir su generalización, resultarían peligrosas y constituirían (*sic*) (43), francamente progresiva en los últimos años, sobre la interpretación del artículo 135 del Código Civil».

En esta materia de *la posesión de estado*, tan delicada y compleja, parece no caben generalizaciones excesivas, ya que lo sensato, lo *prudente*, lógico, es la atención preferente a las especiales circunstancias de cada caso concreto. De ahí que comparta plenamente las afirmaciones de J. Díez del Corral al aludir a que *dos puntos de esta Sentencia principalmente requieren matización*: a) la exagerada importancia que atribuye a la *fama* (posesión pública y no clandestina) como elemento constitutivo de la posesión de estado, *lo cual se halla en contradicción con la opinión doctrinal común, y recogida, por cierto, en múltiples Sentencias del Tribunal Supremo*, que destaca el *tractatus* como *factor primordial* de la posesión de estado de hijo natural, como consecuencia lógica de que *sólo el trato del padre puede servir de base a actos* que constituyan un reconocimiento *tácito o presunto* del mismo...; b) *el peligro que supondría no flexibilizar* el requisito de que la repetida posesión sea 'con-

(43) Así en la revista *Anuario de Derecho Civil*, 1975, pág. 295 aunque el comentario no aparece firmado, por su estilo parece ser obra de J. Díez del Corral. Entiendo que, al parecer, *hay una línea omitida*, cuyo sentido probable es el de que «esta sentencia viene a significar una postura regresiva en contra de una tendencia última del Tribunal Supremo francamente progresiva», etc.

tinua', como exige el artículo 135. En efecto, *interpretando literalmente este requisito se llegaría a permitir la injusticia de que el padre pudiera, yendo ilícitamente contra sus propios actos anteriores, interrumpir a su arbitrio la posesión ya adquirida por el hijo, y aún más, se alcanzaría el resultado absurdo —defendido, sin embargo, en el motivo 7.º del Recurso— de convertir en inaplicable el artículo 135, 2.º, del Código Civil, puesto que si, el hijo tiene que hallarse en la posesión de estado en el momento de interposición de la demanda, no se comprende para qué va a ser preciso el ejercicio de la acción. Esta presupone la actitud negativa o desfavorable del padre y, por tanto, que aquél ya no se encuentre en el estado que antes hubiera ostentado. Por lógica elemental la expresión 'cuando se halle' utilizada por Código ha de equivaler a 'cuando se halla encontrado' en la posesión continua del estado de hijo natural del padre» (44).*

De donde cabe deducir que tanto la opinión doctrinal citada como la mía propia hacemos especial hincapié en la importancia del *Motivo 7.º del Recurso*, que, aunque no aludido, es recogido, junto con el *Motivo 8.º en el Considerando 7.º del Tribunal Supremo*, con cuya decisión se llegaría al resultado previsible de la práctica imposibilidad de plantear una demanda en base a la reclamación de filiación derivada de actos integrantes de la posesión de estado, ya que en unos casos no sería ésta *continua* y en otros casos no sería *pública*.

Al tema de la *posesión de estado* se ha referido nuestra doctrina especializada, y en este lugar no cabe sino remitirse a ella (45). Conviene, una vez más, aludir a A. M. LÓPEZ LÓPEZ, que rechaza enérgicamente la usual equiparación jurisprudencial entre posesión de estado y reconocimiento *tácito* y que entiende que *la única fórmula general* es la de la idea de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1903* en el sentido de que «las circunstancias de cada caso determinarán el alcance y trascendencia de los actos significativos y demostrativos de la posesión continua de estado de hijo natural».

No deja de ser curioso la especial matización de que *en los Motivos 6.º, 10 y 11* se denuncian el error de Derecho en la apreciación de la prueba *por la vía procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* —en la redacción de 1881—, lo que coincidía con la reiterada exigencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que entendía desde siempre que «la cuestión de si existió o no existió posesión de estado es un tema de hecho de la libre apreciación del Tribunal de instancia, sólo impugnabile en casación por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (Sentencias de 19 y 30 de enero de 1931, 16 de enero de 1932, 29 de noviembre de 1958, 3 de diciembre de 1960, 7 de noviembre de 1961 y 4 de abril de 1962, y 13 de

(44) Véase en *Anuario de Derecho Civil*, cit. Subrayados míos (J. C. G.).

(45) Sin ánimos de exhaustividad cabe citar aquí: PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, Derecho de Familia, tomo IV, vol. 2.º, ed. 1970, págs. 109 y ss.; LACRUZ-SANCIO: *Derecho de Familia*, Ed. Bosch, 1966, pág. 105; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español, común y foral*, Derecho de Familia, tomo V, vol. 2.º, 7.ª ed., 1958, págs. 65 y ss., especialmente 73 y ss.; MARTÍNEZ CAL-CERRADA: *Discriminación en la filiación extramatrimonial*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, págs. 344 y siguientes.

De una manera especial, A. M. LÓPEZ LÓPEZ: *La posesión de estado familiar*, Sevilla, 1971, páginas 125 y ss., especialmente 133 y ss.

Pueden verse también sobre este particular mis *Comentarios* a las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1973 y 14 de noviembre de 1973 en esta Revista, 1983, núm. 557, págs. 1006 y siguientes, y núm. 558, págs. 1325 y ss., y allí amplias referencias bibliográficas.

julio de 1973 —inciso final del Considerando 2.º—, entre otras). Ahora bien, hace años ya puso de relieve agudamente Díez PICAZO que, «en puridad, son '*quaestiones facti*' los hechos sobre los que intente montarse la idea de posesión de estado, verbigracia, si el padre tena al hijo consigo, ... *pero la valoración y calificación jurídica de estos hechos, EL DETERMINAR SI PUEDEN SER O NO CALIFICADOS COMO CONSTITUTIVOS DE POSESIÓN DE ESTADO ES YA UNA 'QUAESTIO IURIS'* y su cauce procesal en casación debe ser el del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (46).

Parece claro que con las argumentaciones del recurso —*Motivos 6.º, 10, 11 y 9.º*— la calificación y valoración de las pruebas habidas en el litigio es una *quaestio iuris* que hábilmente efectúa el letrado recurrente *sobreponiendo sus tesis* a las del juzgador de instancia. Esta argucia procesal, rechazada en múltiples ocasiones por el Tribunal Supremo, es, en el presente caso, *acogida* complacientemente por el Ponente, que recoge las conclusiones *subjetivas* del recurrente, haciéndolas prevalecer sobre las *objetivas* del juzgador de instancia (47).

Finalmente, sólo aludir a que las afirmaciones siempre genéricas efectuadas por el Ponente en orden a la posesión de estado, las referencias a que los actos reveladores de tal posesión sean «reveladores *de la voluntad* del padre» (Considerando 4.º) o «reveladores *de que consentía* aquella atribución de paternidad» (Considerando 8.º), parecen una vez más aludir a la vieja equiparación entre reconocimiento *tácito* y posesión de estado, denunciada por nuestra mejor doctrina y hoy abandonada.

IV. EL TEMA DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

A) *En general*

Aunque aludido el tema incidentalmente en el epígrafe precedente, al tratar de la reflexión aportada por el magisterio de Díez PICAZO, trato aquí de la relación de este punto con los sucesivos planteamientos a lo largo del pleito.

Por parte del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA se había hecho una valoración de la prueba *en función directa de la inmediatividad* de dicho juzgador operando sobre los hechos y sobre las pruebas presentadas. Y digno de resaltarse que toda la argumentación había sido recogida por la AUDIENCIA TERRITORIAL, que insiste en la importancia y calidad de la prueba presentada. Parece cuando menos improbable que tanto un Juzgado de 1.ª Instancia de Barcelona —servido por un Magistrado, no se olvide— y una Audiencia como la de Cataluña pudieran equivocarse tan palmariamente como parece desprenderse del Considerando 6.º.

Lo evidente es que en el Recurso —*Motivos 6.º, 9.º, 10 y 11*— se ha operado un *cambio de valoración jurídica* de las pruebas practicadas, y, muy en especial, se ha ligado todo ello a la idea del rechazo global de la prueba de *presunciones* (Motivo 9.º).

(46) Véase Díez-PICAZO: «De nuevo sobre reclamación de la filiación natural (Comentario a tres sentencias del Tribunal Supremo)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1962, pág. 230: subrayados míos (I C G.).

(47) Todo lo contrario que había hecho el Ponente de la Sentencia de 14 de noviembre de 1973 —véase en esta REVISTA, 1983, págs. 1325 y ss.—, que en su Considerando 1.º rechazó este método.

Curiosamente el Ponente en el Considerando 7.º *parece aludir implícitamente* a los Motivos 7.º y 8.º, *pero para nada habla del Motivo 9.º*, que es el que muy probablemente está *in mente* al tomar la decisión. No está de más el aludir muy ligeramente a esta materia de las presunciones.

B) *En especial, la prueba de presunciones*

Como acabo de exponer, denunciado el uso de esta prueba en el *Motivo 9.º* del Recurso, para nada se alude al mismo. Lo que no se sabe es si no se tomaba en consideración por el Ponente, o si lo hizo sin exponerlo. Contrasta esta actitud con la del Ponente de la *Sentencia de 14 de noviembre de 1973* —caso Carrasco v. Cárdeno— (48), que rechaza este argumento y declara bien hecha la valoración de la prueba por el juzgador de instancia.

En cuanto a la prueba de *presunciones*, en este lugar sólo cabe una remisión general a la obra de nuestra más reciente doctrina procesalista, y muy en especial a la de M. SERRA DOMÍNGUEZ en su comentario a los artículos 1.249 a 1.253 del Código Civil y sus atinadas reflexiones sobre esta materia (49) en orden a la habitual hipovaluación de la presunción, su diferencia respecto de la prueba de indicios y a que *constituye un sistema normal de elaboración de hechos por el Juez* que se basa en los principios de normalidad, causalidad y oportunidad, de tal forma que la presunción tiene una sustantividad en el ámbito probatorio y viene a ser *el elemento vital del mecanismo de la prueba*. Nada que añadir a estas sensatas reflexiones del distinguido especialista.

V. EL COTEJO CON SENTENCIAS RECIENTES DEL TRIBUNAL SUPREMO

De una manera directa cabe aquí aludir a las decisiones más próximas *en el tiempo* que nuestro Alto Tribunal había efectuado en temas relativos a *la posesión de estado* y las *pruebas* presentadas. Lo hago aquí someramente, sin extensiones innecesarias:

o *Sentencia de 13 de julio de 1973 (Albareda v. Pérez) (50):*

.. *Hechos o particularidades notables del caso:*

Haberse desarrollado en una gran ciudad, prueba de cartas autógrafas del presunto padre en poder de la presunta hija, avanzada edad del demandado, inacción de la actora durante más de cuarenta años, hechos relevantes socialmente efectuados respecto de la presunta hija por el demandado indiciariamente demostrativos de una posesión de estado.

.. *Sentencia (Considerando 5.º):*

(48) Véase en esta REVISTA, 1983, págs. 1325 y ss.

(49) Véase en la obra colectiva citada *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Ed. EDESA, Madrid, 1981, tomo XVI, vol. 2.º, págs. 543 y ss., especialmente 575 y ss., y 585 y ss.

(50) Véase en esta REVISTA, 1983, núm. 557, págs. 1006 y ss., especialmente 1016.

Aquellos tres hechos (inscribirla en el Registro Civil, padrino del bautismo, padrino de la boda) es obvio que no integran la posesión *continua* del estado de hijo natural a que el artículo 135 del Código Civil hace referencia. *Se rechaza* el recurso.

○ *Sentencia de 14 de noviembre de 1973 (Carrasco v. Cárdeno) (51):*

.. *Hechos o particularidades del caso:*

Haberse producido en una pequeña población rural serrana, constancia y continuidad de la situación fáctica ante el vecindario, prueba de testigos importante, valoración social y jurídica en función directa de la *inmediatividad* del juzgador. Los hechos probados son decisivos.

.. *Sentencia (Considerando 2.º):*

Es la *ratio decidendi* la aceptación de los hechos probados y *el estado de opinión pública* de ser los actores hijos del demandado. Caracteriza la posesión de estado como *tractatus* o *reputatio*. *Estima* el recurso: e implícitamente la prueba de presunciones.

○ *Sentencia de 17 de mayo de 1974 (Teresa v. Fco. Javier):*

.. *Hechos notables del caso:*

Haberse producido los hechos en una gran ciudad; la demandante era extranjera y el demandado de elevada posición social; ambiente socioeconómico típico/tópico que en el año 1969 era propio de una progresía a lo *gauche divine*; especialísima situación familiar del demandado; prueba de *testigos* decisiva; Motivos del Recurso 6.º, 9.º, 10 y 11, que denuncian la apreciación de la prueba hecha por el juzgador de instancia (id. al *Motivo 2.º* del Recurso en la Sentencia de 14 de noviembre de 1973) y solapan la idea implícita de que debía haberse acudido por la actora a la normativa de la Compilación catalana.

.. *Sentencia (Considerandos 4.º, 6.º, 7.º, 8.º):*

Requiere el *tractatus* y la *fama* para la posesión de estado, con las notas de continuidad y de publicidad; alude a actos reveladores de *la voluntad del padre*; *a sensu contrario* exige que la posesión de estado de hijo natural se produzca ante un número *no reducido* de amigos y durante un *largo* espacio de tiempo; el requisito de la 'continuidad' es generalizado, sin flexibilizarlo; contradice otras Sentencias anteriores del mismo Tribunal Supremo. *Rechaza* el recurso: e, *implicitamente*, rechaza la valoración de las pruebas efectuadas por el juzgador de instancia.

(51) Véase en esta REVISTA, 1983, núm. 558, págs. 1325 y ss., especialmente 1329.

A la vista de este breve cotejo de las últimas decisiones del Tribunal Supremo en supuestos recaídos *sobre la posesión de estado de hijo natural*, parece oportuno señalar:

1.º De la comparación del Considerando 2.º de la Sentencia de 14 de noviembre de 1973 con el Considerando 6.º de la aquí comentada no resulta nada favorecida esta última. De haberse seguido el mismo criterio que en aquélla, se habría producido el rechazo global de las argumentaciones de los Motivos 6.º, 9.º, 10 y 11.

2.º El Considerando 2.º *in fine* de la Sentencia de 14 de noviembre de 1973 acude al remedio implícito de la contraprueba que directamente aprecia el juzgador de instancia, incluido el recurso a las presunciones. En la presente Sentencia el rechazo de las presunciones no deja de ser un puro contrasentido lógico.

3.º La prueba de testigos era de fundamental importancia, por la inmediatez y el conocimiento de los hechos, en este litigio, al igual que en la de 14 de noviembre de 1973: el rechazo de tal prueba porque los testigos sean un 'núcleo reducido' no deja de ser paradójico y conduce a soluciones poco satisfactorias.

4.º La estrechez del planteamiento de esta Sentencia quiebra una línea tímidamente aperturista de decisiones anteriores del Alto Tribunal, volviendo a interpretaciones superadas y viniendo a resultar una regresión en aquella línea dicha.

VI. EL TEMA SUBYACENTE DE LA DEPENDENCIA FAMILIAR

Una de las conclusiones más claras extraídas de este litigio, incluido el larguísimo escrito del Recurso de casación, es la derivada de las actitudes cambiantes, dubitativas, temerosas, etc., del demandado ante la posible *reacción de su familia* ante el hecho de que él haya engendrado un niño con la demandante. El muestrario sería completo si la entresaca de expresiones hubiera sido hecha por el Ponente. No siendo así, la cuestión es más difícil, ya que quedamos sin saber si el rechazo del Ponente es voluntario o involuntario, si los hechos aludidos y objeto de diversas pruebas son o no decisivos, etc. Limitándome al tema acotado en este lugar, distingo los hechos según se eligen o no por el Ponente para argumentar en sus Considerandos.

- *Considerando 1.º, apartados b), f) y g)*: «esperaba convencer a su padre», «su padre podía *desheredarlo*», «no podría *vivir socialmente como correspondía a su linaje*» (52). Ninguna referencia más.

- *Hechos que selecciono en los antecedentes*:

∴ *Demanda*: «su padre podía oponerse por razones de tipo *nobiliario*...»; «el aborto sería un *desprestigio y escándalo familiar*» (53).

(52) Subrayados míos (J. C. G.).

(53) Véase en el ep I (DEMANDA) subrayados míos (J. C. G.). De lo que parece desprenderse —en tan curiosa tesis— es que el aborto es causa de *desprestigio y/o escándalo familiar*, pero *no* el engendrar hijos.

- .. *Contestación*: «(su padre) no tenía prejuicios de casta, sangre o linaje», «(no procedía) a discriminar o seleccionar a personas en orden a su trato o amistad» (54) (55).
- .. *Réplica y conclusiones*: «(el demandado) niega la paternidad a partir de determinada fecha, que, sin embargo, prefería mantener oculta» (56) (57).
- .. *Recurso de casación, Motivo 7.º, inciso final*: «... (la familia) ante la que no caben faroles ni machadas —sic— como con los amigos, Y EN CUYA CASA Y BAJO CUYA OBEDIENCIA CONTINUA VIVIENDO el demandado JUNTO CON SUS PADRES Y HERMANOS» (58) (59).

2. Los posibles puntos de conexión en orden a la dependencia familiar

El tema sería objeto de interesante desarrollo por los investigadores de la moderna Sociología. Aquí no caben sino unas ligeras alusiones a algunos de los posibles puntos de conexión acerca de esa evidente *dependencia familiar* que tenía el demandado, como, verbigracia: la función actual de la familia moderna, el mantenimiento o no de la tradicional familia consanguínea y su crisis, el matrimonio y la familia nuclear actual, la procreación prematrimonial, la exogamia y la endogamia, el problema de la elección de la pareja y el grupo de los elegibles, etc. (60). De todos estos puntos aludidos podrían extraerse reflexiones de cierta validez para el supuesto litigioso, pero no es éste el momento ni el lugar para ello. Basten algunas indicaciones al respecto.

De lo que se desprende del litigio, la familia del demandado tenía un gran peso social y económico y parece funcionaba al viejo uso de las *familias consanguíneas de tipo patriarcal*, sin que le fueren aplicables las modernas ideas sobre la familia operando un «segundo nacimiento» del ser humano como persona sociocultural (61). Sí le eran aplicables estas palabras de R. LINTON: «una fuerte organización familiar consanguínea da a sus miembros un elevado grado de seguridad económica, pero les impone también muchas obligaciones...» (62).

También se desprende del litigio que el sistema de valores de la fami-

(54) Véase en ep. II (CONTESTACION A DEMANDA): no habría discriminación, pero sí podía 'desheredarle'. ¿En qué cosa quedamos?

(55) Todo este tema no deja de ser una pura *excusatio non petita*.

(56) Véase anteriormente en ep. III. subrayados míos (J. C. G.).

(57) ¿Quid en cuanto a la misteriosa fecha? No sabemos nada más.

(58) Véase en el Recurso, ep. VI, motivo 7.º, inciso final: subrayados míos (J. C. G.).

(59) Este párrafo es tremendamente revelador y plantea una serie de dudas razonables en el sentido siguiente: ¿Era el demandado mayor de edad? ¿Llevaba la 'obediencia debida' a la negación total de toda realidad extrafamiliar? ¿El reconocer una paternidad natural es equivalente a un 'farol' o a una 'machada'? ¿Había habido una especie de *metus reverentialis* hacia el padre para evitar la desheredación? Que todo esto sucediera en 1973 parece hoy increíble, pero todo era posible en España entonces.

(60) Véanse sobre estos temas, entre otros: E. FROMM, M. HORKHEIMER, T. PARSON y otros: *La familia*, Ed. Península, Barcelona, 3.ª ed., 1974, págs. 31 y ss., 123 y ss., 177 y ss. y 275 y ss.; A. MICHEL: *Sociología de la familia y del matrimonio*, Ed. Península, Barcelona, 1974, págs. 73 y ss., 105 y ss., y 168 y ss.; S. DEL CAMPO y M. NAVARRO: *Análisis sociológico de la familia española*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985, págs. 42 y ss., 76 y ss. y 135 y ss.; R. KÖNIG: *La familia en nuestro tiempo*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1981.

(61) Así, en R. KÖNIG: *Op. cit.*, págs. 83 y ss. Véanse también A. MICHEL: *Op. cit.*, págs. 73 y ss. y 105 y ss.; S. DEL CAMPO: *Op. cit.*, págs. 135 y ss., y LINTON en la obra colectiva de E. FROMM y otros, *cit.*, págs. 5 y ss.

(62) Véase en LINTON: «Historia natural de la familia», en la obra colectiva citada, págs. 21 y siguientes. subrayados míos (J. C. G.).

lia del demandado era del tipo tradicional, considerando como una 'des-honra' la *procreación prematrimonial* y el aborto (63).

Otra consecuencia evidente del litigio es el nexo estrecho entre la posibilidad de *exogamia* del hijo (demandado) con una mujer extranjera —o sea, de *fuera* del clan— y la amenaza de desheredación (64).

Una de las consecuencias más visibles del litigio es la relacionada con *el problema de la elección de a pareja o 'partner'* y su ligazón con el sistema de valores imperante dentro del círculo familiar (65). Dice expresivamente R. KÖNIG que «frente a un *ideal* de elección completamente libre, la más reciente Sociología ha mostrado sorpresivamente que *también hoy la elección no tiene lugar en un campo ilimitado*, sino que se enmarca en un estrecho y limitado ámbito»... (66). Suelen indicarse como *criterios* de homogamia los siguientes: *raza, nacionalidad, lugar de nacimiento, confesión religiosa, proximidad espacial, igual pertenencia de clase, igual sistema de valores* (incluso en política), *educación, nivel cultural, hábitos*... (67) (68).

Finalmente, en orden a *las interrelaciones de la pareja concreta Teresa-Fco. Javier*, que hubieran sido de enorme interés en este supuesto, nada sabemos. Parece poder inducirse un ambiente muy especial de progresía catalana elevada dentro del que se movían a gusto, que los criterios de selección y/o atracción eran algo homogéneos, que el psi-quismo del demandado no correspondía con el de la reacción de una persona madura ante unas relaciones prematrimoniales, que la sujeción/dependencia familiar era notable, que ella era británica... pero nada más se sabe.

De todas estas reflexiones pocas ideas claras podemos obtener, como no sea el esquematismo de los escritos de todo proceso.

(63) En orden a la procreación '*prematrimonial*' véanse KÖNIG, cit., págs. 100 y ss., y S. DEL CAMPO, cit., págs. 97 y ss.

Se señala por dichos autores que la diferencia más notable entre la procreación *prematrimonial* y la *extramatrimonial* es que en la primera citada suele existir normalmente la *intención de continuar la relación*: así, en KÖNIG, op. et loc. cit. Esto es lo que entendieron con toda lógica y sentido común tanto el Magistrado Juez en Primera Instancia como la Audiencia Territorial de Barcelona.

(64) En cuanto a la *exogamia* véase KÖNIG, op. cit., págs. 38 y ss.

Para el tema de la *desheredación en Cataluña* véase, por todos, la obra magistral de J. VALLET DE GORTISOLO: *Panorama del Derecho Sucesorio*, tomo I *Fundamentos*, Madrid. Ed. Civitas, 1984, páginas 489 y ss.

(65) En cuanto a la *elección del 'partner'* véase KÖNIG, op. cit., págs. 55 y ss., y S. DEL CAMPO, op. cit., págs. 76 y ss.

Gráficamente dice KÖNIG que «puesto que la mayoría de los sistemas jurídicos modernos reconocen una *reducción* del dominio paterno o parental *ya antes de que los hijos alcancen la mayoría de edad legal*, el matrimonio hoy parece competir exclusivamente al hombre y a la mujer que desean libremente contraerlo » De aquí se desprende con toda claridad que el demandado no tenía la libre *autodeterminación* en la elección de su pareja.

(66) Véase KÖNIG, op. cit., págs. 91 y ss. Ese estrecho y limitado ámbito —lo que vulgar y popularmente suele llamarse «cada oveja con su pareja»— es lo que científicamente se llama *homogamia*.

(67) Véase KÖNIG, op. cit., págs. 91 y ss. Los subrayados son míos, para así resaltar aquellos *criterios* que en el presente litigio parecían *preferentes*, tanto en orden a las características generales de las relaciones entre demandante-demandado como en orden a las previsibles preferencias de la familia del demandado.

(68) En el decir de KÖNIG, op. cit., págs. 92 y ss. «Es opinión generalizada —no compartida por el autor— de que en las situaciones de alta movilidad social aumenta el *contacto* entre personas totalmente extrañas y, por tanto, también diferentes: pues, por un lado, las personas buscan su pareja en la *inmediata cercanía espacial*, por muy dispuestos que estén a viajar... ».

Para una profundización en el punto de la elección matrimonial, véase la temprana obra de FRANCO RODOLFO SAVORGHAN: *La scelta matrimoniale*, Ferrara, 1924.

VII. RECAPITULACIÓN DE IDEAS

A la hora de cerrar este comentario, conviene traer aquí alguna de las *ideas básicas* que se han ido apuntando a lo largo de estas páginas precedentes, como sigue:

1.ª La re-historificación hecha por el Ponente causa una cierta perplejidad y deja la duda de cuál era la verdad *histórica* en este litigio.

2.ª La presentación del supuesto de hecho dentro de un *ambiente socio-económico elevado* de progresistas catalanes, junto a la *especialísima situación familiar del demandado*, podrían muy bien encajar en el símil histórico retrospectivo presentado.

3.ª La *dimensión normativa* parecía remitir el litigio a la legislación civil catalana, pero *era cuestión nueva* en casación, todo ello sin perjuicio de que los medios del artículo 135 del Código Civil —entre los que figura *la posesión de estado*— también eran válidos para el juzgador de instancia como un elemento de prueba más.

4.ª Los *Considerandos* 4.º, 7.º y 8.º son la *ratio decidendi* de esta Sentencia, configurando una posesión de estado *muy restringida y en contra* de decisiones *precedentes* del Tribunal Supremo.

5.ª La *valoración de la prueba* efectuada por el Juzgado y la Audiencia fueron de gran minuciosidad y en función directa de la *inmediatividad* sobre los hechos, *siendo sustituidas por la valoración jurídica* hecha por el letrado recurrente.

6.ª Del *cotejo* con otras Sentencias del Tribunal Supremo recientes en el tiempo no sale bien parada esta Sentencia aquí comentada, que viene a resultar una *regresión* en la tímida postura aperturista iniciada años atrás por el Alto Tribunal.

7.ª Parece claro que en el litigio *está incapsulado el tema de la dependencia familiar del demandado* y sus conexiones lógicas.

VIII. CONCLUSIONES FINALES

Una vez efectuada la presentación de esta Sentencia, con sus *posibles* antecedentes fácticos y los distintos escritos y fases del proceso, hasta la Sentencia del Tribunal Supremo, y después de aludir a los breves *comentarios* que suscita una somera reflexión sobre la misma en orden a la prueba de la paternidad, a la posesión de estado, a la valoración de la prueba, a la dedependencia familiar y al cotejo con otras decisiones recientes del Tribunal Supremo, parece posible cerrar estas notas y adelantar unas *consideraciones concluyentes* como sigue:

1.ª La Sentencia *no* procede al *cotejo* con otras decisiones recientes en el tiempo del Tribunal Supremo sobre temas similares, muy en especial con la de 14 de noviembre de 1973

2.ª La Sentencia implícitamente *rechaza* la técnica de las presunciones y *permite* el cambio de valoración jurídica de la prueba efectuado en el recurso.

3.ª La valoración jurídica de los hechos integrantes de la posesión de estado venía a ser una verdadera *quaestio iuris* y, en tal sentido, cobra relevancia lo escrito por Díez PICAZO años ha en orden al *cauce procesal adecuado*.

4.ª La *ratio decidendi* de esta Sentencia aparece contenida en los *Considerandos* 4.º, 7.º y 8.º relativos a los actos integrantes de la posesión de estado de hijo natural y a los requisitos de la publicidad y continuidad, interpretando el artículo 135, 2.º, del Código Civil muy rígidamente y conduciendo al resultado práctico de la indeterminación e inoperancia de la norma.

5.ª La Sentencia quiebra una línea moderadamente aperturista del Tribunal Supremo en este tema, contradice múltiples sentencias precedentes y no puede ser objeto de generalización. La decisión es claramente *regresiva*, dado su planteamiento del tema.

J. C. G.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

POR R. SÁNCHEZ DE FRUTOS

I. COMERCIANTES Y AUXILIARES

FACTOR; REPRESENTACION MERCANTIL (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1984).

Si la figura del factor mercantil requiere la existencia de un poder formalizado en escritura pública, dada la normativa del artículo 282 del Código de Comercio, puesto en concordancia con el número 5.º del artículo 1.280 del Código Civil, ello no excluye la posibilidad de una situación de hecho, con alcance y efectos jurídicos que aún sin ser determinante de la figura del factor establezca una vinculación representativa con eficacia de actuación del tercero contra el representado, a través de la actividad desplegada con relación a éste por el representante; puesto que siendo la base del Derecho mercantil la contratación en masa, como consecuencia de la necesidad de realizar simultáneamente negocios en lugares distintos, nada impide, en el campo de los hechos, como en el jurídico, que esa necesidad sea satisfecha mediante la institución de la representación jurídica, como forma de cooperación permisiva del desdoblamiento de la personalidad y la actuación múltiple simultánea, ya que no correspondiendo al Derecho mercantil investigar el concepto y fundamento de la representación, los conceptos que para el Derecho civil son punto de llegada para el Derecho mercantil son punto de partida, de tal manera que cuando se contemple concepto representativo de la representación llamada directa, reflejo de institución jurídica por la que una persona (representante) realiza un negocio jurídico en nombre y en interés de otra (representado), de modo que el negocio se considera como realizado directamente por ésta y a ella pasan inmediatamente los derechos y obligaciones nacidos de aquel negocio, lo que, unido a que pertenezca al Derecho civil, con proyección al Derecho mercantil, el problema de la distinción entre mandato y poder, y a que en Derecho mercantil estos conceptos no están ligados entre sí por modo necesario, pudiendo existir y actuar independientemente, como incluso expresamente viene admitido en Códigos modernos como el Federal suizo de las obligaciones y el alemán, a causa principalmente de que la seguridad del tráfico mer-

cantil así lo impone, y relacionado todo ello con que la esencia de la representación directa, tendente a satisfacer múltiples necesidades o conveniencias en el comercio, venga determinada por el dato decisivo del consentimiento al empleo del nombre, que, haciendo visible la gestión de un interés extraño mediante el empleo del nombre ajeno, anuda los derechos y obligaciones resultantes de la gestión del representante a la persona del representado, dado que el Derecho mercantil, por el mencionado prevalente carácter de protección de la seguridad del tráfico tiene que defender al tercero que contrate fiado en la apariencia de representación ilimitada.

II. SOCIEDADES

A) ANÓNIMAS

JUNTAS REQUISITOS DE CONSTITUCION CONFORME AL ARTICULO 64 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1984).

El artículo 64 es una norma de derecho necesario para la constitución válida de la Junta, en la que se han de tener en cuenta los requisitos especiales de convocatoria y quórum que establezcan los estatutos (artículo 58, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas), frustrándose la finalidad de la norma del artículo 64 cuando no se consigue averiguar el número de acciones asistentes y, por tanto, determinar el número exacto de las presentes en la Junta, ni comprobar quiénes, por no asistir a la Junta, pueden, conforme al artículo 69, impugnar los acuerdos tomados o ejercer el derecho de separación que la Ley regula.

JUNTAS ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS: DIFERENCIAS. APROBACION DE CUENTAS DE EJERCICIOS ANTERIORES (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1984).

La diferencia entre Juntas ordinarias y extraordinarias debe centrarse, como opina la generalidad de la doctrina científica, en su periodicidad o previsibilidad, en cuanto las primeras, por imperativo legal, deben reunirse cuando lo dispongan los Estatutos y necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio (art. 50 de la Ley), mientras que las extraordinarias se celebran siempre que lo requiera el interés de la sociedad, a juicio de los administradores o a solicitud de un número de socios que represente, al menos, la décima parte del capital desembolsado (art. 56), teniendo la consideración de extraordinaria toda Junta que no sea la prevista en el artículo 50 (art. 52).

Si bien la Junta ordinaria tiene atribuída como específica competencia la censura de la gestión social, la aprobación de las cuentas y balance del ejercicio anterior y la distribución de beneficios, ni tal asignación excluye que pueda conocer de cualquier otra materia, como se desprende del artículo 58, al atribuirse indistintamente a la Junta ordinaria o a la extraordinaria cuestiones como la emisión de obligaciones, el aumento o disminución de capital, la transformación, fusión o disolución de la sociedad y, en general, cualquier modificación de los Estatutos, y, como se reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley, al dar por supuesto que la Junta ordinaria puede «... tomar eventualmente cualquier acuerdo sobre asuntos que no estén reservados por la Ley o por los Estatutos a la administración de la sociedad», ni todo ello supone que la Junta extraordinaria no puede conocer válidamente, en determinadas circunstancias, incluso de las citadas materias de censura de gestión y aprobación de cuentas, pues, como dice la Sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 1968, nada impide que puedan ser sometidas a una Junta extraordinaria la aprobación del balance y cuentas del ejercicio anterior, cuando haya transcurrido el plazo marcado por la Ley para la celebración de la ordinaria sin que haya tenido lugar; todo ello sin prejuzgar las consecuencias de otro orden que pueden derivarse del incumplimiento por parte de los administradores de lo prevenido para la convocatoria dentro del plazo legal o estatutario de la Junta ordinaria, pues entender lo contrario equivaldría a la imposibilidad de cumplir, aunque sea tardíamente, un imperativo legal.

La convocatoria de las Juntas ordinarias y extraordinarias, así como su constitución y celebración, debe sujetarse a las mismas formalidades, según entiende con casi unanimidad la doctrina científica y declaró esta Sala en sus Sentencias de 30 de noviembre de 1963 y 27 de octubre de 1964; de cuyas premisas se deduce que si, con excepción de la periodicidad de las ordinarias, no existe diferencia sustancial entre éstas y las extraordinarias ni en cuanto a los asuntos a tratar, ni, desde luego, en cuanto a garantías respecto a convocatoria y celebración, es indudable que no puede hacerse depender de una simple cuestión de denominación la eficacia de los acuerdos tomados y, por tanto, no puede admitirse la nulidad de la convocatoria y celebración de la Junta general ordinaria de 30 de junio de 1980 sólo y exclusivamente por haberse aprobado en ella, aunque lo fueron en acuerdos separados e independientes, las cuentas de 1978 y las de 1979, es decir, por no haberse aprobado las cuentas de 1978 en Junta separada y extraordinaria.

LA CERTIFICACION DE LA JUNTA GENERAL NO ES DOCUMENTO AUTENTICO A EFECTOS DE CASACION.—CUANDO LA SOCIEDAD SOLO TIENE TRES SOCIOS QUE CONSTITUYEN EL CONSEJO DE ADMINISTRACION, NO PUEDE ALEGARSE LA FALTA DE CENSORES (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1984).

JUNTAS ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS: DIFERENCIAS. ASUNTOS A TRATAR EN UNA Y OTRA.—IMPOSIBILIDAD DE EXISTIR CENSORES CUANDO NO HAY ACCIONISTAS NO ADMINISTRADORES (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1984).

La argumentación, en base al artículo 52 en relación con el 11, número 3.º, apartado a), de la Ley de Sociedades Anónimas, de que en la convocatoria para la Junta general ordinaria fue incluido como punto tercero del orden del día el cambio del nombre de la sociedad, asunto que constituye modificación de los Estatutos y que por hallarse fuera del examen de la gestión social, aprobación de cuentas y aplicación de resultados, tenía que tratarse en Junta extraordinaria por imperativo del artículo 52 de la misma Ley, que exige Junta de tal carácter para el examen de toda materia que no sea de las mencionadas en el artículo 50, es improsperable, pues, según entiende la doctrina de los autores más caracterizada, junto con las cuestiones integrantes del orden del día de la Junta general ordinaria, de condición imperativa, a tenor del precepto últimamente citado, viene permitida la deliberación y la adopción de acuerdos sobre cualquier otro tema que no se halle específicamente atribuido por la Ley o por los Estatutos a la competencia exclusiva de la Junta extraordinaria o del Consejo de Administración, y en este sentido si la Exposición del Anteproyecto advirtió que «cualquier otro asunto, por grave que sea, podrá ser tratado indistintamente en una u otra Junta, siempre que, en su caso, se reúnan las mayorías previstas para decidir sobre determinadas materias que, por su gravedad, exigen intervención de mayor número de accionistas», el preámbulo de la Ley vigente señala que la ordinaria puede «tomar eventualmente cualquier acuerdo sobre asuntos que no estén reservados por la Ley o por los Estatutos a la administración de la sociedad», de manera, en suma, que es esencialmente la periodicidad legal o estatutaria de la reunión (arts. 50 y 57) la que confiere a la Junta su carácter, por lo que, sin duda, pudo ser llevada a la ordinaria el punto sobre el cambio de nombre con el que ha de girar la compañía, siguiéndose la validez del acuerdo tomado con la concurrencia de socios y de capital previstos en el artículo 84, párrafo segundo, en relación con el 58; criterio expuesto que viene corroborado por la Sentencia de 16 de octubre de 1956, que autoriza las modificaciones de los Estatutos acordadas en la Junta general ordinaria convocada con esta precisa finalidad y a la que inconcusamente pueden ser sometidas, según lo dispuesto con rotunda dicción por el citado artículo 58.

La actuación de los accionistas censores de cuentas, disciplinadas por normas de *ius cogens*, en cuanto que se trata de un órgano necesario para la fiscalización y censura de la gestión social mediante el estudio y la revisión del balance y de las cuentas de cada ejercicio previamente a su presentación a la Junta general ordinaria, según dispone el artículo 108 de la Ley, sólo podrá ser excluida en los casos en que su nombra-

miento no sea posible por la inexistencia de la dualidad de administradores y accionistas, como acontecerá frecuentemente en las sociedades anónimas sin accionariado múltiple («cerradas») o en las de modesto capital, con la administración desempeñada por todos los accionistas, que es el supuesto contemplado por este Tribunal en las Sentencias de 31 de mayo de 1957, 7 de febrero de 1967 y 30 de enero de 1974, pero la exigencia legal conserva toda su fuerza si existen cuando menos dos accionistas no pertenecientes al Consejo de Administración que puedan acometer la tarea de censura, según se deduce de la fundamentación en que se apoyan las Sentencias de 31 de mayo de 1957, precitada, y 4 de abril de 1984, que hace hincapié en que sólo es dable prescindir de tal designación «cuando por el escaso número de socios la sociedad no cuenta con dos accionistas que no sean administradores», lo que significa que basta la posibilidad de nombrar a dos, aún cuando no haya número bastante para formar la suplencia, para que no pueda ser eludida la actuación de los censores de cuentas.

B) LIMITADAS

ADQUISICION DE PARTICIPACIONES SOCIALES POR RESTANTES SOCIOS EN CASO DE FALLECIMIENTO DE OTRO U OTROS. PAGO DEL PRECIO (SENTENCIAS DE 5 DE MARZO Y 5 DE OCTUBRE DE 1984).

La modificación estatutaria que establece que, por fallecimiento de alguno de los socios, la sociedad continuará entre los sobrevivientes o restantes socios, que deberán adquirir, dentro del plazo de seis meses, las participaciones sociales del fallecido, apreciadas en su valor real, que, a falta de acuerdo, será fijado por tres peritos nombrados uno por cada parte y un tercero de común acuerdo, o, si esto no se logra, por el Juez, y una vez fijado dicho valor se abonará en tres anualidades iguales, devengando mientras tanto lo debido a los herederos el 5 por 100 de interés anual, no respeta el mandato del artículo 21 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, pues esta última previsión de la forma en que se asumirán las participaciones sociales altera de manera obvia el valor real de la participación, haciendo que sólo una parte de él llegue a los herederos, toda vez que prevé su aplazamiento de pago con un interés notoriamente inferior al usual, que, lógicamente, aminora el montante total del precio de las participaciones, perjudicando con ello a sus titulares y violando el artículo 21 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

III. TITULOS VALORES

LETRA DE CAMBIO: PROTESTO. EFECTOS DE SU FALTA (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1984).

El artículo 509 del Código de Comercio, según la doctrina de esta Sala, ha de interpretarse dentro de un complejo preceptual que abarca los artículos 450, 480 y 483, de los cuales el artículo 450 debe relacionarse con el 444 para concluir que la letra, por su carácter formal, ha de reunir, para llegar a existir, los esenciales requisitos del último, todos ellos indispensables para que surta efecto en juicio, sin que, por lo tanto (como explicó la Sentencia de 26 de febrero de 1982), comprenda aquél ni sea referible a la exigencia de presupuestos extracartulares para dotar al título de fuerza ejecutiva; siendo aplicable el artículo 480 en el sentido (Sentencia de 1 de mayo de 1952) de considerarse al aceptante constituido por su aceptación, en la obligación de pagarla a su vencimiento, con abstracción de la *causa debendi* si la letra adquiere rango de instrumento de crédito al ser puesta en circulación y si se procede a instancia de un tercer poseedor de la misma, frente a quien aceptó; sin que al aceptante le excuse del pago la falta de protesto, sólo indispensable (según las Sentencias de 6 de febrero de 1954, 7 de mayo de 1957 y la ya citada de 26 de febrero de 1952) para el ejercicio de las acciones de regreso contra el librador y los endosantes (conforme al art. 483), pero subsistiendo, aún sin el protesto, la acción cambiaria ordinaria contra el aceptante, todo según reiteradas declaraciones de esta Sala en Sentencias, aparte de las que se dejan citadas con anterioridad, dictadas principalmente a partir de la de 26 de octubre de 1961 (precedida de algún modo por muchas otras; así las de 13 de mayo de 1930, 23 de junio de 1944, 9 de febrero y 22 de marzo de 1948, 18 de noviembre de 1954, 13 de febrero de 1957, 17 de abril de 1958 y 30 de septiembre de 1959) y seguida por las de 23 de febrero de 1962, 21 de junio y 20 de diciembre de 1963, 19 de noviembre de 1964, 8 de junio y 6 de julio de 1966, 17 de junio de 1967, 5 de octubre de 1971, 27 de septiembre de 1974 y 22 de noviembre de 1976, hasta las más recientes de 9 de febrero y 4 de julio de 1981 y 12 de julio de 1983; doctrina legal superadora de la confusión que hacía coincidir la acción cambiaria con la ejecutiva y la causal con la declarativa, y en la que se contemplan las relaciones que se originan por consecuencia de la circulación de las letras de cambio entre sus diferentes elementos personales, entendiendo que quien se ha desprendido del importe de la letra tiene que ser amparado por acciones que le tutelen y a estas acciones se las denomina cambiarias, y tanto en el caso de que se haya integrado el título para que adquiriera o se revista de fuerza ejecutiva como en el caso contrario, pues si en el primero pierde su condición y fuerza de título ejecutivo, resta la vía ordinaria; quedando claro que existen acciones de naturaleza estrictamente cambiaria para ser hechas valer fuera del juicio ejecutivo, nacidas de la letra y desligadas de las relaciones extracambiarias; por todo lo cual, y ya dentro del caso, aún habiéndose omitido la diligencia de sacar el protesto, no por ello se ha perdido.

con la ejecutividad, también la acción cambiaria utilizable en la vía ordinaria, ya que la acción ejercitada ha sido la cambiaria ordinaria en virtud de la cual el legítimo tenedor de la letra, por habersele endosado a su favor por tomador distinto del librador, se dirigió contra el aceptante mediante demanda ordinaria, siendo dicha acción distinta de la ejecutiva que no podía ejercitar (mas sí la ordinaria cambiaria) por la omisión de la diligencia de protesto.

VI. QUIEBRAS Y SUSPENSIÓN DE PAGOS

DERECHO DE ABSTENCION: LA PRELACION COMO REQUISITO (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1984).

Aún cuando la *preferencia* y la *abstención* consideradas desde distintos planos de una estricta técnica jurídica puedan estimarse son derechos, facultades o privilegios de contenido e incluso naturaleza distinta, es lo cierto que el artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos, al proyectar la segunda de estas manifestaciones sobre los tres primeros números del artículo 913 del Código de Comercio, aún cuando no los identifique, subordina o condiciona la efectividad del *derecho de abstención* a la calidad de *preferencia* del crédito, con lo cual convierte el privilegio de *prelación* en un requisito previo para la consecución del de *abstención* y, consiguientemente, a éste en una subsecuencia de aquél.

Así centrado el tema discutido, se hace preciso seguir el *iter* del problema jurídico planteado en el recurso, que radica en determinar si los dos créditos objeto de debate merecen o no la cualificación de *preferentes* o *privilegios* a los efectos de gozar del beneficio de *abstención*.

LIBROS

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio: *Estudios de Derecho Agrario*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 1984, un tomo de 552 págs.

Frente a los «independentistas» del Derecho agrario, cada vez mejores y más numerosos, hay otros que se oponen abiertamente a los intentos de «fraccionar» el Derecho privado. Entre estos últimos, mi querido amigo y maestro el profesor ALBALADEJO dice que para que las nuevas ramas especiales que pretenden separarse del tronco del Derecho civil alcancen esa independencia, como verdaderas disciplinas jurídicas propias, se precisa que tengan autonomía legislativa, doctrinal, didáctica y científica.

¿Goza de tales tipos de autonomía el Derecho agrario? ¿Es de verdad una disciplina independiente o su contenido se nutre de otras ramas jurídicas principales, como el Derecho civil, el procesal, el administrativo y el fiscal? No es este el lugar adecuado para analizar a fondo el tema ni para entrar en discusiones, puesto que aquí sólo intentamos presentar y resumir un libro. Pero como en este libro se estudian precisamente diversos temas de Derecho agrario, no sobrará una breve pincelada sobre la cuestión.

Pueden oscilar las posiciones doctrinales desde la tajante separación hasta la opuesta, que considera que las normas agrarias son simple desenvolvimiento de las civiles, sin otra particularidad que su objeto rural, con abundante gama de posiciones intermedias. Con todo, lo cierto es que hay unos sujetos, una materia y unas actuaciones dirigidos de modo exclusivo al agro y por ello reclaman un tratamiento específico. La regulación diferenciadora del ámbito rural viene exigida por una realidad social y jurídica innegable. Este tema de las reformas agrarias es algo que actualmente preocupa a los legisladores y gobernantes del mundo entero. Es lógico que la doctrina también tome parte y estudie con un interés cada vez mayor esta materia.

La vocación agrarista puede darse en cualquier profesional del Derecho, pero normalmente se propicia con mayor intensidad en ciertas carreras que viven la realidad campesina en su propio ambiente, por su especial función. Así ocurre con los Notarios, Registradores de la Propiedad y Jueces, que en sus respectivas esferas sociales han de solucionar cuestiones del campo que se presentan casi siempre de modo palpitante. Por su preparación e inmediatez, estos profesionales del ámbito rural moldean día a día y de modo pragmático la vida jurídica de sus convecinos, llevando a cabo aportaciones de evidente importancia para la formación científica y práctica del Derecho agrario y teniendo que suplir en no pocos casos algunas lagunas normativas.

En la actual doctrina iusagrarista de nuestra Patria debe destacarse el papel de la Asociación Española de Derecho Agrario, que realiza una encomiable labor de difusión mediante cursos, congresos y publicación de

libros. Encuadra a valiosos profesores universitarios, juristas en general, profesionales de las ramas antes dichas y todos los que sienten preocupación por los problemas del campo.

Uno de los puntales de esta Asociación es ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, agrarista por vocación, enseñante y publicista, que ahora recoge y ordena en este libro varios de los trabajos que ha venido produciendo a lo largo de su extenso *curriculum* científico y profesional. Me releva de exponerlo el profesor JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, quien en el prólogo nos dice que ANTONIO AGÚNDEZ es un jurista con una amplia y completa formación y que ha desarrollado a lo largo de su vida una infatigable actividad como publicista y conferenciante, aparte de su vasta experiencia en la tarea de administrar justicia; ingresó muy joven en la carrera judicial, ejerció de Juez de Primera Instancia, Magistrado de lo Contencioso en las Audiencias Territoriales de Valladolid y Madrid y pasó al Tribunal Supremo, donde ha llegado, como queda dicho, a Presidente de su Sala Tercera. Es doctor en Derecho y profesor de Derecho civil en la Universidad a Distancia y en los cursos de la citada Asociación de Derecho Agrario. Por mi parte, añado que es una excelente persona, sencillo y afable, con cuya amistad me honro.

Aparte otros apuntes, el libro entra en materia con el trabajo «La empresa agraria y el concepto jurídico unitario de empresa», publicado en la *Revista de Estudios Agrosociales* de enero-marzo 1978. El autor nos dice que en cinco capítulos del Derecho civil aparece inscribible la empresa: En el del negocio jurídico, como contenido de actos de finalidad económica; en el de la personalidad, pues el empresario asume la responsabilidad de sus realizaciones; en el de objeto de derechos, pues la empresa supone un conjunto de bienes, derechos y relaciones; en el de ser una universalidad compuesta de elementos heterogéneos vinculados por un destino de productividad, y en el capítulo del patrimonio, como figura jurídica al mismo nivel que la persona o la familia. Para AGÚNDEZ todas las empresas tienen dos presupuestos básicos que nos sirven para obtener su concepto jurídico unitario: el de unidad patrimonial y el de responsabilidad del sujeto titular. La unidad patrimonial atañe al contenido de elementos componentes, unos de orden espiritual, otros de naturaleza personal y los otros de carácter material, proyectados en realización de actividades. La responsabilidad refleja los efectos de estas actividades en la persona que es su titular y en los bienes propios donde se concreta la imputación.

Empresario es el titular de la explotación agraria, y según el autor, no debe confundirse con el titular dominical de la finca; así lo ha calificado exactamente la jurisprudencia al resolver litigios donde se debatía quién era el sujeto obligado a pagar la cuota empresarial de la Seguridad Social Agraria: ha venido a decir que es titular de la explotación el empresario que la lleva y no el dueño de la finca. A continuación el autor recoge los criterios jurisprudenciales que nos acercan al concepto unitario de la empresa; resume varias sentencias, y de ellas deduce su concepto, naturaleza y caracteres. Dice que en la convergencia de la empresa agraria y la mercantil encontramos el concepto jurídico unitario de empresa: Unidad orgánica patrimonial, compuesta por elementos espirituales, personales y materiales y dirigida por su titular a producir bienes o servicios con la finalidad de obtener beneficios lucrativos. Su naturaleza jurídica se corresponde con la de un patrimonio especial.

La materia de *montes* es proclive a problemas administrativos y tributarios. AGÚNDEZ expone aquí la jurisprudencia contencioso-administrativa sobre temas forestales y especialmente sobre catálogo de montes de utilidad pública, deslinde y amojonamiento, aprovechamientos y repoblación forestal, daños y perjuicios, expropiación forzosa, temas tributarios y recursos administrativos y jurisdiccionales. Este trabajo, que se publicó en la *Revista de Estudios Agrosociales* de julio-septiembre de 1967, constituye un ordenado estudio jurisprudencial de gran valor práctico.

En el apartado de *reforma fundiaria* incluye un artículo titulado «Procedimiento de concentración parcelaria y régimen impugnativo de sus acuerdos», publicado en la revista antes dicha en 1966. Hace un esquema clarísimo de la normativa de esta institución y su procedimiento para abordar a seguido los recursos administrativos y contenciosos relacionados con sus operaciones con un detalle exhaustivo, concluyendo con los criterios jurisprudenciales, en los que recoge y resume ordenadamente las sentencias que el Tribunal Supremo ha dictado sobre la materia.

Bajo el rótulo de *reforma de estructuras* se presentan dos trabajos de Derecho comparado: uno relativo a las leyes peruanas de aguas y reforma agraria y otro sobre la ley francesa de fondos de acción social para mejorar las estructuras agrarias.

Respecto al Derecho español, hay dos estudios, ambos referidos a la llamada explotación familiar agraria, regulada por la Ley de 24 de diciembre de 1981. El primero es una crítica al proyecto legal expuesto en las reuniones promovidas por la Universidad de Valladolid y que publicó el Servicio de Extensión Agraria del Ministerio de Agricultura. El otro, inserto en la *Revista de Estudios Agrosociales* de julio-septiembre de 1982, contiene ya los comentarios al texto legal promulgado, con una mesurada crítica a su contenido.

Los contratos agrarios.—En este capítulo, tras hacer una profunda incursión por la materia contractual agraria en el Derecho italiano, el autor se centra en el estudio de la figura más típica, que es el arrendamiento de fincas rústicas en nuestro sistema.

Primero incluye un estudio crítico del artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940, que daba al propietario la facultad de compeler al aparcerero para que optase por abandonar la finca al término del contrato o convertirse en arrendatario de una parte proporcional. Este trabajo se publicó en la *Revista de Derecho Privado* de 1957. Es sabido que la cuestión se plantea en otros términos en los artículos 101, 6, y 119 de la nueva Ley.

ANTONIO AGÚNDEZ ha estudiado la vigente regulación de 31 de diciembre de 1980 en dos trabajos; uno de carácter genérico y amplio, publicado en la *Revista Poder Judicial* en junio de 1982, y otro sobre el tema específico de la expropiación arrendaticia, que vio la luz en la *Revista de Estudios Agrosociales* en octubre-diciembre de 1981. Ambos se incluyen ahora en el libro que comentamos.

El primer trabajo se titula «Anotaciones a la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos», y en él hace un estudio de los caracteres de este contrato bajo el enfoque de la nueva Ley. Nos dice que se configura como instrumento de la reforma agraria, porque lo pone en conexión con las leyes especiales de la política agraria y señala coordenadas de apoyo para la reforma agraria; el arrendamiento se regula para la empresa agraria, facilita el acceso del colono a la propiedad y marca un equilibrio entre el do-

minio y la posesión. Analiza los elementos y el contenido del contrato y estudia, junto a la aparcería, la nueva figura del arrendamiento parciario, en el que el arrendador sólo aporta la tierra y cobra en productos de la finca; acaba con un completo esquema de las garantías jurisdiccionales.

«La expropiación forzosa en los arrendamientos rústicos» es el título del segundo trabajo que recoge el texto de su conferencia dentro del ciclo organizado por el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario en 1981, donde AGÚNDEZ nos demostró su profundo conocimiento del tema. Empieza diciendo que el artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Rústicos no trata, aunque lo parezca, de la expropiación de los derechos del arrendatario, sino de la expropiación de la finca arrendada. Para poder intervenir el arrendatario en el expediente de indemnización ha de conocer la existencia de la expropiación de la finca, bien sea porque se lo comuniquen el propietario o la Administración. El artículo 44 de la Ley de Expropiación de 1954, para señalar la indemnización, remite a la legislación especial; y el artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Rústicos relaciona los capítulos de esa indemnización, unos comunes para todos los casos y otros especiales. El autor expone a continuación tales casos extensamente, así como las correspondientes garantías jurisdiccionales de los derechos del arrendatario.

En el apartado del *Derecho sucesorio agrario* se incluye el estudio del patrimonio familiar, que se regulaba en la Ley de 15 de julio de 1952. No tuvo vida en la práctica y su defunción ha sido certificada por la Ley de 21 de diciembre de 1981, que ha venido a derogar los artículos 36 a 42 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, que acogía esta institución como una simple reliquia.

También ha tocado AGÚNDEZ la parcela de la *fiscalidad agraria* con un trabajo titulado «El concepto de explotación agraria a los efectos del impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos», que presentó a las Jornadas de Estudio de la Dirección General de lo Contencioso del Estado en mayo de 1984. Después de dar las nociones generales sobre la explotación a la luz de las normas fiscales, estudia estas normas y los criterios jurisprudenciales. De todo ello deduce que la explotación agraria es el resultado del ejercicio de actividades por el hombre en una finca rústica de manera continuada y permanente, en organización conjunta con sentido de administración, y dirigidas a obtener el máximo rendimiento de los frutos y utilidades que produzca según la clase de tierra, el tipo de cultivo y la normal ordenación de trabajos.

El *proceso agrario* es la última parte del libro, en la que incluye seis acabados trabajos que hemos de resumir al máximo forzosamente porque este comentario se prolongaría más de lo permitido.

El primero se titula «Tribunales y procesos agrarios», y es una síntesis de la tesis doctoral del autor, publicada por el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* en 1975. Pone en conexión el Derecho agrario con el proceso, estudia los distintos sistemas de justicia agraria europea, americana y afroasiática, para terminar con el Derecho español tanto en su planteamiento general como en los diversos procedimientos jurisdiccionales y administrativos agrarios.

El segundo trabajo, titulado «Criterios de aproximación en los procesos agrarios en el Derecho comparado», lo presentó el autor al Congreso Bolivariano e Internacional de Derecho Agrario de Caracas en 1983.

«Aspectos procesales de la Ley de Comarcas y Fincas Mejorables» es el tema del tercer capítulo, publicado en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* en 1973. En él estudia los procedimientos contenidos en dicha Ley, absorbida en la de Reforma y Desarrollo Agrario y parcialmente modificada por la de Fincas Manifiestamente Mejorables.

El cuarto trabajo de este apartado estudia los recursos contencioso-administrativos y de revisión en el régimen de la ordenación rural. Aquí delimita el tema magistralmente, expone la normativa general de la ordenación rural y las especiales de sus distintas facetas (colonización, concentración parcelaria, fincas mejorables, etc.) y los criterios jurisprudenciales de estos recursos, incluyendo una extensísima y ordenada gama de sentencias que alumbran este campo, que puede ser un intrincado laberinto para los no iniciados.

El quinto artículo de este apartado procesal, publicado en la prestigiosa *Rivista di Diritto Agrario* de Milán en 1975, estudia la jurisdicción de los arrendamientos rústicos en Italia y España comparativamente.

Y el último trabajo, que le oí exponer en el Congreso Internacional de Derecho Agrario organizado por la Universidad de Extremadura en Cáceres en noviembre de 1983, se titula «Régimen procesal de los arrendamientos rústicos». Aquí estudia los principios básicos de la Ley de Arrendamientos de 1980 en su aspecto procesal en cuanto al arrendamiento en general, el arrendamiento de carácter administrativo y todo lo referente a los derechos arrendaticios afectados por la expropiación, para acabar su estudio con las incidencias de la legislación laboral en el contenido del contrato de aparcería.

Y acabo con esta apretada síntesis del libro. Si siempre parece difícil hacer una recensión, lo es mucho más cuando el autor es amigo y se han compartido con él cursos, congresos y tareas, porque entonces resulta evidentemente imposible ser ecuaníme e imparcial. Pero en esta ocasión, por mucho que se incline la balanza de la amistad, no tengo miedo en afirmar la excelencia del libro porque es la pura verdad. Los trabajos que lo integran son de un contenido extraordinario tanto en el aspecto científico como en el práctico: ya los conocíamos en su mayoría, pero así ordenados parecen mejores aún.

Quienes tengan que estudiar estas materias o se les presente alguna cuestión de tipo procesal agrario pueden acudir al libro de AGÚNDEZ en la seguridad de encontrar básica doctrina y valiosas soluciones.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CONSEJO REGIONAL DE MURCIA: *La reforma de la Ley de Aguas. I Congreso Nacional de Derecho de Aguas*. Editado por la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y la Caja de Ahorros de Alicante y Murcia. Murcia, 1984, un tomo de 735 págs.

Este libro incluye todos los trabajos del Congreso celebrado en Murcia en 1982 sobre el tema de la reforma de la Ley de Aguas, al que asistió el

entonces director general de los Registros y del Notariado don FERNANDO MARCO BARÓ, con la concurrencia de dos Registradores de la Propiedad, MANUEL CASERO MEJÍAS y el que escribe este comentario, que presentaron sendas comunicaciones.

Tal como se dice en la presentación, esta obra quizá constituya una de las más completas que se hayan publicado sobre los problemas legales y administrativos que se suscitan actualmente en España sobre tan debatido tema. Contiene el libro múltiples cuestiones originadas por la proyectada modificación de la normativa hidráulica, como el planteamiento de la moderna gestión de dichos recursos naturales, la ordenación del territorio, la defensa del medio ambiente o la planificación, hasta el tratamiento de cuestiones locales más concretas.

Nuestro querido amigo EMILIO PÉREZ PÉREZ, hoy Delegado del Gobierno en la Confederación Hidrográfica del Segura, que fue alma y vida de dicho Congreso, a quien agradecemos el envío de este valiosísimo y voluminoso ejemplar, hace su presentación. En ella nos dice que los intereses que concurren en el uso y aprovechamiento del agua son de tal importancia y muchas veces tan contrapuestos, que siempre nos parecerá insuficiente el esfuerzo que se haga para lograr la mayor racionalidad de las normas que los regulen. Cuando se viven en la práctica los problemas de gestión del agua, de la organización administrativa del recurso, del control de su calidad, se sorprende uno de que puedan alcanzar tal complejidad y se llega a la convicción de que tenemos por delante una tarea que merece el apoyo de todos.

Aparte de los preceptivos discursos de las personalidades asistentes, el libro comienza con la conferencia inaugural de GUILLERMO J. CANO sobre la legislación iberoamericana de aguas y otras conferencias especiales sobre la gestión del agua en California, Israel y Francia, que con la de clausura sobre la legislación de aguas en Europa a cargo de expertos internacionales aportaron la luz del Derecho comparado para encontrar soluciones a los problemas tan frecuentes de escasez o contaminación de las aguas.

Entrando ya en las cuestiones puramente españolas, los trabajos aportados al Congreso, y que ahora se publican, se distribuyeron en siete ponencias, las cuales, con sus correspondientes comisiones, trataremos difícilmente de resumir al máximo, ya que son de gran profundidad y no pequeña extensión.

Ponencia I. «Propiedad y uso del agua»

El profesor ROCA JUAN examina ampliamente estos términos a la luz del Código Civil y de la Ley de Aguas para pasar después al artículo 128 de la Constitución, según el cual la riqueza —y el agua lo es—, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, debe subordinarse al interés general. En base a este precepto y a los artículos 33 y 43 del mismo Cuerpo, que respectivamente delimita la función social de la propiedad e impone la solidaridad colectiva en la utilización de los recursos naturales, considera básicos los conceptos de interés general, función social, utilización racional y solidaridad colectiva. En consecuencia, concluye que la necesidad de la intervención administrativa y la delimitación del poder atribuido a los particulares puede configurarse de distinta manera frente a situaciones ya establecidas: O seguir configurando la propiedad de las

aguas como absoluta, sólo limitable por interés público, o, por el contrario, entender que los poderes del propietario no son ilimitados, sino sujetos a una disciplina particular que circunscribe su goce y disposición a lo dispuesto en las leyes, de acuerdo con los principios constitucionales.

A esta Ponencia se presentaron varias comunicaciones:

— EMILIANO CASADO IGLESIAS, sobre «La naturaleza jurídica de las aguas», analiza las aguas públicas y las privadas en la Ley de 1879 y en el Código Civil; posteriormente hace un estudio del tema al prisma de la Constitución y concluye declarándose decidido partidario del mantenimiento de la distinción entre aguas públicas y privadas, pues el hecho de que la riqueza hídrica pueda estar subordinada a los fines de interés general no obsta a esta solución.

— MANUEL CASERO MEJÍAS, en «Titularidad de las aguas: aguas públicas-aguas privadas», plantea el problema del agua como objeto autónomo de relaciones jurídicas, con independencia del suelo en que estén, y lo relaciona con el principio de la función social de la propiedad. Dice que cualquier futura regulación debe respetar los principios constitucionales, que suponen subordinar los intereses individuales a los colectivos. Pero se pregunta si para ello es preciso nacionalizar las aguas, contestando negativamente, porque la función social que debe cumplir la propiedad no supone su abolición y porque los fines que se han de alcanzar pueden lograrse mediante otros medios, fundamentalmente a través de los Planes Hidrológicos.

— FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, en «Las aguas en el Registro de la Propiedad», dice que si esta institución valió para proteger la propiedad de las aguas privadas y los aprovechamientos de las públicas, también puede valer para reforzar los aspectos precisos de las futuras planificaciones. Tanto si se consideran los aprovechamientos como propiedad limitada del agua o como simples concesiones administrativas, siempre tendrán un contenido jurídico y económico y por tanto pueden caber y conformarse dentro de la normativa hipotecaria. El Registro de la Propiedad debe estar presente a la hora de las nuevas orientaciones.

— JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, en «La reforma de la Ley de Aguas», señala que se precisa una ordenación y racionalización del agua, en armonía con las necesidades actuales y evolutivas de la sociedad. Para ello también debe ordenarse el dominio, tráfico, uso y aprovechamiento de las aguas, exigiendo la conservación y purificación de ellas por las personas que las contaminen.

Ponencia II. «Las aguas subterráneas»

El catedrático ALEJANDRO NIETO GARCÍA dice que nuestra Ley de Aguas, carente de un reglamento realista y autorizado, no ha permitido una adecuada protección por parte de la Administración del Estado del recurso hidráulico subterráneo. Los estudios hidrogeológicos que se vienen realizando en los últimos quince años han demostrado la necesidad de organizar su control, gestión y conservación con nuevos conceptos que en 1879 hubieran sido impensables.

Entre las varias comunicaciones podemos señalar:

— MANUEL RAMÓN LLAMAS MADURGA, en «Influencias del desuso de las aguas subterráneas de Madrid en la legislación y en la política hidráulica española», dice que la vigente legislación no considera adecuadamente la problemática de las aguas subterráneas, y esa discordancia con la realidad física y social ha hecho que dichas aguas tengan la consideración de bienes de dominio público.

— EMILIO PÉREZ PÉREZ, en «Criterios para una nueva regulación legal de las aguas subterráneas», hace primero un análisis jurídico de la explotación de un acuífero con sus elementos. Desde ahí estudia los principios de la legislación actual, que giran en torno a las ideas de accesoriedad y alumbramiento, y con ellos a la vista estudia los preceptos legales sobre su dominio y aprovechamiento. Pasa después a estudiar las más importantes cuestiones que debe contemplar la nueva regulación: dice que la nueva ley debe arbitrar los medios adecuados para poder modificar situaciones no equitativas y ofrecer a los administrados fórmulas de organización que les permitan unirse para defender sus intereses comunes y superar la anarquía hoy existente en la explotación de muchos acuíferos.

Ponencia III. «El agua y la ordenación del territorio»

FERNANDO FUENTES BODELÓN dice que la ordenación del territorio es un concepto integrador de otros sectoriales, entre ellos el agua, como uno de los más importantes, y señala como dificultades para su tratamiento su independencia del urbanismo, los nuevos planteamientos inadecuados para la administración tradicional, la ambigüedad e inesperienza de esta materia y la distinta incidencia que tiene en este campo el fenómeno de la regionalización y la descentralización administrativa. Estudia el encuadre del agua en la ordenación del territorio según la incipiente normativa autonómica y completa la Ponencia con los programas de acción en este campo de los distintos países de la Comunidad Económica Europea.

Una comunicación importante es la de MARTÍN BASSOLS COMA, titulada «Consideraciones sobre el agua y la ordenación del territorio». Dice que en la formación y evolución del Derecho de aguas han influido tres factores principalmente: los imperativos geográficos, los desarrollos espectaculares de la tecnología hidráulica y las transformaciones en los usos y en las aplicaciones de los recursos hídricos. De todos ellos, los de orden geográfico se han revalorizado, contribuyendo a institucionalizar una nueva técnica de actuación administrativa que ha venido a denominarse «ordenación del territorio». Estudia los recursos hidráulicos como marco para la ordenación territorial y considera como básicas a las cuencas hidrográficas.

Ponencia IV. «La contaminación de las aguas»

El ponente BORJA CARDELÚS MUÑOZ-SECA plantea este grave problema y lo examina a la luz de la escasa regulación existente en España hasta el momento, pues se ciñe casi exclusivamente a las normas municipales. Por ello propugna una serie de medidas legislativas y administrativas que formen cuerpo coherente y con el suficiente grado de especialización técnica del que hoy carecen los Ayuntamientos.

Hay varias comunicaciones de PEDRO DE MIGUEL GARCÍA, JOSÉ ANTONIO

RUBIO LÓPEZ, JORGE PORRAS MARTÍN y FRANCISCO VICTORIA JUMILLA sobre diversos aspectos de este problema, en las que no podemos entrar por faltarnos el espacio, aunque todas ellas de gran valor.

Ponencia V. «La participación del usuario en la gestión del agua»

El profesor LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER presenta una magnífica Ponencia, donde demuestra su amplio conocimiento del tema. Dice que la idea de esta participación ha pasado a ser capital en la teoría del Derecho administrativo y en la configuración de la Administración Pública. Cada vez cobra más fuerza la idea de que la Administración no ha de actuar en este campo imperativamente, sino más bien a base de una concertación. La Administración debe defender sus puntos de vista y sus criterios, pero con la colaboración y la participación de los administrados; ello representará notables beneficios y conllevará abundantes ventajas.

El profesor AURELIO GUAITA, en su comunicación «Acerca de la naturaleza jurídica de los jurados de riego», dice que las comunidades de regantes son algo más que meras asociaciones de interés público; el sindicato de riego es su órgano de gobierno, la comisión permanente de la comunidad y tiene su misma naturaleza. Al no ser un órgano administrativo, la cuestión se inclina a considerarlos como un órgano cuasijudicial. Dice que estos jurados de riego encajan plenamente en lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución, pudiendo desarrollarse este precepto en el Proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 18).

Ponencia VI. «La planificación hidrológica»

La llevó ENRIQUE MARTÍNEZ USEROS, catedrático de Derecho administrativo de Murcia, quien plantea el tema diciendo que el Real Decreto de 7 de diciembre de 1979 y los de 20 de agosto de 1981 proyectan la regulación del aprovechamiento de los recursos hidráulicos españoles en toda la amplitud del territorio nacional mediante la elaboración de planes hidrológicos. Crean una amplia comisión interministerial y establecen pautas y criterios de actuación al respecto. De tal suerte se introduce la actividad planificadora en la explotación y usos del agua en España. Estudia la planificación hidrológica y sus objetivos, señalando las características que deben concurrir en los planes. El plan, dice, ha de ser prospectivo, dinámico y flexible, investigando necesidades y posibilidades futuras; ha de adaptarse oportunamente a las realidades cambiantes para poder plegarse a los variados supuestos de transformaciones imprevistas mediante el establecimiento de orientaciones y pautas para los casos de cambio.

Termina su Ponencia con el estudio concreto de la planificación en España, la cual, de acuerdo con lo establecido en los artículos 38 y 132, 2, de la Constitución, gira en torno a estos principios:

- A) Participación de las Comunidades Autónomas en el suministro de datos.
- B) Regulación del fondo de compensación interterritorial para corregir los desequilibrios bajo el principio de solidaridad.
- C) Los convenios de cooperación entre Comunidades.

D) La función de coordinación general que como competencia exclusiva se atribuye el Estado en el artículo 149, 1, 13.

Hay varias comunicaciones, como las de JOSÉ MANUEL DÍAZ LEMA sobre planes hidrológicos en Derecho español y comparado y de MARÍA DE LOS DESAMPARADOS LLOMBART sobre el concepto de aguas sobrantes, que no podemos reseñar por falta de espacio.

Sí queremos, por su actualidad, recoger la comunicación de JOSÉ MARÍA CHICO DE GUZMÁN Y GARCÍA-NAVA titulada «Planificación hidráulica y autonomías». Dice que el marco lógico para la planificación hidráulica es la cuenca, debiendo huirse de límites políticos a administrativos; dado que las confederaciones abarcan cuencas completas, parece que la planificación debe llevarse a través de estos organismos. Para apoyar su tesis dice que tan sólo la Confederación del Pirineo Oriental se encuentra en el ámbito de una sola Comunidad, que es Cataluña, pues las restantes siempre pertenecen a varias de estas autonomías.

Ponencia VII. «La organización institucional del agua»

El profesor SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER dice que el tema a que ha de referirse es de extraordinaria actualidad, dado el texto del título VIII de la Constitución y del desarrollo que van tomando los distintos Estatutos de Autonomía, y dice que la cuestión se afronta con soluciones francamente regresivas, las cuales imposibilitan totalmente una política hidráulica a nivel nacional si no se adoptan medidas urgentes.

Dice que el Derecho comparado soluciona esta cuestión organizando la administración hidráulica en base a dos puntos concretos:

1. Centralización en la ordenación del recurso.
2. Planteamiento del tema a nivel de cuenca hidrográfica; es la base territorial que se adopta incluso como tipo para la administración del recurso, pues el agua no tiene fronteras.

Insiste en que la ordenación del recurso debe estar en manos del Estado. Y frente a este criterio la solución de la Constitución no puede decirse que sea afortunada, y ello tanto en la forma en que se expresa, como por el sistema jurídico que alumbró, posiblemente distinto para cada Comunidad Autónoma, como por el posible tratamiento discriminatorio que establece entre distintas regiones, como por lo regresivo de la solución que acoge en relación con el Derecho anteriormente vigente, como, por último, por la fórmula que introduce en contra de las soluciones que en esta materia y sin excepción alguna se alumbran en todos los países del mundo.

Se presentaron varias comunicaciones, que reseñamos:

VICENTE BOIX: «Sobre la administración local de las aguas»; ANGEL SÁNCHEZ: «Recursos y aprovechamientos hidráulicos»; MELCHOR SENENT: «Una posible organización administrativa para las aguas en España»; RAFAEL COUCHOU: «El agua, base del desarrollo global del país»; ANTONIO MARTÍNEZ BLANCO: «Repercusiones de la Constitución española de 1978 en el régimen de aprovechamiento de las aguas», y EMILIO PLANCHUELO ARIAS: «Comunidad en materia de aguas en Galicia». Imposible comentarlas todas como sería nuestro deseo.

Porque además de las presentadas a las distintas Ponencias, también hubo otras comunicaciones de carácter general: Por parte de la Federación Nacional de Comunidades de Regantes se presentó un «Informe sobre el Proyecto de la Ley o Código del Agua presentado al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo», donde se propugna el mantenimiento de la distinción entre aguas públicas y privadas, la administración única del agua dividida en cuencas hidrográficas, reconocimiento de los derechos adquiridos por las comunidades de regantes y ley especial para Canarias, aparte otros puntos menos generales.

MANUEL MARTÍN ARNÁIZ comunicó sobre «Desfase entre la vigente Ley de Aguas y la hidrología»; ANTONIO GETE-ALONSO sobre «La reforma de la Ley de Aguas»; LUIS AMAT ESCANDELL sobre «Naturaleza jurídica del agua», y así varios más.

Clausura

Pronunció el discurso FERNANDO MARCO BARÓ en su calidad por entonces de Director General de los Registros y del Notariado, quien hizo un elogio de la Ley de Aguas, la primera de su género en Europa, realmente ejemplar, de una gran perfección técnica y absolutamente original en su plan, estructura y método, tal como señalaron sus redactores en la Exposición de Motivos del texto de 1866. Exposición que, en nostálgica expresión contenida en el Diccionario de ALCUBILLA, «es, a no dudarlo, la fuente de más pura doctrina para comprender el fundamento de las disposiciones de la ley; y de su consulta no podrán menos de sacar provecho cuantos a él apelen en las dudas que les ocurran». Dijo que la Ley de Aguas española es el único ejemplo de la legislación nacional que llegó a estar vigente al mismo tiempo en tres continentes, pues fue norma aplicable en Cuba y Filipinas hasta fechas muy recientes e influyó decisivamente en muchos de los Estados americanos, además de ser pieza de estudio obligado en el Derecho comparado.

La Ley de Aguas de 1879 ha cumplido airoosamente su cometido, pero hoy ya no alcanza a regular los profundos adelantos en el conocimiento del agua, en las técnicas para su prospección, captación, almacenamiento, transformación y distribución, pues estos problemas no pudieron ser previstos en el siglo pasado. La nueva ley debe resolver definitivamente el problema de la naturaleza jurídica del agua; ésta es siempre la misma, aunque cambie de estado; por ello se defiende que su régimen sea único, incluidas las aguas subterráneas, y por ello se defiende su naturaleza pública; pero el profundo arraigo de ciertas propiedades privadas se ha defendido también como solución a base de introducir limitaciones administrativas que llevarían al mismo resultado. De esta manera el acento se pondría más en una mejor regulación de los usos y aprovechamientos.

Termina diciendo que la nueva Ley de Aguas debe deslindar con claridad las competencias del Estado, Comunidades Autónomas, Confederaciones y Comisarías de Aguas y poner fin a la doble competencia de los Tribunales civiles y administrativos y ocuparse de la existencia y facultades de los jurados de riego.

La controversia sobre este Proyecto de Ley de Aguas no ha hecho más que empezar, pues la materia es de suyo tan importante y vital como para

justificar tal interés. Quienes quieran introducirse en la enorme complejidad de esta cuestión pueden hojear o leer este enorme pero importantísimo libro, que hemos resumido a matacaballo.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Libro homenaje al profesor J. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984.

Desgraciadamente, no he tenido yo en mi vida universitaria relación directa con el profesor J. BELTRÁN DE HEREDIA. Por no haberlo conocido personalmente, durante mucho tiempo BELTRÁN DE HEREDIA fue para mí un libro, no una persona; BELTRÁN DE HEREDIA fue, durante la elaboración de mi tesis doctoral, *El cumplimiento de las obligaciones*. Su libro fue uno de los libros claves en la construcción de mi tesis, y creo que puede decirse, con toda justicia, que es uno de los libros más importantes de la civilística española.

Los libros son algo misterioso: tienen alma; algunos se hace hasta difícil creer que hayan sido escritos; de tenerlos en la habitación y conversar con ellos acaban siendo amigos; uno se acostumbra a personalizarlos. Por eso, por ser los libros personas, conocer al autor de un admirado-libro-amigo es un momento crítico: el conflicto entre el libro (que siempre tiene algo de divino) y el autor (que siempre tiene algo de humano). ¡Cuántas veces nos decepcionamos de un libro al conocer su autor! Yo tuve ocasión de conocer al profesor J. BELTRÁN —como llegué a conocer a tantas y tantas personas— en los pasillos de unas oposiciones; tuve ocasión de comprobar una vez más que la gente especialmente valiosa suele ser cariñosa, amena y afable, y que la categoría científica y humana suele ir unida a la sencillez. Pude, finalmente, dar un suspiro de alivio: el libro y el autor en este caso no se desmerecían.

El profesor BELTRÁN, además de su destacada labor profesional y científica, supo rodearse de unos eficaces colaboradores, que no sólo perpetúan su docencia y estilo universitario, sino que también han querido promover un homenaje para dar cauce al sentido y generalizado afecto de sus compañeros universitarios. El libro que hoy comentamos se encuadra en el marco de ese homenaje.

En el libro han colaborado un nutrido grupo de profesores universitarios y profesionales del Derecho, representativo tanto del Derecho civil como de sus actuales preocupaciones doctrinales. Se han reunido en él treinta y tres artículos distintos, que completan un total de 769 páginas. Se trata, por tanto, de una obra voluminosa, cuya publicación ha realizado con particular esmero Ediciones Universidad de Salamanca. El estudio abarca un amplio espectro de temas diversos que por su variedad y extensión es imposible reseñar aquí con detalle. En una valoración de conjunto debo decir que a pesar de ser obra colectiva predominan los trabajos interesantes, y algunos de ellos, en particular, son de notable calidad y de destacada novedad. Se abordan cuestiones candentes del Derecho civil español actual, como Derecho común-Derecho foral y Constitución (SERRANO

ALONSO); cuestiones suscitadas por las recientes reformas del Derecho sucesorio (el pago en metálico de la legítima de los descendientes) (VATTIER FUENZALIDA); el testamento mancomunado (CUADRA IGLESIAS); de los derechos de la personalidad (CLAVERÍA GOSÁLVEZ); de la minoridad (GONZÁLEZ PORRAS); la protección jurídica de los disminuidos (LÓPEZ VILAS y MORENO QUESADA), etc... Predomina el estudio de las cuestiones suscitadas por la reciente reforma del Derecho de familia (trabajos de ALONSO PÉREZ, DORAL-SILLERO, GARCÍA CANTERO, GITRAMA GONZÁLEZ, HERRERO GARCÍA, LACRUZ BERDEJO y LÓPEZ LÓPEZ). No faltan tampoco los «temas de siempre», entre los que se encuentran algunos de destacable calidad, que suponen una reelaboración de la problemática civilística, como los trabajos de metodología jurídica (LASARTE ALVAREZ, DE LOS MOZOS y SALVADOR CODERCH); sobre derecho de la publicidad (BERCOVITZ y RICO PÉREZ); el buen padre de familia (P. BELTRÁN); contrato de obra (DÍEZ PICAZO); interrupción de la prescripción (MADRUGA MÉNDEZ); formación del contrato (ROGEL VIDE); propiedad horizontal (FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO); servidor de la posesión (GORDILLO); comunidad naval (JORDANO BAREA); compensación urbanística (MARTÍN BLANCO); legados (AMORÓS y RUBÉN DE MARINO), y el trabajo de VALLET DE GOYTISOLO sobre la voluntad del causante, ley de la sucesión.

En resumen, un libro-homenaje que es algo más que un mero homenaje protocolario para convertirse en un instrumento útil de consulta, estudio e investigación. A través de él un nutrido grupo de civilistas ha querido destacar su vinculación a la persona y obra de un compañero-maestro especialmente estimado, y que recientemente, por aplicación de la normativa administrativa sobre la edad, ha dejado la vida profesional activa.

JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPI

O'GALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Compendio de Derecho civil*. Tomo III, «Derechos reales e hipotecario». Edersa, Madrid, 1985.

El autor de este tomo III de su *Compendio*, Magistrado, catedrático de Derecho civil y profesor numerario de la Escuela Judicial, advierte en su presentación que el método y sistemática del libro está mediatizada por el programa de oposiciones a ingreso en la Escuela Judicial, carreras judicial y fiscal, que es distinto a los demás programas de oposiciones. Quizá esa advertencia sobre la oposición, y que en el tomo en cuestión se trate de una forma especial sobre la materia hipotecaria, es por lo que me decidí a abordar esta recensión.

No es porque la oposición se haya convertido en un tema de moda ante el luctuoso suceso que la acompañó hace muy poco, sino que lo que me guía en ese mundo singular de la misma son los medios de ayuda que se ponen para su posible y viable realización. Y éste es uno de ellos. He comprobado desde hace muchísimo tiempo que el tema de la oposición, como medio de acceso a los Cuerpos especializados, es un tema que se repite en forma de ciclo, y cada cinco o diez años se vuelve a la carga y a la descarga. La oposición, que sirvió en el siglo XIX para que la clase media y el pueblo llano pudieran acceder a los puestos que antes estaban reservados

para la nobleza, es curiosamente discutida en esta especie de movimiento «contracultural», en el que se pretende que nuestros conocimientos estén por debajo de la línea de flotación. Y siempre resulta difícilísimo encontrar otro medio selectivo que no incida en posibles parcialidades de las que se aleja la oposición.

Estas reflexiones, un tanto al hilo de la publicación, hacen que me tenga en una frase que el autor dice respecto al programa de oposiciones a ingreso en la carrera judicial, que, según él, es «distinto a los demás programas», frase referida, más que a las materias y su método expositivo, a la forma en que el mismo se exige en el examen. Es decir, es un programa amplio, amplísimo, pues el Juez debe saber de todo un poco, aunque de algunas materias sepa mucho más que otros, y que da preferencia al Derecho positivo, a una enunciación de doctrina y al apoyo que a todo ello le presta la jurisprudencia. Y así es, en efecto, pues tomando como muestra el primer tema o lección que abre la publicación vemos cómo el concepto, los elementos y la naturaleza del Derecho real se exponen con brevedad y concisión, se cita la doctrina y se añade a todo ello la jurisprudencia aplicable. Como el mismo autor nos explica aquí, lo que se pretende y logra es una breve exposición sumaria de lo más sustancial de una materia.

En esa línea se comprenden las de los diecisiete temas primeros (o lecciones, como el autor las denomina), en las que sucesivamente se van abordando los puntos referentes a los derechos reales, la posesión, el derecho de propiedad, las limitaciones del dominio, los modos de adquisición del dominio, la usucapión, la comunidad de bienes, la propiedad horizontal, el derecho de usufructo, las servidumbres, el derecho real de censo, los derechos reales de garantía, la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento y la hipoteca. Destaco este conjunto de temas, pues los que siguen, del dieciocho al veintidós, se refieren al Derecho hipotecario, y a ellos quiero dedicarles un especial comentario, siguiendo en esto un poco la idea del autor, que parece en el título de su libro distinguir los «derechos reales» de una parte y el «hipotecario» de otra.

El autor explica en su presentación que aunque el Derecho hipotecario solamente tiene cuatro temas en el programa de oposiciones a judicaturas, él ha entendido que había que añadir ciertos aspectos en letra distinta que permitiesen una mayor claridad expositiva. Y luego hace una afirmación, que comparto, por supuesto, al decir que el Derecho hipotecario tiene más trascendencia en la realidad jurídica de la que se le da en los programas y es más sencillo de lo que parece en las clases. Suscribo la frase y la idea. La tremenda popularidad adquirida por el Registro y el principio que lo avala de la «seguridad en el tráfico jurídico» exige un conocimiento más detallado del que hasta hace poco tenía el jurista. Y ese conocimiento no es tan «árido y difícil» como lo pintan («peor que la lepra y las culebras», decía AGUSTÍN DE FOXÁ), sino que responde al funcionamiento de un conjunto de principios de fácil comprensión.

Como decimos, solamente cuatro temas se destinan a la materia, y por ello entiendo que debe alabarse la labor del autor en su capacidad de síntesis para encerrar dentro de esas pocas páginas la esencia del Derecho hipotecario. Entiendo que sería preciso, en una futura reforma del programa de oposiciones, que se ampliase la materia destinando a la misma más temas, pues no debe olvidarse nunca la trascendental importancia que la

figura del Juez tiene en el conjunto legislativo hipotecario. No hace poco, en un intento de renovación expositiva de la materia hipotecaria, tropecé con dos grandes temas que podían ser la base de esa renovación: uno era el principio de autonomía de la voluntad frente al Registro y el otro era la coordinación entre lo judicial y lo registral. Y si en el primer mundo cabe todo el Derecho hipotecario, en el segundo se comprende lo fundamental de esas dos grandes esferas del Derecho. A poca imaginación que uno tenga se agolpan en la mente un sin fin de materias que están en íntima relación: el poder judicial en la creación del Derecho, la declaración del mismo, el principio de salvaguardia de los Tribunales, la eficacia de la cosa juzgada, los aspectos procesales y la ejecución de los actos judiciales, la legalidad y el recurso gubernativo, etc. Grandes temas para grandes problemas.

La última lección o tema del *Compendio* se refiere a los derechos de adquisición con la figura del retracto y sus diferentes especies y especialidades.

Entiendo, por último, que debe ser recibida esta publicación con el júbilo que todo elemento de trabajo y de ayuda lleva consigo, pues no es que el sistema selectivo de la oposición sea el menos malo, sino que lo que lo hace dificultoso, hasta bordear lo desesperante, es la falta de medios que el opositor tiene para el logro de su preparación. Y como éste es uno de ellos debemos felicitarnos por su aparición. Si junto a esos medios pudiera lograrse que el opositor tuviera la ayuda personal del preparador sin que éste se viera amenazado por la incompatibilidad todo sería más fácil y a la oposición le habríamos quitado la leyenda negra que sobre la misma existe. No veo muchas salidas en este punto, pues el panorama que se contempla desde el puente no es prometedor.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

