

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXI ○ Julio-Agosto 1985 ○ Núm. 569

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. Narciso de Fuentes Sanchiz.
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 Cariñanos.

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

- «El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral», por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA ... 863
- «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de ganancias (Régimen y naturaleza)», por JOAQUÍN J. RAMS ALBESA. 927

NOTAS:

- «La reforma de la reforma (Comentarios al Real Decreto 2388/1984, de 10 de octubre)», por PEDRO AVILA ALVAREZ ... 1073
- «Competencia para la expedición de mandamientos de anotación preventiva de embargo: ¿Ha sido reformada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto?», por M.^a P. GARCÍA HERGUEDAS, JORGE SALAZAR GARCÍA y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA ... 1083

JURISPRUDENCIA:

III. Resoluciones y sentencias:

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

- 1.^o Jurisprudencia civil, por FRANCISCO CASTRO LUCINI y RICARDO DE ANGEL YÁGUEZ ... 1109



ESTUDIOS

El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral (*)

SUMARIO: I. El «*leasing*» en general: a) Caracterización inicial. b) Origen. c) El *leasing* financiero. d) Medio de financiación. e) Desarrollo en España. f) Terminología.—II. El «*leasing*» inmobiliario: a) Definición. b) Derecho comparado. c) Derecho español. d) Ventajas. e) Peculiaridades frente al de bienes muebles. f) Objeto.—III. Naturaleza jurídica del «*leasing*» inmobiliario: a) Contrato complejo. b) Concepción estructural. Teorías. c) Concepción funcional. d) Contrato de adhesión y carácter mercantil del mismo. e) Sus relaciones con la Ley de Arrendamientos Urbanos.—IV. Las condiciones generales: a) Exoneración de responsabilidad por la entrega del inmueble. b) Id. en caso de evicción y vicios ocultos. c) Id. en caso de deterioro o destrucción por caso fortuito. d) Cláusula resolutoria y pago inmediato de mensualidades no vencidas. e) Prohibición de venta, cesión o traspaso. f) Prórroga tácita. g) Estabilización de pagos mensuales. h) Pago mediante letras de cambio.—V. El derecho de superficie y el «*leasing*».—VI. La inscripción registral del «*leasing*» inmobiliario: a) La realidad práctica. b) Inscribibilidad. c) Calificación registral. d) Inscripción de edificios cuya construcción esté comenzada o proyectada. e) Actos inscribibles.

I. EL «LEASING» EN GENERAL

a) En los últimos tiempos se han desarrollado en España, al parecer en evolución creciente, las operaciones de *leasing* o arrendamiento financiero; en un primer momento proyectadas sobre bienes de equipo capital productivo de carácter mobiliario (maquinaria, automóviles, aeronaves, ordenadores, etc.), después se han extendido al campo de los bienes inmuebles.

En términos muy generales, las operaciones de *leasing* funcionan según el siguiente esquema: Quien necesita un bien contrata con una entidad financiera, para que ésta lo adquiera del fabricante con el fin de cederle su uso por tiempo determinado mediante el pago de un ca-

(*) Ponencia presentada al VI Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Madrid del 22 al 26 de octubre de 1984.

non, concediéndose al usuario un derecho de opción de compra para que pueda adquirir la propiedad de ese bien al término del arrendamiento (1).

CABANILLAS ha señalado, dentro de la mecánica del *leasing* financiero, los tres sujetos que intervienen en el mismo, cuyas relaciones se estructuran de la siguiente manera: a) El usuario se pone en contacto con un suministrador de determinados bienes. De esta manera conoce perfectamente sus características y condiciones. b) Posteriormente, el usuario se dirige a una sociedad de *leasing* para que adquiera los bienes que desea y se los ceda durante un determinado período de tiempo, a cambio de una contraprestación dineraria. c) La sociedad de *leasing* examina la propuesta del usuario, cuya aceptación determina la celebración del contrato de *leasing* o arrendamiento financiero. d) La sociedad de *leasing*, de acuerdo con las instrucciones del usuario, adquiere los bienes designados por éste. e) El contrato celebrado por la sociedad de *leasing* y el usuario (el *leasing* o arrendamiento financiero) está sujeto a un plazo de duración irrevocable, a cuyo vencimiento el usuario dispone de una triple opción: 1. La devolución de los bienes cedidos a la sociedad de *leasing*. 2. La renovación del contrato de *leasing* financiero. 3. La adquisición de la propiedad de los bienes (2).

De acuerdo con este esquema funcional, se dice que el *leasing* es una moderna fórmula de financiación que permite al empresario y profesional utilizar los bienes de capital productivos necesarios mediante el pago de un alquiler con la posibilidad de adquirir su propiedad por un precio establecido de antemano (3). Y que el *leasing* o arrendamiento financiero es una fórmula de financiación que viene utilizándose en prácticamente todos los países de economía occidental, y consiste esencialmente en la adquisición por parte de la sociedad arrendadora financiera de aquellos equipos o bienes de capital productivo elegidos por el presunto arrendatario financiero para que le sean arrendados por un período fijo, en el que, al final, tiene la opción de adquirirlo por un precio preestablecido, prorrogar el mismo, cambiarlo por otro más idóneo o devolverlo (4).

(1) MANUEL BROSETA: *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1974, pág. 382. Como pactos incorporados a ese contrato recoge los de asunción de riesgos propios de la cosa por el usuario, su obligación de asegurar el bien y su triple opción al final del término pactado: devolución de la cosa, prórroga del contrato o ejercicio de la opción de compra. Aquí hemos subrayado este último por parecernos el más característico, como luego tendremos ocasión de señalar.

(2) «La naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», ADC, 1982, XXXV-1, pág. 43.

(3) *Boletín de ASNEF* (Asociación Nacional de Entidades de Financiación), número 105, 3.º trimestre 1983, pág. 64.

(4) CARLOS VIDAL en el citado *Boletín*, pág. 65.

Recogiendo el aspecto contractual y la estructura compleja de este tipo de operaciones, se considera al *leasing* como un contrato por el que una de las partes —empresa de *leasing*— se obliga a adquirir de un tercero determinados bienes que la otra parte ha elegido previamente, contra el pago de un precio mutuamente convenido, para su uso y disfrute durante cierto tiempo, que generalmente coincide con la vida económica y fiscal del bien, y durante el cual el contrato es irrevocable, siendo todos los gastos y riesgos por cuenta del usuario, quien, al finalizar dicho período, podrá optar por la devolución de los bienes, concertar un nuevo contrato o adquirir los bienes por un valor residual preestablecido (5).

b) Como su propio nombre indica, el *leasing* es una técnica de origen anglosajón, nacida en los Estados Unidos de América. Los autores señalan como punto de partida de esta actividad el año 1952, en que se fundó en San Francisco de California la «United States Leasing Corporation». Esta sociedad, que tenía inicialmente un capital de 20.000 dólares, al cabo de dos años financió bienes de equipo por valor de tres millones de dólares (6). Las operaciones de *leasing* tuvieron un sorprendente desarrollo en aquel país. En 1955 el valor de los bienes de equipo financiados en régimen de *leasing* financiero era de 100 millones de dólares. En 1967 dicho valor ascendía a 1.350 millones. Tan espectacular crecimiento obedecía a un conjunto de realidades económicas que estaban presentes en el mercado norteamericano y que no vamos a analizar aquí: La estabilización económica, el aumento de la competencia, el aumento de los costes del capital, el régimen fiscal favorable, la necesaria renovación de los bienes de equipo por consecuencia de la evolución

(5) La Federación Europea de Asociaciones de Empresas de *Leasing* (LEASEUROPE) da la siguiente descripción de este contrato: En virtud del contrato de arrendamiento financiero, el arrendatario tiene el derecho al uso, durante un largo plazo, del bien objeto de arrendamiento que constituye la prestación del contrato. El arrendatario está obligado a pagar los alquileres fijados en el contrato, contrapartida de la prestación antes aludida (*Boletín de ASNEF*, cit., páginas 58-59).

Véase también las definiciones formuladas por ALVARO CUERO: «La problemática de los modernos medios y entidades de financiación de la empresa», *RDFHP*, núms. 106-107, julio-octubre 1973, pág. 897; RICO PÉREZ: *Uso y disfrute de bienes ajenos con opción a compra*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1974, pág. 21; y VIDAL BLANCO: *El «leasing», una innovación en la técnica de la financiación*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, pág. 56.

(6) Al finalizar la guerra de Corea en 1952, D. P. Boothe Jr. era director de una pequeña fábrica de productos alimenticios en California. Al tener que servir un fuerte pedido de alimentos a la Marina, concibió la idea de alquilar los equipos necesarios para cumplir su contrato. Al conseguir un resultado satisfactorio, pasó a crear una empresa cuya única actividad era el *leasing*. La «U. S. Leasing» obtuvo un préstamo del Bank of America de 500.000 dólares (RICO, loc. cit., pág. 27; VIDAL: *El «leasing»*, págs. 36-37).

tecnológica, el carácter limitado del mercado de capitales a medio plazo, etcétera (7). Lo cierto es que el éxito del *leasing* en Norteamérica impulsó su traspaso a Gran Bretaña y después a los demás países del Mercado Común (8).

c) Cuando hablamos del *leasing* en general nos estamos refiriendo al denominado *leasing* financiero. Como es sabido, la palabra *leasing* tiene un contenido complejo y su aplicación práctica en los distintos países ha dado lugar a diferentes manifestaciones (9). De las diversas modalidades de *leasing* que recogen los autores, la clasificación más importante es aquella que distingue entre *leasing* operativo (*operating leasing*) y *leasing* financiero (*finance leasing*). El llamado *leasing* operativo constituye la forma primitiva de la que han derivado las demás y ha servido principalmente como medio para la colocación de sus productos por parte de los propios fabricantes o distribuidores. Se trata de un contrato de alquiler, por un período determinado de tiempo y generalmente de corta duración, de bienes normalmente de tipo *standard*, contra el pago de unos cánones de arrendamiento que comprenden tanto la financiación de la puesta a disposición del equipo como de los gastos de entretenimiento y reparación, siendo revocable por el arrendatario en

(7) DE LA VIÑA: *El «leasing» financiero como objeto de inscripción en el Registro Jurídico de Bienes*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Centro de Estudios Hipotecarios, págs. 4-5.

(8) No es éste el momento adecuado para examinar el desarrollo del *leasing* en los países europeos. Una información acerca de estas cuestiones sobre el *leasing* en Derecho comparado, referida a la fecha de su respectiva publicación, puede verse en los trabajos de VIDAL: *El «leasing»*, págs. 325-341, y CABANILLAS: *La naturaleza del «leasing»*..., págs. 46 y ss. Véase también el reciente libro *La giurisprudenza sul leasing in Europa*, en que bajo la dirección de SBISA y VELO se recogen diversos trabajos de SONNENBERGER, GIOVANOLI, DE LEYSSAC, DE NOVA, PIETRA, FROVA, BERNABAI, CLARIZIA y FERRARINI relativos a Alemania, Suiza, Francia, Italia, Bélgica y España, publicados por la Università degli Studi di Pavia, Collana di Diritto ed Economia, Giuffré Editore, 1984. Una importante referencia y revisión crítica del libro de GIOVANOLI: *Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*, París, 1980, se contiene en el estudio de CABANILLAS citado, págs. 43 y ss.

Para el Derecho francés puede verse, entre otros, el ya clásico libro de J. COILLLOT: *El «leasing»*, traducido al español y prologado por TOMÁS PÉREZ RUIZ, Editorial MAPFRE, Colección Temas empresariales, 3.ª ed., Madrid, 1977.

Dentro de la bibliografía reciente de Derecho italiano puede consultarse el libro de GIAN MARIA GALIMBERTI: *Il leasing industriale e il leasing immobiliare*. Giuffré, Milano, 1983.

(9) Razonablemente se ha señalado que definir el *leasing* con precisión resulta sumamente difícil, y ello se debe, sobre todo, a la amplitud de supuestos que este término encierra en su originaria fuente anglosajona. En este sentido puede decirse que el *leasing* es el resultado de la evolución y decantación de una variada gama de arrendamientos —directos para el fabricante e indirectos con el concurso de sociedades interpuestas— cuyo contenido comprende tanto un simple derecho de uso, como el uso y disfrute de bienes de equipo, muebles e inmuebles, como, en fin, la cesión onerosa de bienes de consumo duradero.

cualquier momento y soportando éste los riesgos técnicos de la operación. El *leasing* operativo tiene así grandes semejanzas con el arrendamiento tradicional.

Mientras que el *leasing* financiero, como ya hemos visto, tiene una finalidad de financiación, se traduce en un contrato concluido a medio o largo plazo, no es susceptible de denuncia o revocación por el arrendatario, recae sobre bienes de equipo integrados en el círculo de producción del usuario (muebles o inmuebles) y éste dispone al final del mismo de aquella triple opción a que ya nos hemos referido: devolución de bienes, renovación del contrato o adquisición de los bienes mediante el ejercicio de la opción de compra. Es el prototipo de los contratos de *leasing*, el que más se ha extendido en Europa y el que se está desarrollando en la práctica de nuestro país (10). Sobre él se proyectan las reflexiones de esta ponencia.

d) La generalidad de los autores que han estudiado la figura del *leasing* coincide en afirmar el aspecto financiero o la finalidad de financiación que caracteriza a esta clase de operaciones. Ya en 1970 DE LA CUESTA recogía el carácter del *leasing* como operación de crédito, como instrumento de financiación de la disponibilidad de los bienes, y subrayaba acertadamente el hecho de que la doctrina había insistido sobre ese aspecto financiero, pero no había extraído las consecuencias jurídicas derivadas de esa calificación económica (11). Luego volveremos sobre este tema al examinar la naturaleza jurídica de este contrato.

Igualmente MENÉNDEZ e IGLESIAS afirmaban que el *leasing* es un contrato de cesión de bienes con finalidad de financiación; que la idea de financiación es un factor determinante de la naturaleza jurídica del negocio; y que, como medio de financiamiento, el *leasing* pretende dar respuesta a las crecientes demandas de capital en la industria y el co-

(10) VIDAL: *El «leasing»*, págs. 78-83; RICO: *Uso y disfrute de bienes ajenos...*, págs. 37-40; DE LA VIÑA: *El «leasing» financiero como objeto de inscripción...*, pág. 10.

En su importante libro sobre esta institución, VIDAL BLANCO nos ofrece la siguiente definición del *leasing* financiero: Aquel contrato en virtud del cual una Sociedad de *Leasing* (arrendador), siguiendo las instrucciones y deseos de su cliente (arrendatario), se compromete exclusivamente a poner a su disposición la maquinaria específica que éste ha elegido previamente, contra el pago de unas tasas de arrendamiento mutuamente convenidas, que en total superan su precio de compra, y fraccionadas a lo largo de un período de tiempo que, generalmente, coincide con la vida económica y fiscal del bien, y durante el cual el contrato es irrevocable, siendo todos los riesgos y gastos de cuenta del arrendatario, quien, al finalizar dicho período, puede concertar un nuevo contrato de arrendamiento, comprar el material por un valor residual preestablecido o devolverlo al arrendador (pág. 81).

(11) «Reflexiones en torno al *leasing»*, RDM, núm. 118, octubre-diciembre 1970, págs. 542-543 y 548-551.

mercio, y de modo particular cumple esta función respecto de la pequeña y mediana empresa, que no tienen frecuentemente fácil acceso a la financiación mediante colocación de títulos en el mercado (12).

Para VIDAL, el *leasing* es una nueva técnica de financiación que representa en la actualidad un medio de desarrollo económico indudable de cara a la pequeña y mediana empresa, y resuelve definitivamente graves problemas empresariales, como son los de financiación de las inversiones productivas en períodos de restricciones crediticias. Mediante el contrato de *leasing* se persiguen objetivos financieros a través de un arrendamiento. Su finalidad es prestar un servicio esencialmente financiero: la adquisición de un material para que éste sea utilizado por el arrendatario (13).

Partiendo de esa previa realidad económica y financiera que subyace a la estructura jurídica de esta compleja figura, y recogiendo alguna opinión extranjera, DE LA VIÑA señalaba que el *leasing*, al igual que el *factoring*, se integra en la gama de procedimientos económicos inventados en los Estados Unidos de América, en los que, por una ingeniosa combinación de instituciones clásicas, se ofrecen a las empresas nuevas formas de actuación. Recordaba este autor que los fenómenos económicos anteceden siempre a la labor del jurista. Uno de estos fenómenos, cuyo trasplante de la Economía al Derecho se hace necesario, nos lo ofrece el *leasing* (14). Semejantes opiniones son, evidentemente, ciertas. No podemos desconocer el fundamento económico del *leasing* ni su consideración como técnica de financiación. Es verdad también que esa

(12) *Derecho Mercantil*, II, Unidad didáctica 1, UNED, Madrid, 1976, páginas 94-95.

(13) *El «leasing»*, págs. 12-13, 48 y 348.

Obsérvese que ya en el título del libro se califica al *leasing* como una innovación en la técnica de la financiación. Y en el estudio introductorio al mismo, MARTÍNEZ CORTIÑA reitera este criterio de considerar al *leasing* como mecanismo de financiación de la economía española y complemento de los mecanismos tradicionales de financiación, especialmente útil en momentos de recesión económica e inflación (pág. 7).

Véase también CUERVO, *loc. cit.*, págs. 897 y ss.; COILLLOT, *loc. cit.*, pág. 127; CABANILLAS, *loc. cit.*, pág. 41.

Más recientemente, en el Congreso de LEASEUROPE, celebrado en Sevilla el 10 y 11 de octubre de 1983, el Secretario de Estado de Economía y Planificación, don Miguel Angel Fernández Ordóñez, afirmaba el interés de su Departamento por el *leasing* como modalidad de financiación, y señalaba las razones de política económica que justifican ese interés: La necesidad de reestructurar los procesos productivos en nuestro país, el ingente esfuerzo que la reindustrialización comporta, la positiva evolución de la demanda de inversión y la necesidad de dotar a nuestras empresas de una estructura financiera adecuada, unida a las deficiencias de los instrumentos tradicionales de financiación a medio plazo (*Boletín de ASNEF*, núm. 105, pág. 55).

(14) *El «leasing» financiero como objeto de inscripción en el Registro Jurídico de Bienes*, págs. 3-4.

realidad económica debe ser recogida por el Derecho para que produzca consecuencias jurídicas. Pero la cristalización jurídica de esos intereses económicos y financieros exige su previa valoración según criterios de justicia, su inserción en el ordenamiento jurídico de cada país y la regulación adecuada de esta figura, tanto en su existencia y validez como en sus requisitos y efectos. Se trata de una manifestación más del viejo problema de las relaciones entre Economía y Derecho. El Derecho recoge las realidades económicas y los problemas que plantean a la convivencia social. Pero los intereses económicos no pueden condicionar la protección jurídica, sino que deben ser valorados desde el prisma de la Justicia para dotarles de sanción social y de la colaboración del poder coactivo del Estado. Como ha dicho CARNELUTTI, el fin del Derecho consiste en reducir la economía a la ética. Recuérdese la importancia que tiene todo esto en el ámbito de la contratación, de los límites de la autonomía de la voluntad (15) y de la sanción jurídica de las condiciones generales impuestas en los contratos de adhesión. Pues bien, tan elementales consideraciones no deben ser olvidadas al examinar la figura del *leasing* y los problemas jurídicos que plantea.

e) En España las primeras sociedades de *leasing* se crearon en 1963, fecha en que se inician este tipo de operaciones. A partir de entonces, el crecimiento del *leasing* ha sido realmente importante, tanto respecto al número de sociedades constituidas como al volumen de operaciones realizado. Así, en 1972 había ocho compañías dedicadas al *leasing*, en 1974 ya eran más de treinta y en 1982 ascendían a cuarenta y nueve. El volumen de operaciones realizado por las compañías de *leasing* era de 1.125 millones de pesetas en 1969, de 7.000 millones de pesetas en 1973, de 10.000 millones en 1975 y de 53.000 millones en 1982 (16).

El Real Decreto-ley 15/1977, de 25 de febrero, vino a establecer una serie de medidas fiscales, financieras y de inversión pública. Su

(15) Vid. mi reciente trabajo «Los límites de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro», ADC, 1983, XXXVI-IV, páginas 1129 y ss.

(16) VIDAL, *loc. cit.*, págs. 41-42; PÉREZ RUIZ: Prólogo a la edición española del libro de COILLLOT, ya citado, pág. V; DE LA VIÑA, *loc. cit.*, págs. 6-7; *Boletín de ASNEF* cit., págs. 52-53, 55 y 65.

Una relación de las sociedades de *leasing* existentes en la fecha de su respectiva publicación, con indicación del año de su constitución, capital desembolsado y accionistas, puede verse en los libros citados de VIDAL (pág. 43) y COILLLOT (páginas V-VII). Como se hace constar en estas publicaciones, en dichas sociedades de *leasing* participan la mayoría de los grandes Bancos nacionales, junto con grupos financieros españoles y compañías de *leasing* extranjeras. Lo cual pone de manifiesto la estrecha conexión existente entre las entidades crediticias y financieras y las compañías de *leasing*, cuyo innegable carácter financiero resulta así subrayado.

título II (arts. 19 a 26) está destinado a regular las empresas de arrendamiento financiero (17). Según la regulación contenida en estas disposiciones, constituyen operaciones de arrendamiento financiero (tal es la versión castellana con que se traduce la expresión inglesa *leasing*) aquellas que, cualquiera que sea su denominación, consistan en el arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo y vehículos adquiridos exclusivamente para dicha finalidad por empresas constituidas en la forma determinada en dicho Real Decreto (art. 22) y según las especificaciones señaladas por el futuro usuario. Las mencionadas operaciones deberán incluir una opción de compra a favor del usuario al término del arrendamiento (art. 19).

Según el artículo 22, las empresas de arrendamiento financiero son aquellas entidades que con carácter de habitualidad tienen por objeto la realización de esta clase de operaciones siempre que cumplan los siguientes requisitos: 1) Revestir la forma de sociedad anónima domiciliada en territorio nacional. 2) Tener un capital desembolsado de, al menos, 100 millones de pesetas en dinero, no estando permitidas las aportaciones no dinerarias. 3) Tener su objeto social circunscrito exclusivamente al ejercicio de este tipo de operaciones. 4) Figurar inscritas en el Registro especial del Ministerio de Hacienda (18).

A los efectos prevenidos en dicho Real Decreto-ley, los bienes objeto de arrendamiento financiero debían quedar afectados por el usuario exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales (art. 20, 1). Es decir, a fines de actividad empresarial, quedando inicialmente excluidas las actividades meramente individuales o extramercantiles.

Los bienes objeto de arrendamiento financiero estaban excluidos del artículo 1.º del Decreto 1193/1966, de 12 de mayo, que regulaba por vía reglamentaria los bienes a los que se podía aplicar la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos (art. 21). De esta manera se establecía, a mi juicio sin suficiente justificación, la distinción entre contratos de venta a plazos y de arrendamiento financiero, impidiendo a estos últimos la protección derivada del Registro especial establecido para aquéllos.

En fin, se recogía también en dicho Real Decreto-ley un régimen fis-

(17) Según su Exposición de Motivos, la financiación de bienes de equipo necesita la adecuada regulación de instrumentos financieros complementarios que ya han demostrado su eficacia en países de economía análoga a la nuestra. Con este propósito se procede a instaurar el régimen de las empresas de arrendamiento financiero o *leasing*.

(18) Dicho Registro fue creado por Orden del Ministerio de Hacienda de 16 de marzo de 1977.

cal ciertamente muy favorable para las empresas de arrendamiento financiero: exención del Impuesto sobre las Rentas del Capital, consideración fiscal como gasto deducible de las cuotas pagadas por el arrendatario, y como actos habituales de empresa, a efectos del Impuesto sobre el Tráfico de Empresas, exención del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de las opciones de compra, etc. (19). Como ha señalado la doctrina, el nuevo régimen fiscal establecido en estas disposiciones para las operaciones de arrendamiento financiero ha sido la causa principal de su desarrollo en nuestra patria. Hasta la publicación de este Real Decreto-ley era muy pesada la carga fiscal que gravaba este complejo negocio, sobre todo por la tributación independiente del arrendamiento, la opción de compra y la compraventa. Con la nueva regulación, se unificaba la imposición del arrendamiento financiero mediante su sujeción al Impuesto General sobre Tráfico de Empresas (20).

Desde un punto de vista puramente fragmentario y parcial, a efectos meramente fiscales o de política económica coyuntural, se han recogido así en nuestro Derecho algunas disposiciones para tutelar las operaciones de *leasing* o arrendamiento financiero. Pero no se ha entrado en el fondo de los problemas jurídicos que la implantación de esta nueva figura jurídica plantea. Falta por regular el régimen jurídico sustantivo, civil o mercantil, de esta compleja realidad contractual, su configuración legal, sus requisitos y efectos. Grave omisión ésta, que plantea especiales dificultades al examinar el marco jurídico del *leasing* o arrendamiento financiero.

Desarrollando esa incompleta regulación, la Sentencia de 28 de marzo de 1978 entendió, de acuerdo con la sentencia de apelación y la de primera instancia, que los contratos de arrendamiento sobre bienes de equipo muebles implican, de conformidad con lo que establecen las condiciones particulares pactadas en los mismos, la existencia de unas compraventas de bienes muebles a plazos sujetas a la Ley de 17 de julio de 1965. Dicha declaración judicial, formulada a efectos de negar eficacia frente a terceros a las reservas de dominio no inscritas en el Registro especial de Venta a Plazos, no aparece suficientemente justificada, por cuanto acepta el criterio interpretativo de los Tribunales de Instan-

(19) Véanse los artículos 23 a 26.

(20) CABANILLAS: *La naturaleza del «leasing»...*, pág. 42 y nota 3.

Se ha señalado recientemente como muestra del crecimiento de las operaciones de *leasing* en España que la inversión empresarial financiada a través del *leasing* en 1982 ascendió a 53.000 millones de pesetas, cantidad que se distribuye, según los objetos financiados, de la siguiente manera: automóviles y vehículos = 9.500 millones; inmuebles = 3.500 millones; bienes de equipo = 35.000 millones; ordenadores = 5.000 millones (*Boletín de ASNEF*, núm. 105, pág. 53).

cia, que debe prevalecer en el trámite de casación. De modo que no entra en el fondo del asunto y se limita a recoger aquella interpretación previa (21).

Con posterioridad, la Sentencia de 10 de abril de 1981 ha venido a establecer que, aun cuando alguna opinión en la esfera de la doctrina científica asimila en sus efectos el llamado *leasing* financiero a la compraventa a plazos con reserva de dominio, no parece posible predicar identidad de naturaleza entre ambas figuras, antes bien ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funden la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ora que se trata de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reconducidos a una unidad esencial, el parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo acentúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente para cubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2, párrafo segundo, de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o *leasing* como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica respectivamente perseguida por una y otra operación es distinta.

No es éste el momento de comentar esta última sentencia ni de revisar críticamente la fundamentación de su doctrina, claramente distinta a la defendida en la Sentencia de 1978 (22). En cualquier caso, los pronunciamientos en ella contenidos no son aplicables al *leasing* inmobiliario. Porque es contraria a la sentencia anterior y aún no hay dos sentencias concordes en la formulación de esa doctrina. Y, sobre todo, porque se trata de un caso muy concreto de *leasing* mobiliario, no susceptible de generalización a los supuestos de arrendamiento financiero de bienes inmuebles, de distinta configuración jurídica, como tendremos ocasión de ver. Baste con recordar aquí su existencia como muestra de la más reciente interpretación judicial del contrato que nos ocupa (23).

(21) Ver el comentario de esta sentencia por CABANILLAS en «El *leasing* financiero y la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles» (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1978), *ADC*, 1980, XXXIII-III, páginas 759-785.

(22) *Vid.* su referencia y las notas de CABANILLAS sobre la misma en *ADC*, 1981, XXXIV-IV, págs. 1096-99. Véase también V. CUÑAT, J. HERNÁNDEZ y V. OLAVARRÍA: «Resolución por incumplimiento. Naturaleza del contrato. Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1981», *RDM*, núms. 167-168, enero-junio 1983, págs. 229-231.

(23) Como consecuencia de la regulación fiscal del arrendamiento financiero y del progresivo desarrollo de estas operaciones en nuestra patria, en los últimos

f) La expresión anglosajona *leasing* debe ser traducida al castellano cuando este tipo de operaciones se implantan en nuestro país. Aunque la cuestión pueda parecer formal o externa, su adecuada denominación en nuestro idioma resulta necesaria para conseguir una correcta formulación técnica de esta realidad contractual, con doble motivo cuando se recoge en disposiciones legales, resoluciones jurisprudenciales y en estudios doctrinales. Recuértese que nombrar es definir y que toda ciencia es un lenguaje bien construido.

En los países europeos en que se conoce esta clase de operaciones, se denomina al *leasing* de distintas maneras, según su respectivo lenguaje nacional. Así, en Francia; *credit-bail*, *equipement-bail* y *location-amortissement*; en Bélgica, *location-financement*; en Italia, *locazione finanziaria*; en Portugal, *locação financeira*, etc. (24).

En España este problema también ha preocupado a los autores. La traducción literal de *leasing* equivale a arrendamiento sin más (*to lease* = arrendar). Y este concepto técnico no es adecuado ni suficiente para expresar la realidad que en él subyace, aunque se haya generalizado en la práctica esa expresión inglesa para referirse a determinado tipo de operaciones. Hace algunos años, RICO PÉREZ consideraba al *leasing* como «uso y disfrute de bienes ajenos con opción a compra». Aunque concebida desde un punto de vista estructural, semejante expresión parece acertada porque recoge las dos fases que comprende este contrato, y porque no utiliza la palabra arrendamiento, dudosamente aplicable a este caso, como luego veremos, sino la de «uso y disfrute», sin prejuzgar su título adquisitivo. Como descripción de esta realidad parece clara,

tiempos se han publicado no pocos trabajos sobre esta realidad contractual. Además de los estudios de CABANILLAS, DE LA CUESTA, CUERVO, RICO, VIDAL, DE LA VIÑA y de las referencias hechas al *Boletín de ASNEF*, los libros de BROSETA y MENÉNDEZ-IGLESIAS, el comentario de CUÑAT, HERNÁNDEZ y OLAVARRÍA, y los prólogos de MARTÍNEZ CORTIÑA y PÉREZ RUIZ, todos ellos ya citados en las notas precedentes, podemos recordar los siguientes:

ILLESCAS ORTIZ: «El *leasing*: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato», *RDM*, núm. 119, enero-marzo 1971, págs. 73-114.

«*Leasing* en España. Posibilidades de una alternativa financiera, Ed. Instituto de Empresa, Madrid, 1983.

MARTÍN OVIEDO: «Naturaleza y régimen jurídico de las operaciones de *leasing*», *RDFHP*, núms. 106-107, julio-octubre 1973, págs. 1043-1092

SANTOS BRIZ: *Derecho Civil. Teoría y práctica*, tomo IV: *Derecho de obligaciones. Los contratos en particular*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, págs. 169-171.

DE LA VIÑA: «El *leasing* como medio de financiación de la empresa: Su problemática», *AAMN*. XXI, págs. 215 y ss.

Véanse también las bibliografías contenidas en los libros de RICO PÉREZ (*Uso y disfrute de bienes ajenos con opción a compra*, págs. 14, nota 7 y págs. 96-97) y VIDAL BLANCO (*El «leasing»*, págs. 351-354).

(24) RICO: *Uso y disfrute* .. pág. 19; VIDAL: *El «leasing»*, págs. 47-48; *Boletín de ASNEF*, cit., pág. 54.

pero resulta excesivamente larga para recoger en un concepto técnico sintético lo que se quiere denominar. Sería, pues, más propia de una formulación doctrinal que de una denominación legal concisa (25).

VIDAL recogía las varias traducciones que se habían intentado en nuestro país del término *leasing*: «préstamo-arriendo», «alquiler-financiación», «préstamo locativo», «préstamo-alquiler», «crédito-arrendamiento», «locación-venta», etc., y señalaba como más afortunada la de «arrendamiento financiero», para terminar afirmando que la palabra *leasing* era la de uso más aconsejable por la dificultad de su traducción y su admisión internacional (26).

En el ámbito del Derecho positivo, y como hemos tenido ocasión de ver, el Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 habla de empresas de arrendamiento financiero y de operaciones de arrendamiento financiero; a estas últimas las describe en el artículo 19 por la concurrencia de dos elementos: el arrendamiento y la opción de compra. Criterio legal que se reitera en el Real Decreto de 31 de julio de 1980, relativo al arrendamiento financiero de bienes inmuebles.

Por lo demás, el artículo 21, apartado C), del Reglamento del Impuesto de Tráfico de Empresas, utiliza una denominación más compleja, a efectos de someter los contratos allí expresados a aquel Impuesto. Desde este punto de vista equipara los contratos de arrendamiento-venta, arrendamientos financieros, locación-venta, *leasing* o similares (27). Sin duda, el propósito de recoger todos los tipos posibles de esta clase de contratos, sea cual sea su denominación, y por la falta de una tipificación legal adecuada, ha determinado esta ambigüedad expresiva, que no beneficia en ningún caso la deseada precisión técnica en su regulación jurídica.

Es verdad que la palabra *leasing* resulta gráfica y sintética, y ha sido aceptada socialmente en el tráfico internacional. Pero esta comodidad de uso no resuelve el problema de encontrar una traducción de la misma razonable y expresiva, que permita su adecuada utilización técnica entre nosotros. La expresión «arrendamiento financiero» tiene la ventaja de estar ya acuñada reglamentariamente, siquiera sea en forma parcial y provisional, a los limitados efectos adjetivos de su regulación fiscal. También tiene a su favor el destacar el carácter financiero de esta clase de operaciones y el distinguirla del *leasing* operativo. Pero no resiste una fundada crítica. Porque subraya el aspecto arrendaticio de estas complejas relaciones, que, en mi opinión, ni es esencial ni siquiera traduce

(25) *Loc. cit.*, pág. 19.

(26) *El «leasing»*, págs. 48-49.

(27) ZAYAS: «El contrato de arrendamiento financiero inmobiliario», *RJC*, 1983, 2, pág. 498.

jurídicamente la realidad del uso que se cede. Además, omite toda referencia a la opción de compra, que es la fundamental. De manera que resulta ser una expresión inexacta e incompleta. Y, por tanto, no aceptable para la técnica jurídica.

En cualquier caso, puestos en el trance de encontrar la definición adecuada de *leasing* en forma sintética y expresiva, y teniendo en cuenta la dificultad que ello encierra, la aceptación social del vocablo anglosajón y el uso oficial que entre nosotros se hace del término «arrendamiento financiero», podemos provisionalmente utilizar esta expresión para entendernos. Sin renunciar a encontrar una formulación adecuada para esta clase de operaciones, tarea que especialmente encomendamos a los estudiosos de esta realidad.

II. EL «LEASING» INMOBILIARIO

Después de estas ideas previas sobre el *leasing* en general, hora es ya de centrar nuestras reflexiones sobre el *leasing* inmobiliario, que constituye el objeto de esta ponencia. La característica inicial del *leasing* inmobiliario, lo que le diferencia de las otras clases de *leasing*, es precisamente el recaer sobre bienes inmuebles, con todas las peculiaridades que esa diferencia objetiva puede determinar respecto a su régimen jurídico. No se crea, sin embargo, que el *leasing* inmobiliario es una mera especie dentro de un género más amplio, el *leasing* en general, ni que los problemas de aquél puedan resolverse por mera deducción lógica de los criterios de éste. Antes al contrario, la peculiaridad del objeto sobre que recae frente al *leasing* mobiliario (que tiene por objeto habitualmente bienes de equipo, maquinaria, automóviles, ordenadores, etc.) se traduce en una serie de diferencias funcionales, en una naturaleza *sui generis* y, en consecuencia, en un régimen jurídico distinto o, al menos, no homogéneo con el del *leasing* mobiliario.

a) Recogiendo la definición descriptiva dada por el Comité de *Leasing* de EUROFINAS en Francia, VIDAL considera a la operación de *leasing* inmobiliario como la compra y la construcción, por una sociedad especializada, de un local de uso industrial o comercial, con el fin de dárselo en arrendamiento a un usuario, con compromiso unilateral de venta, lo que permite a este último después del período irrevocable de arrendamiento convertirse en propietario del bien o proseguir el arrendamiento (28).

Y según la definición ofrecida por la Federación Europea de Asocia-

(28) *El «leasing»*, pág. 86.

ciones de Empresas de *Leasing* (LEASEUROPE), las operaciones de *leasing* inmobiliario son aquellas en las que la compañía de *leasing* arrienda, a largo plazo, uno o varios bienes inmuebles de uso profesional que adquiere o construye por cuenta del arrendatario. La duración del contrato tiene en cuenta el período de amortización de dichos bienes. El contrato así estructurado se caracteriza por las siguientes notas: a) corresponde al arrendatario la libre elección del inmueble; b) el arrendatario afecta el bien inmueble a fines profesionales o industriales; c) el arrendador conserva la propiedad del inmueble durante toda la vigencia del contrato (29).

b) El desarrollo del *leasing* inmobiliario ha sido distinto en los diferentes países, de manera que tampoco podemos hablar de un modelo unitario al estudiar esta figura.

1. Parece que fue también en los Estados Unidos donde el *leasing* empezó a aplicarse a los bienes inmuebles. Según cuentan los autores, en 1945 la Allied Stores Corporation vendió todos sus inmuebles a una fundación universitaria y simultáneamente se los volvió a alquilar por un plazo de treinta años, adquiriendo la opción de renovar el arrendamiento por otros treinta años mediante un alquiler menor al del período

(29) Boletín de ASNEF cit., pág. 57.

En Francia la Orden de 28 de septiembre de 1967 ha venido a precisar el régimen de las operaciones de *leasing* inmobiliario y a establecer un estatuto fiscal especial a las sociedades dedicadas a esta actividad. Según su artículo 1.º son consideradas de *leasing* inmobiliario las operaciones por las cuales una empresa cede en alquiler bienes inmuebles para uso profesional, comprados por ella y construidos a su cargo, cuando estas operaciones, cualquiera que sea su calificación, permiten al arrendatario convertirse en propietario de todo o parte de los bienes alquilados lo más tarde a la expiración del arriendo, ya sea por cesión en ejecución de una promesa unilateral de venta, o bien por adquisición directa o indirecta de los derechos de propiedad del terreno sobre el cual han sido edificados los inmuebles arrendados, o bien por transmisión de pleno derecho de la propiedad de las construcciones edificadas sobre el terreno perteneciente a dicho arrendatario (COILLOT: *El «leasing»*, págs. 257 y 260).

En Bélgica la Sentencia del Tribunal de Amberes de 21 de junio de 1977 ha calificado al arrendamiento financiero (*location financement*) de inmuebles como un contrato *sui generis* innominado o atípico, totalmente autónomo respecto de otras formas contractuales, particularmente el arrendamiento y la venta a plazos con pacto de readquisición. Según esta sentencia el *leasing* es un contrato por virtud del cual una parte (el inversor o cedente en *leasing*) se obliga a adquirir o construir un inmueble de conformidad con los proyectos o directivas de la otra parte (explotador o adquirente en *leasing*) y darlo en uso a la otra parte por un largo período de tiempo, mientras que el usuario se obliga a pagar al concedente una indemnización calculada de acuerdo con el capital invertido (EMILIO PIETRA: «La nozione di leasing finanziario immobiliare nella giurisprudenza belga e la nozione di 'arrendamiento financiero mobiliario' nella giurisprudenza della Suprema Corte Spagnola», en el volumen colectivo *La giurisprudenza sul leasing in Europa*, Università degli Studi di Pavia, Colana di Diritto ed Economia, 5, Giuffrè Editore, 1984, págs. 106-107).

inicial. Partiendo de esta fórmula de venta-alquiler (*sale and lease back*), se reconstruyeron en Nueva York y Londres gran número de inmuebles destruidos. Aunque, dicho sea de paso, semejante estructura contractual no encaja muy bien en nuestros esquemas jurídicos y tampoco refleja el modelo más habitual de *leasing* inmobiliario entre nosotros, sino que se refiere a una manifestación muy especial o *sui generis* del *leasing*, el llamado *lease back*.

Lo cierto es que la versión norteamericana del *leasing* inmobiliario presenta algunos caracteres especiales, a juicio de los autores que la han estudiado: Es un contrato de arrendamiento puro, sin opción de compra o promesa de venta (30). Es, además, un arrendamiento irrevocable. Desde el punto de vista financiero, el coste de la operación de *leasing* no es más elevado que el coste de una operación normal de crédito.

En el *leasing* intervienen tres partes: un intermediario, uno o varios capitalistas y uno o varios arrendatarios usuarios. El primero suele ser persona con conocimientos sobre el mercado inmobiliario, bien relacionada con capitalistas y futuros usuarios, que busca un terreno, lo ajusta o apalabra y procede a buscar a los arrendatarios. Normalmente se dirige a una gran compañía ofreciéndole en arrendamiento el número de plantas que desee, la cual podrá adquirirlas pagando cánones de arrendamiento muy baratos. Después el intermediario buscará más arrendatarios hasta completar el inmueble, pagando estos cánones de arrendamiento mucho más caros. A continuación se dirige a una compañía de seguros, quien firmará con él un contrato en virtud del cual se compromete a prestarle el 95 por 100 del precio del inmueble una vez haya sido terminado. El intermediario entonces tendrá que financiar la construcción del inmueble por medio de créditos a corto plazo. En todo caso tendrá que pagar el 5 o el 10 por 100 del precio de construcción con aportaciones personales. Los capitalistas son los que prestan aquel dinero a corto plazo para la edificación. Y los usuarios tienen interés en ser arrendatarios durante un período de tiempo, en vez de adquirir la propiedad a través del crédito correspondiente, por diversas razones; entre ellas de orden contable, si tiene grandes partidas de inmovilizado o nuevos equipos, hasta que sus nuevas inversiones estén funcionando a pleno rendimiento. En tal momento preferirán la situación de propietarios, pero mientras tanto las obligaciones derivadas del *leasing* no figurarán en el balance de los usuarios (31).

2. En Europa, en cambio, la estructura de este contrato es bastante diferente. En Francia, por ejemplo, el *leasing* inmobiliario ha tenido un

(30) Como tendremos ocasión de ver, este carácter choca frontalmente con la concepción del *leasing* inmobiliario que tenemos en España.

(31) Véase, por todos, VIDAL: *El «leasing»*, págs. 273-277.

importante desarrollo a partir, sobre todo, de la Orden de 28 de septiembre de 1967, que ha venido a establecer un régimen jurídico propio para este tipo de operaciones y un estatuto fiscal especial para las sociedades que se dedican a esta actividad. La definición reglamentaria del *leasing* inmobiliario se contiene en el artículo 1 de aquella Orden, y puede verse en la precedente nota 29. Se ha señalado que a partir de la Ley de 2 de julio de 1966, que establecía la posibilidad de extender el *leasing* a los bienes inmuebles de uso profesional, la realidad práctica del país vecino puso de manifiesto la existencia de personas interesadas en el alquiler de fábricas u oficinas a través de esta clase de operaciones, si bien las técnicas jurídicas entonces empleadas eran ciertamente complejas e indirectas (constitución de sociedad con el tomador, cesión en arriendo enfitéutico, etc.) (32).

El *leasing* inmobiliario se configura como un contrato de arrendamiento de duración determinada que lleva consigo una promesa de venta. En él intervienen dos sujetos: el arrendador, que se compromete a construir o comprar un inmueble a instancia del futuro usuario, y a arrendárselo por una duración determinada, concediéndole además una promesa unilateral de venta a un precio fijado en el momento inicial de la operación. Y el arrendatario que acepta las cláusulas establecidas por la sociedad de *leasing*, se obliga a pagar los alquileres y no puede rescindir el contrato unilateralmente, por ser un contrato irrevocable para ambas partes.

En fin, el legislador francés ha establecido que estas operaciones sólo pueden ser realizadas de modo habitual por empresas comerciales especializadas en el arrendamiento de inmuebles profesionales, que toman la denominación de «Sociedades Inmobiliarias para el Comercio y la Industria» (SICOMI), cuyos estatutos deben cumplir un conjunto de requisitos (entre ellos, el de tener un capital mínimo de diez millones de francos) y ser aprobados por el Ministerio de Economía y Finanzas (33).

(32) COILLOT, *loc. cit.*, págs. 241-246 y 257. Véanse especialmente las páginas 247-251 sobre las fórmulas jurídicas utilizadas por las sociedades PRETABAIL, LOCAMUR y BATINOREST.

(33) VIDAL, *ob. cit.*, págs. 277-281.

Para el examen del *leasing* inmobiliario en Bélgica a través de la Jurisprudencia de aquel país, véase el estudio de EMILIO PIETRA citado en la nota 29 e incluido en el volumen colectivo *La giurisprudenza sul leasing in Europa*. Respecto a Italia puede verse el libro de GIAN MARIA GALIMBERTI: *Il leasing industriale e il leasing immobiliare*, Giuffré Editore, Milano, 1983, especialmente páginas 65-86, 103 y 107-108; véase también el resumen de bibliografía recogido en las págs. 117-118 y el estudio de PIERGIORGIO FROVA: «Caratteristiche di novità e creatività del contratto di leasing in Italia», contenido en el volumen colectivo antes expresado acerca de la jurisprudencia sobre el *leasing* en Europa, páginas 115-137.

Parece claro que las operaciones de *leasing* inmobiliario que se realizan en España tienen mayor semejanza con el sistema francés que con el norteamericano. Y que, en todo caso, para descubrir su significado y régimen jurídico no se pueden desconocer las peculiaridades de nuestra legislación y los principios que informan nuestro sistema jurídico.

c) La aplicación de la técnica del *leasing* a los bienes inmuebles apenas se había practicado en nuestra patria hasta la publicación del Real Decreto de 31 de julio de 1980, que vino a conceder sanción legal y protección fiscal a este nuevo tipo de operaciones inmobiliarias. Aparte de otras razones, quizá vino determinada esa falta de aplicación práctica por la falta de una regulación mínima de este contrato y, sobre todo, por el número de impuestos que lo gravaban y el elevado coste fiscal de la operación. Se ha dicho repetidas veces que el desarrollo del *leasing* inmobiliario encontraba serias dificultades jurídicas y fiscales en la legislación española (34), que el mayor coste de estas operaciones derivado de la incidencia fiscal sobre las mismas las hacía prohibitivas para las partes contratantes (35), y que eran obstáculos de carácter fiscal los que habían impedido un mayor desarrollo del *leasing* financiero en España (36).

El *leasing* inmobiliario se encuentra regulado principalmente por el Real Decreto 1669/1980, de 31 de julio, que permite a las sociedades de arrendamiento financiero, inscritas en el Registro especial del Ministerio de Hacienda, extender esa actividad a los bienes inmuebles (art. 1). Como requisitos del arrendamiento financiero inmobiliario señala los siguientes: 1. Los bienes deben ser objeto de tráfico empresarial habitual. 2. Deben quedar afectos por el usuario, durante toda la vigencia del contrato, exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales. Quedan excluidos de estos contratos los inmuebles destinados a fines distintos (37), y entre ellos, expresamente, los destinados a vivienda. 3. El contrato debe contener necesariamente una opción de compra a favor del arrendatario al término del arrendamiento (arts. 1 y 2). Además, el artículo 3 de este Real Decreto hace una remisión a los requisitos exigidos por el Real Decreto-ley 15/1977,

(34) «Informe sobre el *leasing* en España», elaborado por la Delegación española en LEASEUROPE y citado por VIDAL: *El «leasing»*, pág. 281.

(35) VIDAL, *loc. cit.*, pág. 282.

(36) CABANILLAS: *La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero*, página 42 y nota 3.

Un resumen de ese complejo régimen fiscal vigente antes del Real Decreto de 31 de julio de 1980 puede verse en VIDAL, *loc. cit.*, págs. 282-286, y CABANILLAS, *ibid.*

(37) «Inmuebles que no sean necesarios para el ejercicio de los fines señalados anteriormente», se dice taxativamente en su artículo 1.º

de 25 de febrero, que, como ya hemos visto, hacen referencia al contenido de las operaciones de arrendamiento financiero y a las empresas que a ellas se dedican (38). Y en los artículos 4 y 5 establece el régimen fiscal aplicable a las ventas que se realicen como consecuencia de estos contratos y determina la base imponible a efectos del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas.

De manera que el citado Real Decreto regula por primera vez entre nosotros las operaciones de arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles, si bien lo hace a los limitados efectos de aplicarles el régimen fiscal protector que allí se establece, respetando en todo caso (como no podía por menos de hacer), «el régimen jurídico sustantivo que les sea aplicable en cada caso» (art. 3). Ello quiere decir que: 1) Aunque sea en forma parcial y fragmentaria, se consagra en nuestro Derecho la posibilidad y se reconoce la licitud de las operaciones de *leasing* inmobiliario o arrendamiento financiero de bienes inmuebles, siempre que se cumplan determinados requisitos. 2) Queda al margen de dicho Real Decreto la existencia del régimen jurídico sustantivo aplicable, que no puede encontrarse en el mismo. Por desgracia, ese régimen jurídico sustantivo no ha sido todavía objeto de regulación, y esa laguna legal es especialmente grave en esta materia por su complejidad, la dificultad de adaptar a nuestro sistema esquemas contractuales nacidos en otros ordenamientos bien distintos; y la imperiosa necesidad de formular el marco jurídico adecuado para dotar de protección a esas relaciones y a su necesaria eficacia frente a terceros. 3) En todo caso, los requisitos fijados en ese Real Decreto lo son a efectos puramente fiscales, pero no condicionan la existencia válida del contrato, su licitud, su eficacia ni el grado de su protección jurídica, cuestiones éstas que sólo pueden regularse al establecer el régimen sustantivo, civil o mercantil (39).

Apoyándose en la regulación contenida en dicho Real Decreto de 31 de julio de 1980, completado con el de 25 de febrero de 1977, ZAYAS

(38) Véase lo dicho anteriormente en I, e).

(39) Algún autor ha señalado que ante la falta de una normativa de derecho sustantivo civil o mercantil, la laguna legal debe suplirse acudiendo al principio de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil), la teoría general de los contratos mercantiles y civiles (art. 50 del Código de Comercio) y las reglas del contrato de arrendamiento (arts. 1.543 y ss. del Código Civil) (ZAYAS SANZA: *El contrato de arrendamiento financiero inmobiliario*, RJC, 1983, núm. 2, página 482). Opinión que sólo parcialmente me parece aceptable, pues si es adecuada la remisión a la autonomía de la voluntad y a la teoría general de los contratos, puede ser menos procedente esa referencia en bloque al contrato de arrendamiento, ya que para ello habría que demostrar previamente que en el *leasing* inmobiliario hay efectivamente una relación arrendaticia, lo cual es, a mi juicio, por lo menos dudoso. Más adelante nos referiremos a esta importante cuestión.

SANZA ofrece el siguiente concepto descriptivo del contrato de arrendamiento financiero inmobiliario: Un contrato mercantil, mixto, consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y de tracto sucesivo, por el que el usuario (cliente de la compañía de *leasing*), que precisa adquirir un inmueble para afectarlo durante toda la vigencia del contrato a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales, encarga a una empresa de arrendamiento financiero la adquisición del bien inmueble para que, una vez adquirido por dicha empresa, ésta se lo arriende por un plazo determinado e irrevocable, satisfaciendo por ello una contraprestación periódica o canon que comprenda el valor del bien, los gastos de adquisición y los intereses de la financiación, y con la particularidad de que una vez transcurrido el plazo pactado, el usuario puede optar entre devolver el inmueble, adquirirlo por su valor residual o celebrar un nuevo contrato semejante (40).

No vamos a entrar ahora en el examen de las disposiciones complementarias del Real Decreto de 1980 que regulan el régimen económico y fiscal del *leasing* inmobiliario (41). Lo cierto es que la reglamentación publicada, aunque parcial e insuficiente, ha supuesto un tratamiento fiscal mucho más favorable para este tipo de operaciones, de acuerdo con las opiniones mantenidas por un sector mayoritario de nuestra doctrina y las peticiones formuladas por las sociedades de *leasing*. Lo que se ha traducido, evidentemente, en un mayor desarrollo del *leasing* inmobiliario (42). Y ese crecimiento de estas figuras contractuales impone, cada vez con mayor urgencia, la necesidad de establecer legislativamente su adecuado régimen jurídico sustantivo y de reflexionar seriamente sobre los problemas jurídicos que plantea (43).

(40) *Loc cit.*, págs. 482-483.

(41) Normas reguladoras del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas, Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades, etcétera. Véase su referencia detallada y actualizada en ZAYAS SANZA, *loc. cit.*, páginas 496-505, y en la comunicación presentada a este VI CONGRESO INTERNACIONAL por nuestro compañero JOSÉ MENÉNDEZ bajo el título «El *leasing* inmobiliario y sus repercusiones jurídico-fiscales».

Recuérdese también que en la reciente Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de julio de 1984 (BOE de 6 de agosto) se contienen disposiciones sobre la necesaria información financiera de las Sociedades de Arrendamiento Financiero, entre otras entidades.

(42) Aunque no dispongamos ahora de cifras comparativas, ya antes he señalado que la inversión empresarial financiada a través de *leasing* y referida a bienes inmuebles ascendió en 1982 a 3.500 millones de pesetas.

(43) Fuera de las referencias, más o menos superficiales, que en los libros y estudios sobre el *leasing* en general se dedican al *leasing* inmobiliario, es muy escasa la bibliografía española sobre esta clase de *leasing*. Recordemos la siguiente:

BENAYÍDES DEL REY: «Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de bienes inmuebles regulados en el Real De-

d) Al margen de esas indudables ventajas fiscales, que pueden hacer más atractiva la operación para los usuarios de bienes inmuebles o clientes de las sociedades de arrendamiento financiero, ¿cuáles son las ventajas prácticas que ofrece este tipo de contrato? ¿Por qué se acude al *leasing* en vez de a la venta a plazos con reserva de dominio? ¿Cuál es el propósito práctico perseguido por los adquirentes de un inmueble en *leasing*? Importantes preguntas, no siempre fáciles de responder para quien no es especialista en estas materias, que exigirían la elaboración de una verdadera sociología del *leasing*, y que ahora no podemos afrontar. En todo caso su respuesta, que apunta a las motivaciones de las partes y a la realidad económica subyacente, resulta necesaria para el jurista, porque sólo partiendo de esa infraestructura económica y social se puede llegar a enjuiciar el significado jurídico de esta figura.

Más adelante volveremos sobre estas cuestiones, al estudiar la naturaleza jurídica del *leasing* inmobiliario. Baste con resumir ahora algunas de las ventajas que los autores atribuyen al *leasing*. Con carácter general se afirma que el *leasing*: 1) Permite la financiación de la totalidad de la inversión sin desembolsos iniciales. 2) Las cuotas satisfechas por el usuario tienen la consideración de gasto deducible, con aplicación de los incentivos por inversión. 3) Mantiene inalterable la estructura patrimonial del balance. 4) Permite reembolsar la operación con los rendimientos del inmueble financiado, facilitando una correcta imputación de costos (44).

En relación directa con el *leasing* inmobiliario se han señalado las siguientes ventajas: 1) Para el promotor o propietario del suelo, edificio o local, el percibir totalmente al contado el valor del mismo. 2) Para la sociedad de *leasing*, al no transmitir la propiedad del bien, conserva la garantía que se deriva de esa titularidad dominical. 3) Para el usuario, el no tener que disponer de cantidad alguna adelantada, el poder pagar los plazos previstos con cargo a los rendimientos que la empresa produzca, el deducir como gasto la totalidad de lo pagado a efectos fiscales, y poder optar al final del plazo por la adquisición del inmueble pagando un valor inferior al primitivo (45).

creto de 31 de julio de 1980», *RCDI*, núm. 558, septiembre-octubre 1983, páginas 1171-1256.

DÍEZ MONTERO: «Dictamen sobre construcción en suelo ajeno por sociedades de *leasing*, emitido a encargo de A., S. A.», *RCDI*, núm. 560, enero-febrero 1984, páginas 153-177.

VERDÚ DÍAZ: «*Leasing* inmobiliario», en el volumen colectivo «*Leasing*» en España. Posibilidades de una alternativa financiera, Ed. Instituto de Empresa, Madrid, 1983, págs. 97-101.

ZAYAS SANZA: «El contrato de arrendamiento financiero inmobiliario. *Leasing* inmobiliario», *RJC*, 1983, núm. 2, págs. 479 a 505.

(44) *Boletín de ASNEF* cit., pág. 64.

(45) RICO PÉREZ, *loc. cit.*, pág. 45.

e) Como ya hemos señalado, y ha puesto de manifiesto la doctrina, el *leasing* inmobiliario no es una simple especie o manifestación del *leasing* en general. Aunque apoyado en la misma estructura contractual, la diferencia de objeto implica una serie de perfiles distintos. Por eso se ha afirmado que la problemática derivada del arrendamiento financiero de inmuebles presenta unas características de hecho y de derecho que difiere notablemente de la que ofrece la de los bienes muebles, y que la novedad de la figura, desde el punto de vista jurídico, así como su proyección económica y social, obliga a fijar posiciones partiendo de bases nuevas (46).

Pues bien, ¿cuáles son los rasgos más característicos del *leasing* inmobiliario frente al *leasing* en general? (47). A diferencia de lo que ocurre con los bienes muebles o bienes de equipo, los inmuebles financiados conservan siempre cierto valor e incorporan normalmente una plusvalía con el paso del tiempo. Como ha señalado acertadamente CABANILLAS, en el *leasing* de bienes inmuebles existe una peculiaridad importante, y es que, a diferencia de los bienes de equipo, los inmuebles están sujetos a una plusvalía continua. La especulación sobre el valor del terreno está siempre presente en el ámbito inmobiliario, llevando consigo una especulación sobre el valor de las construcciones que se edifiquen sobre él. También hay que tener en cuenta que los inmuebles industriales y comerciales tienen normalmente una vida mucho más dilatada que la de un equipo industrial, y la innovación tecnológica no juega respecto de los inmuebles de igual manera que en los bienes de equipo, en que es mucho más acusada. En el *leasing* de inmuebles, el valor residual del conjunto terreno-construcción suele ser superior al que éste tenía en el momento de la celebración del contrato. Por ello, COILLOT ha afirmado que en el *leasing* de bienes muebles el uso aventaja a la propiedad, mientras que en el de bienes inmuebles la propiedad siempre vence al uso (48).

Desde otro punto de vista, el *leasing* inmobiliario puede presentar alguna otra particularidad. Cuando el usuario desea que la sociedad de *leasing* construya un nuevo edificio sobre terrenos de su propiedad o respecto de los cuales tenga un derecho de superficie, el esquema contractual se hace más complejo hasta que, una vez terminada la construcción, se formaliza la cesión del uso y la atribución del derecho de opción de compra.

(46) BENAVIDES, *loc. cit.*, pág. 1178.

(47) Hablamos aquí de *leasing* inmobiliario en su acepción más habitual, como sinónimo de *leasing* financiero o arrendamiento financiero de bienes inmuebles. Porque, como es sabido, dentro del *leasing* inmobiliario caben también diversas modalidades; por ejemplo, *lease-back*.

(48) *La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero...*, págs. 45 y 72-73.

En todo caso, las especiales circunstancias que caracterizan a los bienes inmuebles (aumento de valor por el transcurso del tiempo, duración mucho más larga) constituyen una de las razones por las cuales el ejercicio de la opción de compra es más habitual en el *leasing* inmobiliario que en el mobiliario. Hasta el punto de que se ha podido decir que el derecho de opción de compra es un elemento esencial de este tipo de contratos (49). A mi juicio, no se trata sólo de que por imperativo legal la opción de compra a favor del usuario debe figurar necesariamente en el contrato de arrendamiento financiero cuando recae sobre bienes inmuebles (art. 2 del Real Decreto de 31 de julio de 1980) —porque esto ocurre también en los bienes de equipo (art. 19 del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977)—, sino de que en aquéllos el usuario tiene más motivos para querer ser propietario de los bienes cedidos al final del período de su uso.

f) La determinación de la naturaleza y requisitos de los inmuebles sobre los cuales recae el contrato de arrendamiento financiero, y las posibles vicisitudes que puedan experimentar, son cuestiones que no han dejado de plantear problemas en el plano jurídico.

En términos muy generales se considera que los bienes objeto de estos contratos han de ser inmuebles por naturaleza, de los enumerados en el artículo 334 del Código Civil, pero no accesiones ni pertenencias, es decir, que deben quedar excluidos los inmuebles por incorporación y por destino (50). Evidentemente, los inmuebles pueden ser tanto de naturaleza urbana como rústica, y para la protección fiscal que se establece en el Real Decreto de 31 de julio de 1980 deberán cumplir los requisitos de destino o afectación que en su artículo 1.º se recogen.

Como se recordará, uno de estos requisitos es que los inmuebles «sean objeto de tráfico empresarial habitual». Y se ha señalado con razón que esta exigencia reglamentaria puede plantear algunas dudas en su interpretación. La habitualidad en el tráfico depende no del bien, sino de la actividad del empresario que realiza ese tráfico. Se trata de un requisito no objetivo, sino subjetivo. El empresario que habitualmente realiza esas operaciones de tráfico sobre bienes, uno de los cuales es el inmueble adquirido en virtud de arrendamiento financiero, ¿será la sociedad de *leasing* o el usuario? Más razonable parece pensar que la exigencia reglamentaria se refiere a este último. Porque la sociedad de *leasing*, por definición, es una empresa que se dedica habitual y exclusivamente (art. 22, 3, del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977) a operaciones de arrendamiento financiero, y respecto de ella resulta

(49) ZAYAS SANZA, *loc. cit.*, págs. 498-499.

(50) VIDAL: *El «leasing»*, pág. 273.

clara su actividad habitual en la realización de estos contratos. Mientras que el adquirente de inmuebles en *leasing*, sea persona natural o jurídica, debe ser un empresario que se dedique habitualmente a un tipo de actividad (agraria, industrial, comrcial, de servicios o profesional: artículo 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980) (51) respecto de la cual sirva como medio o instrumento ese inmueble. Si éste queda fuera de su actividad empresarial, el contrato no estará protegido por el Real Decreto de 1980 citado. Precisamente una de las finalidades de esta reglamentación es proteger a los empresarios, no a los particulares que no ejerzan actividad mercantil o profesional (52). Por eso se excluyen las viviendas, a mi juicio injustificadamente. No vamos ahora a revisar críticamente las razones en que se quiere apoyar la protección fiscal contenida en aquel Real Decreto, tarea que bien merecería una reflexión aparte. Baste con recordar el dato de esa tutela empresarial y las consecuencias que de ahí se derivan para aclarar la duda planteada.

BENAVIDES ha estudiado con detalle dos cuestiones relacionadas con el tema que ahora nos ocupa: La naturaleza urbana de los inmuebles cedidos y la posibilidad de contratar un arrendamiento financiero sobre inmuebles cuya construcción no se ha terminado o ni siquiera se ha empezado, es decir, sobre inmuebles en proyecto o en construcción. En relación con la primera de ellas, entiende que la naturaleza del suelo, sus posibilidades de uso y aprovechamiento, son el resultado final de un proceso de calificación basado en los planes de urbanización o, en su defecto, en los principios establecidos en la legislación urbanística (artículos 58, 1, y 76 de la Ley del Suelo). Desde esta perspectiva, que nos parece totalmente correcta, se hace necesario señalar unos criterios que permitan determinar el carácter urbano o rústico de los inmuebles a que se refieren los contratos de *leasing* inmobiliario. Apoyándose en lo establecido en la Instrucción de la Subsecretaría de Hacienda de 22 de septiembre de 1982 sobre delimitación de suelo sujeto a contribución territorial urbana, distingue varios supuestos según se trate de términos municipales que tengan o no plan general de ordenación, y termina afirmando que entre las actividades preparatorias de los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles se impone la de consultar e informarse sobre el régimen jurídico aplicable a una finca, el cual resultará inevitablemente de la clasificación y calificación previa del suelo

(51) No entramos ahora en la imprecisión técnica que puede significar el considerar a los profesionales liberales como empresarios. Sin duda influyen aquí consideraciones de tipo fiscal para calificar esas actividades.

(52) Recuérdense las palabras del señor FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ resumidas en la nota 13.

en el que geográficamente se encuentre aquélla enclavada o del que forme parte (53).

En cuanto a la segunda de aquellas cuestiones, el problema puede plantearse en estos términos: ¿puede un inmueble en proyecto o en construcción ser objeto de un contrato de arrendamiento financiero cuando la finalidad que se persigue con éste es la utilización de la finca una vez terminada? Partiendo del artículo 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980, y de las posibles interpretaciones de él derivadas, BENAVIDES cree que este especial supuesto no fue tenido en cuenta por el legislador al redactar aquel precepto; que lo que realmente se pretendió fue vincular al arrendatario desde el momento mismo del contrato y durante toda la vigencia del mismo a destinar el inmueble al uso estipulado de entre los previstos en la ley; que la afectación a un fin debe interpretarse como un compromiso *in fieri*, cualquiera que sea el estado en que se encuentre el inmueble, de modo que comprenda no sólo su utilización una vez terminado, sino también la intención de dirigir todas las actividades preparatorias (incluida la de construcción) al fin perseguido; y que, por tanto, es admisible la posibilidad de arrendamiento financiero sobre inmuebles en proyecto o en construcción (54).

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL «LEASING» INMOBILIARIO

Cuando se estudia el *leasing* inmobiliario resulta tarea necesaria la reflexión sobre su naturaleza jurídica. En primer lugar porque tratándose de un contrato atípico, carente de regulación jurídica sustantiva y apoyado casi exclusivamente en la autonomía de la voluntad, es inevitable determinar cuáles sean las normas aplicables al mismo de acuerdo con su naturaleza institucional. Pero además porque existen una serie de factores que concurren en esta figura: su contenido complejo, no susceptible de ser encuadrado en uno de los esquemas legales típicos; la frecuente variación de ese contenido contractual, de acuerdo con las cláusulas consentidas por las partes o impuestas por una de ellas, que produce una imprecisión de sus contornos; el ser habitualmente un contrato de adhesión, dotado de condiciones generales redactadas unilateralmente por la sociedad de *leasing*; el hecho de que muchas veces la regulación pactada desvirtúa el esquema legal de las instituciones típicas que se yuxtaponen dentro del mismo; el dato cierto de que el fin perseguido por las partes no se corresponde con la estructura contractual utilizada. Por todo ello, y por aquella necesidad de determinar el régimen

(53) *Loc. cit.*, págs. 1190-1193.

(54) *Ibid.*, págs. 1193-1194.

jurídico aplicable a esta figura, lo cual exige precisar previamente sus perfiles institucionales, se hace preciso conocer su naturaleza jurídica.

Como ha señalado la doctrina más autorizada entre nosotros, la interpretación de las normas supone tanto la búsqueda de la norma aplicable como descubrir su sentido y significado (55). No hace falta recordar ahora cómo la interpretación es la más difícil y la más importante de las tareas que realizan los juristas en la sociedad. Si esta idea es cierta con carácter general, lo es doblemente y con un especial relieve cuando se proyecta sobre la actividad que realizan los Registradores de la Propiedad y específicamente sobre su función calificadora. Pues bien, para poder elegir la norma aplicable a un supuesto concreto, en este caso a un contrato de arrendamiento financiero inmobiliario, se hace necesario descubrir previamente su naturaleza jurídica, su estructura y función contractual.

Por otra parte, y como ha recordado BENAVIDES, la mayor parte de la doctrina española, al estudiar la figura del *leasing* y su naturaleza jurídica, lo ha hecho centrando su atención en el de bienes muebles, y muchas de las opiniones vertidas entre nosotros lo han sido con anterioridad al Real Decreto de 31 de julio de 1980, sin tener en cuenta la figura del *leasing* inmobiliario ni las referencias que al mismo se hace en esta reglamentación (56).

a) En primer lugar, el arrendamiento financiero de bienes inmuebles se nos aparece como una realidad compleja. Aparte de otras relaciones precontractuales en que ahora no nos vamos a detener, la ejecución del contrato de *leasing* obliga a: 1. La adquisición del inmueble por la sociedad de *leasing*, de acuerdo con las indicaciones hechas por el futuro usuario. 2. Su cesión al usuario en régimen de arrendamiento financiero y la concesión a éste de un derecho de opción de compra ejercitable en determinadas condiciones al terminar el período de uso. 3. El pago periódico por el usuario de las cantidades convenidas como contraprestación del uso que se cede, y la asunción por aquél de las demás obligaciones estipuladas.

No es obligatorio, sino facultativo, que el usuario llegue a adquirir la propiedad del inmueble cedido mediante el ejercicio del correspondiente derecho de opción. Aunque lo más frecuente es que esa opción se ejercite en todo caso por el interés que el usuario tiene en convertirse en propietario, a diferencia de lo que ocurre en el *leasing* mobiliario, y por las razones que luego expondremos.

(55) FEDERICO DE CASTRO: *Compendio de Derecho Civil*, 5.ª ed., Madrid, 1970, página 106.

(56) *Loc. cit.*, pág. 1181.

Así que son tres los negocios jurídicos que resultan del contrato de *leasing* (57): compraventa, cesión de uso o arrendamiento financiero, opción de compra; actos distintos, entre sí, de diferente naturaleza y efectos, pero que integran el contenido de la relación jurídica derivada de este contrato. Esa complejidad presta al examen del contrato que estudiamos una especial dificultad.

Admitido el carácter unitario del *leasing*, a pesar de la complejidad de su contenido, porque esos tres actos jurídicos no son independientes entre sí ni pueden ser considerados en forma aislada, sino que constituyen etapas de un proceso contractual más amplio del que forman parte tanto por su origen como por su finalidad, debemos afirmar la existencia de una única relación negocial en esta figura, en la cual intervienen tres personas. Si bien la posible formalización sucesiva y separada de estos actos y su distinta eficacia intersubjetiva y jurídico-real puede modificar en la práctica aquel esquema unitario en su proyección registral.

Frente a las opiniones partidarias de considerar al *leasing* como una denominación plurívoca susceptible de muy distintos contenidos, y sin perjuicio de reconocer esa diversidad de modalidades en su aplicación práctica, creemos que se trata de un verdadero contrato, no una suma de actos diversos, unitario a pesar de su evidente complejidad. Y que esa unidad se funda en el propósito práctico querido por las partes, aunque el camino para conseguirlo comprenda distintas etapas y utilice técnicas jurídicas diversas.

b) El estudio de la naturaleza del *leasing* se ha hecho habitualmente desde el punto de vista de su estructura y los distintos actos que integran su contenido. Teniendo en cuenta esa complejidad y la necesidad de examinar las relaciones jurídicas resultantes de esos actos concurrentes, o bien se asimila su naturaleza a la de una de ellas, que se considera la primordial, o bien se defiende el carácter unitario y complejo sin más, resultante de esa diversidad de elementos heterogéneos y yuxtapuestos.

Los autores que se ocupan de estas tareas han dedicado muchas páginas al examen de la naturaleza del *leasing* y de las numerosas teorías surgidas en relación con el mismo (58). No podemos entrar ahora en tan

(57) Al resumir este ejemplo en términos tan elementales, nos referimos —claro es— al caso más habitual de *leasing* inmobiliario, cuando el inmueble es propiedad de una tercera persona y debe ser adquirido por la sociedad de *leasing* para su posterior cesión al usuario. No recogemos otros supuestos más complejos, en que la sociedad de *leasing* debe construir el edificio en suelo propio adquirido mediante compra previa, o en suelo ajeno a través de la concesión de un derecho de superficie a su favor.

(58) DE LA CUESTA: *Reflexiones en torno al «leasing»*, págs. 542-543, 546-551 y 555-570; CUERVO: *La problemática de los modernos medios...*, pág. 898; MARTÍN OVIEDO: *Naturaleza y régimen jurídico...*, págs. 1064-1077; RICO PÉREZ: *Uso y disfrute...*, págs. 31-36; MENÉNDEZ-IGLESIAS: *Derecho Mercantil*, II, págs. 96-97;

minucioso planteamiento doctrinal. Por su extensión, que alargaría desproporcionadamente esta Ponencia. Y porque la mayor parte de esas reflexiones se refieren al *leasing* en general, no al inmobiliario en particular (59). Recordemos tan sólo, lo más brevemente posible, aquellas dos vías de aproximación al problema (60).

1. a') Una primera línea de opinión considera al *leasing*, por su carácter de operación financiera, como un préstamo de dinero que hace la sociedad de *leasing* al usuario. Es la tesis de GIOVANOLI, entre otros. Frente a ella se manifiesta la mayor parte de la doctrina (61).

b') Más predicamento ha tenido la teoría que descubre en el *leasing* una compraventa a plazos con reserva de dominio. Por cuanto lo que pretende el adquirente en *leasing* es llegar a ser dueño en un momento posterior a través del ejercicio de la opción de compra e ir pagando mientras tanto el precio aplazado de esa adquisición mediante el canon arrendaticio. Tesis defendida por DE LA CUESTA y ZUMALACÁRRGUI, entre otros. El Tribunal Supremo se inclinó por esa solución en la Sentencia de 28 de marzo de 1978, pero en una posterior Sentencia de 10 de abril de 1981 ha rectificado esa opinión. Por aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 (art. 21), que excluye a las operaciones de arrendamiento financiero de las normas de la Ley de Ventas a Plazos de 1965, DE LA VIÑA entiende que el problema está legalmente resuelto y que no cabe esa asimilación. En el mismo sentido se pronuncia la mayoría de nuestros autores, incluidos aquéllos cuya reflexión se proyecta sobre el *leasing* inmobiliario (62).

Sin embargo, CABANILLAS matiza esa generalizada postura negativa respecto a la asimilación con la venta a plazos en un doble sentido que parece oportuno recordar. En primer lugar, al comentar aquella Sentencia de 10 de abril de 1981, reitera la tesis por ella mantenida, según la cual si bajo la forma del *leasing* se encubriera una verdadera compraventa aplazada, el contrato quedaría fuera del marco legal establecido

VIDAL: *El «leasing»*, págs. 125-152; DE LA VIÑA: *El «leasing» financiero como objeto...*, págs. 17-31; CABANILLAS: *La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero ...*, págs. 48-66.

(59) Sobre este último véase ZAYAS SANZA, *loc. cit.*, págs. 483-488, y BENAVIDES, *loc. cit.*, págs. 1174-1186.

(60) Tampoco nos referimos a las discusiones planteadas en relación con la compraventa previa a la cesión en arrendamiento financiero. Alrededor de ella ha surgido la teoría del mandato para justificar la actividad de la sociedad de *leasing* que actúa por encargo del usuario. Véase su exposición en VIDAL (págs. 131-140), partidario de la misma, y su refutación en BENAVIDES (págs. 1176-1181). Nos limitamos, pues, a la etapa posterior y central en que entran en juego la cesión de uso o arrendamiento y la opción de compra.

(61) CABANILLAS: *La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero ..*, páginas 53-56.

(62) BENAVIDES, *loc. cit.*, págs. 1181-1183.

por los Decretos de 1977 y 1980 y sujeto a la legislación general aplicable a ese tipo de compraventa. En segundo término, al referirse en los términos antes recogidos (véase II, e), a las peculiaridades que presenta el *leasing* de bienes inmuebles y a la importancia que en ellos tiene la propiedad frente al mero uso, afirma que en el marco de esta clase de *leasing* estamos aún más claramente ante la venta que ante el arrendamiento con opción de compra, cuando el valor de los inmuebles es elevado en el momento en que el usuario puede ejercitar la opción de compra y el precio fijado para el ejercicio de ésta es nominal o simbólico (63). Lo cual en la práctica ocurre casi siempre.

c') Para otros autores el *leasing* se equipara sustancialmente con el arrendamiento o cesión de uso que en el mismo formalmente se consagra. Se hace descansar sobre esa situación arrendaticia la esencia del *leasing*, bien sea por estimar que éste es su elemento principal, bien por considerar que la opción de compra es algo incorporado al arrendamiento o accesorio del mismo, que puede o no ejercitarse, mientras que el uso concedido por la sociedad de *leasing* es ineludible. Se utiliza así el concepto clásico del arrendamiento de cosas para reflejar la naturaleza, o al menos la estructura principal, de esta peculiar figura jurídica. De manera que serán las reglas legales del arrendamiento las aplicables a la misma (64).

2. Desde un punto de vista más amplio y extensivo, pero igualmente estructural, se piensa que el *leasing* es un contrato mixto o *sui generis*, resultante de la unión de varios esquemas contractuales (principalmente el arrendamiento y la opción de compra), que no se identifica con ellos y que tiene una naturaleza atípica e independiente. Contrato distinto pero inseparablemente conectado con el arrendamiento y la opción de compra, cuya conjunción integra su complejo contenido. Pero a la hora de obtener las conclusiones prácticas que de esa concepción se derivan, y ante la atipicidad o falta de regulación sustantiva del contrato en cuestión, se llega a la conclusión de que habrá que aplicar, aunque sea con carácter supletorio y analógico, las disposiciones reguladoras de uno y otro tipo contractual. Con lo cual se desemboca en una yuxtaposición de normas aplicables y se olvida su configuración unitaria predicada. Por este camino discurre la opinión de la mayor parte de los autores españoles que últimamente se han ocupado del problema.

c) En mi opinión, las teorías apuntadas y tan escuetamente resumidas pueden dar pistas para acercarse al problema planteado, pero no lo resuelven de una manera totalmente satisfactoria. Quizá porque el ca-

(63) *Loc. cit.*, pág. 73.

(64) Véase una exposición de esta tesis en CABANILLAS (*loc. cit.*, págs. 58-59 y 63-66) y BENAVIDES (*loc. cit.*, pág. 1183).

mino seguido en sus razonamientos no es el más adecuado. Lo importante para descubrir los perfiles de este tipo contractual no es tanto el examen de su estructura o elementos concurrentes, cuanto el de su función o finalidad perseguida por las partes a través del mismo.

¿Cuál es el propósito práctico perseguido por el usuario que adquiere bienes inmuebles en régimen de *leasing*? (65). ¿Qué se pretende por las partes, la sociedad de *leasing* y el usuario, cuando conciertan un contrato de arrendamiento financiero inmobiliario? ¿Cuál es la causa jurídica específica de este contrato? He ahí las cuestiones fundamentales que deben ser planteadas.

En términos muy generales parece poder afirmarse que el que adquiere un inmueble (edificio, oficina, nave o local comercial) en régimen de *leasing* pretende hacerse dueño del mismo, pero al no tener metálico actualmente disponible en cantidad suficiente para esa compra, va pagando en plazos sucesivos esa adquisición, de manera que al final del plazo estipulado pueda consumir su situación de propietario mediante una reducida cantidad (el llamador «valor residual») a través del ejercicio de la opción de compra formalmente concedida, y mientras tanto puede tener a su disposición el uso del inmueble deseado (a través del llamado «arrendamiento»).

El adquirente quiere hacerse dueño del inmueble que necesita para su explotación, negocio o profesión (66); no le basta con ser un mero poseedor o «usuario» del bien cedido en *leasing*, a pesar de ser esta denominación de «usuario» la que habitualmente se utiliza para calificar su rol o papel que desempeña en esa relación contractual. Si así fuera.

(65) La regulación de los negocios jurídicos se hace atendiendo al propósito práctico o resultado social del negocio, porque conforme a él se protege a las mismas partes, y se valora su alcance como título de derechos y obligaciones en relación con los terceros interesados. Atender al propósito práctico del negocio no supone disminuir el alcance de la autonomía de la voluntad, sino por el contrario tenerla en cuenta en su doble aspecto de libertad y de responsabilidad. Lo que con ello se entiende no permitido es el pretender aprovecharse de una figura jurídica respecto de ciertos efectos (adquirir como comprador), aunque no se den los requisitos (por ejemplo, el precio) propios de ella (los que se pretenden suplidos por la voluntad del efecto jurídico), y con esto el liberarse, a costa de otro u otros, de las cargas y limitaciones (responsabilidad) que impone la figura jurídica que corresponde al propósito práctico propuesto (por ejemplo, hacer una liberalidad)... El negocio jurídico debe verse en función de su verdadero propósito práctico, de su real significado social (FEDERICO DE CASTRO: *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, págs. 29-30).

Fácilmente se aprecia que, además del valor indudable que tienen estas consideraciones para la teoría general del negocio jurídico y para su proyección inmediata sobre cada una de las manifestaciones negociales, algunas de estas palabras son directamente aplicables al concreto caso del *leasing* inmobiliario.

(66) Por eso se habla en el artículo 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980 de «tráfico empresarial habitual» y de «fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales».

si tuviera bastante con ocupar el inmueble y utilizarlo, lo que firmaría entonces sería un contrato de arrendamiento, pagaría unas rentas o prestaciones periódicas muy inferiores, y no necesitaría asumir los gastos indudablemente más elevados de la operación de *leasing* ni los riesgos y responsabilidades que de ella derivan; tampoco necesitaría ejercitar la opción de compra al final, sino que le sería suficiente para esa finalidad de uso el continuar el arrendamiento. Ciertamente es que durante el tiempo que dura el contrato el adquirente es un mero usuario y no se convierte en propietario hasta el final, pero eso no significa que su interés, su finalidad, sea la de ser un mero arrendatario. Antes al contrario pretende ser propietario, pero como no puede serlo todavía porque no tiene disponible el dinero suficiente para hacer la compra, o no quiere realizar una inversión al contado de esa magnitud, se conforma con demorar para el futuro la adquisición de propiedad y tener de momento el inmueble a su disposición para poder utilizarlo en la forma que necesite; siempre que además tenga la certeza actual de llegar a ser propietario después (para eso se le concede ya en firme la opción de compra, de manera que no sea necesaria una nueva voluntad contractual por parte de la sociedad de *leasing* para que esa venta futura pueda celebrarse).

En materia de bienes muebles el usuario puede no llegar a ejercitar la opción de compra, por el deterioro notable o pérdida de valor que sufren los bienes por su uso, hasta el punto de tener una vida útil breve, por la rápida aparición de nuevos modelos del mismo objeto (automóviles, ordenadores) que dejan en seguida anticuados los modelos anteriores como consecuencia de las innovaciones tecnológicas, porque basta con poder utilizarlos para extraer de ellos su utilidad empresarial, lo cual permite pagar el precio de su uso con cargo a los rendimientos que de él se obtienen sin necesidad de ser propietario de los mismos, etc. En cambio en los bienes inmuebles la realidad económica es completamente distinta. Aunque el uso continuado pueda devaluarlos, sobre todo si se pone en relación el precio de un edificio o local nuevo con el de otro antiguo, su plazo de amortización es siempre mucho más largo, y además las actuales circunstancias monetarias hacen que los inmuebles tengan un mayor valor por el transcurso del tiempo, y esta plusvalía justifica por sí sola el interés en adquirirlos. Aparte de que aquí no se produce ese envejecimiento anticipado de los bienes por la aparición de nuevas modalidades de los mismos. Por estas y otras razones parece claro que, desde un punto de vista objetivo, el usuario del inmueble tiene interés en comprarlo al final del contrato. Aparte otros condicionamientos derivados de la propia estructura del *leasing* y de la forma de realizar los pagos periódicos. En este sentido tiene razón COILLOT cuando dice, en una frase feliz que ha recogido entre nosotros CABANILLAS, que

en el *leasing* de bienes muebles el uso aventaja a la propiedad, mientras que en el de bienes inmuebles la propiedad siempre vence. Por eso sigue diciendo este autor español que cuando nos enfrentamos con el *leasing* de inmuebles estamos claramente en presencia más de una venta que de un arrendamiento con opción de compra, especialmente cuando el valor de los inmuebles es elevado al ejercitar la opción y el precio fijado para su ejercicio es nominal o muy reducido, lo que según mi experiencia ocurre casi siempre en la realidad. Por eso también en el *leasing* inmobiliario es esencial el elemento de la opción de compra; no sólo porque así está formalmente establecido como requisito en el Real Decreto de 31 de julio de 1980, ya que ello obedece a una exigencia institucional de esta figura, sino también y sobre todo porque a través del ejercicio de esa opción puede comprarse el inmueble en cuestión, que es lo que realmente se pretende. De modo que en el arrendamiento financiero de bienes inmuebles normalmente se ejercitará la opción de compra y no se renunciará a la misma al final del contrato.

Si seguimos examinando el contrato de *leasing* desde esta perspectiva fácilmente llegaremos a la conclusión de que, a pesar de lo expresado por las partes en el documento en que aquél se formaliza, no existe en él un verdadero arrendamiento. Porque en la relación arrendaticia el pago de las rentas periódicas significa la contraprestación por la cesión del uso de la cosa arrendada. Tal es la causa onerosa de este contrato típico y la justificación de su protección. Mientras que en el *leasing* no hay tal. Porque los pagos periódicos representan, no el coste del uso de la finca, sino la fragmentación en plazos del valor total de ésta incrementado con los intereses de esa cantidad, más los gastos de la operación, más la cifra de beneficio empresarial de la sociedad de *leasing*. Repetidamente se ha puesto de manifiesto por los especialistas esta forma de calcular el coste financiero de la operación (67). Lo que se paga en plazos sucesivos no es el valor temporal de cada período de uso arrendaticio, sino el valor total de la finca incrementado con todos esos conceptos y repartido en tantos plazos como dura el arrendamiento más uno, que es el final o valor residual a satisfacer por la opción de compra. De manera que no se pagan rentas arrendaticias, ni la causa onerosa del contrato es la contraprestación del uso que el arrendamiento proporciona. La estructura económica de la operación pone claramente de manifiesto la falta de causa arrendaticia y su conversión o transformación en causa de la venta a plazos.

De otra parte, y como segundo argumento de este crítico razonamiento, obsérvese que las obligaciones pactadas a cargo del usuario o adqui-

(67) Véase, por ejemplo, DE LA CUESTA, *ob. cit.*, págs. 533 y 590.

rente no se corresponden con las de la relación arrendaticia. Así lo han señalado paladinamente los defensores del *leasing* (68). Se transfieren al arrendatario los riesgos de la propiedad (riesgos técnicos), se modifican mediante pacto las obligaciones de la sociedad de *leasing* (irresponsabilidad por entrega de la cosa, por saneamiento y por el goce pacífico de la cosa), el arrendatario asume los riesgos de pérdida o destrucción de la cosa, el impago de uno de los plazos por el usuario da derecho a la sociedad de *leasing* para exigir el pago inmediato de todos los plazos pendientes, se pacta la resolución del arrendamiento por impago de uno de los plazos con penas convencionales abusivas, se instrumenta el pago de los plazos a través de letras de cambio a veces afianzadas por terceras personas, se obliga al arrendatario a pagar los impuestos que graven el inmueble durante el período contractual de su utilización y el pago de los gastos correspondientes de la comunidad de propietarios del inmueble, etc. Pactos que desnaturalizan gravemente la relación arrendaticia y que son propios, unas veces de un contrato de préstamo y otras de una transmisión de propiedad. Precisamente una de las peculiaridades de los contratos de *leasing* es esta acumulación de normas contractuales, que dan a este contrato un contenido confuso y contradictorio, y que sorprenden a quien desde fuera trata de comprender la sustancia jurídica de la realidad contemplada. Puede afirmarse, en consecuencia, que el esquema contractual utilizado en esta etapa del *leasing* no se corresponde con el arrendamiento típico. La cesión de uso que en el *leasing* se realiza no es un uso arrendaticio porque no existe causa jurídica de arrendamiento. Será, si acaso, una cesión de uso *sui generis*.

Los autores han señalado diversas diferencias entre el *leasing* y el arrendamiento. En relación con el *leasing* mobiliario, ya hace años ZUMALACÁRREGUI expresaba su opinión según la cual el *leasing* no deja de ser una venta a plazos, sin que la condición suspensiva discrecional de adquisición del valor residual desnaturalice su esencia (69). En un estudio extenso e importante, DE LA CUESTA sometía a revisión crítica la doctrina entonces dominante sobre la naturaleza del *leasing* y formulaba conclusiones dignas de ser tenidas en cuenta. Según este autor, no existe más negocio básico o fundamental en el *leasing* que el de compraventa. El cúmulo de derogaciones contractuales al régimen legal del arrendamiento que se producen en el *leasing*, lo elevado de las rentas, las directas relaciones entre el vendedor y el usuario, el carácter financiero de la operación y de la empresa de *leasing*, la incorporación del crédito a letras de cambio y la necesaria yuxtaposición de la opción de compra en

(68) VIDAL, *loc. cit.*, págs. 113-115, 117-119 y 141-143; DE LA CUESTA, *loc. cit.*, páginas 535, 572-593, 600-602 y 615-617.

(69) *Financiación de las ventas a plazos y su protección registral*, pág. 52.

determinadas condiciones son razones más que suficientes, a su juicio, para excluir el esquema legal del arrendamiento. Además, la pena convencional que se suele pactar en caso de incumplimiento por el usuario de sus obligaciones, y que consiste en el pago del total importe de las rentas futuras, pone de manifiesto la consideración que el contrato merece a las partes, muy distinta a los contratos de ejecución sucesiva, que consisten en la cesión del uso de un bien por precio y tiempo determinados, y mucho más próxima al contrato de préstamo (70). DE LA VIÑA señalaba también, al poner en conexión las obligaciones legales del arrendador (artículo 1.554 del Código Civil) con las que se estipulan en el *leasing*, que salvo la obligación de entrega, la entidad financiera apenas tiene más obligaciones, y éstas sólo surgen para el usuario. Por ello se produce una desnaturalización del contrato de arrendamiento. Si bien, a su juicio, es una cesión de uso especial, no privativa del arrendamiento, aunque pueda quedar amparada dentro de la amplia definición legal que el Código da del arrendamiento (71). Tesis esta última que, como se ha visto, no comparto, al menos en lo que se refiere a los bienes inmuebles. Igualmente CABANILLAS, al referirse al *leasing* inmobiliario, señalaba la aproximación de este contrato a la venta más que al arrendamiento con opción de compra, como ya hemos tenido ocasión de ver (72). En fin, como ha reiterado recientemente el Secretario de Estado de Economía y Planificación señor FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, cuando los plazos de la operación de *leasing* son notoriamente inferiores a la vida útil del bien financiado y el valor residual adjudicado al mismo al término del citado plazo se encuentra muy por bajo del valor probable de realización del bien —que, dicho sea de paso, es lo que ocurre en el *leasing* inmobiliario—, el sistema en su conjunto se desvirtúa y la operación se convierte en una financiación de compra con pago aplazado (73).

(70) *Loc. cit.*, págs. 577, 596 y 600-601.

(71) *El «leasing» financiero como objeto de inscripción...*, págs. 24-26.

(72) *La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero ...*, pág. 73. Véanse también los supuestos 2.º y 3.º recogidos en esta página.

(73) *Boletín de ASNEF cit.*, pág. 55.

Recuérdese que según la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1978 el *leasing* financiero podía asimilarse a la compraventa de bienes muebles a plazos. Sin embargo, esa línea de interpretación jurisprudencial ha cambiado en la Sentencia de 10 de abril de 1981, que niega esa asimilación para impedir la aplicación al *leasing* de las normas de la Ley de Venta a Plazos, sin duda haciéndose eco de lo establecido en el artículo 21 del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977.

No vamos a entrar en la polémica que este problema de las diferencias entre *leasing* y arrendamiento ha suscitado en la doctrina extranjera. Baste referirse, en cuanto a Francia, a la opinión de COILLOT (*ob. cit.*, págs. 162-163), en cuanto a Italia a la de GALIMBERTI (*loc. cit.*, págs. 67-69 y 74) y en cuanto a Bélgica a la Sentencia del Tribunal de Amberes de 21 de junio de 1977 (PIETRA, *loc. cit.*, páginas 106-109), entre otros.

Si consideramos ahora el segundo de los elementos estructurales del contrato de *leasing*, la opción de compra que en él se concede, observaremos que tampoco su esquema contractual coincide con el derecho de opción de compra típico. 1) Porque el precio fijado para adquirir por compra el inmueble al término del período de uso es sustancialmente distinto del valor en cambio de aquél. Se puede comprar al final el edificio o el local por un precio muy inferior a lo que vale. ¿Por qué? Porque dicho precio real ha sido ya satisfecho por el usuario en los plazos pagados durante el período de uso, que no se corresponden con un canon arrendaticio normal (por eso no hay arrendamiento), sino que se calculan por la sociedad de *leasing* teniendo en cuenta el valor total del inmueble y los incrementos imputables a su intermediación empresarial. Es decir, que a través de los plazos que se satisfacen no se paga el uso arrendaticio, sino el precio de compra del inmueble (por eso no hay opción de compra, sino compra aplazada). Y por eso al final sólo queda por pagar un plazo más, una cantidad pequeña en comparación con el valor del inmueble, el llamado expresivamente «valor residual». 2) Porque el plazo habitual para ejercitar la facultad de opción, aunque reglamentariamente tasado (74), suele tener una duración sensiblemente mayor que la que se da en el *leasing*. En el arrendamiento financiero normalmente se concede un plazo de treinta o sesenta días para ejercitar la opción. Así he tenido ocasión de comprobarlo en la mayor parte de los casos reales que he conocido. Ello quiere decir que la adquisición por opción se considera como un plazo más, el final, de esa compraventa aplazada. 3) Porque, en realidad, el usuario deberá ejercitar siempre el derecho de opción y es prácticamente imposible que renuncie a él, ya que al terminar el período de uso habrá pagado la mayor parte del precio del inmueble, e incluso más por la acumulación de cantidades que se integran en los plazos pagados, de manera que no es razonable haber satisfecho más de lo que corresponde al uso arrendaticio y conformarse con ser sólo usuario temporal. Además, el último plazo que falta por pagar es tan pequeño en relación con el precio total (el llamado valor residual) que no tiene sentido no consumir a través de su pago la adquisición del inmueble. De manera que, en la opción

(74) Cuatro años como máximo (art. 14, 3, R. H.). En el arrendamiento con opción de compra dicho plazo máximo podrá extenderse para tener una duración igual a la del arrendamiento (no prorrogado) del cual es accesorio. Solución que parece perfectamente lógica, dada la conexión existente entre el arrendamiento y la opción. Curiosamente en el *leasing* ocurre lo contrario: la concurrencia de ambos elementos contractuales tiene como consecuencia el que la opción sólo pueda ejercitarse en un plazo muy breve, generalmente de un mes. Nueva manifestación de esa sorprendente realidad que se da en el *leasing* y por virtud de la cual las cláusulas pactadas vienen a desnaturalizar reiteradamente los esquemas contractuales utilizados.

de compra, el optante apenas tiene libertad para ejercitar la opción y se verá compelido por razones económicas a terminar de adquirir la propiedad en todo caso.

Es curioso señalar que si en el *leasing* inmobiliario no hay verdadero arrendamiento, ni siquiera una opción de compra normal y típica, tampoco podemos afirmar que estemos en presencia de esa figura compleja que se conoce con el nombre de arrendamiento con opción de compra, y que tiene entre nosotros tan larga tradición. En el arrendamiento con opción de compra el arrendatario pretende simplemente usar el inmueble arrendado y pagar por él, mensualmente o en los plazos periódicos que se establezcan, la renta correspondiente a esa utilización temporal. Pensemos en el caso de un piso para vivir, o de un chalet para veranear, o de un local para establecer en él oficinas o despacho. Pero el arrendatario quiere que si al cabo de un tiempo de utilización el piso o chalet o local son aptos para su utilización, si puede satisfacer en ellos sus necesidades de vivienda, descanso o profesión y se encuentra a gusto en el inmueble arrendado, pueda comprarlos para instalarse definitivamente en ellos por un precio de adquisición fijado de antemano. Para ello solicita del arrendador que le concede un derecho de opción, pacta un período de tiempo razonable para poder tomar dentro de él esa decisión, paga un precio complementario por esa preferencia de adquisición que se le concede, consigue tener el derecho de comprar antes que cualquier otra persona (derecho real de adquisición), de manera que aunque el arrendador venda a un tercero prevalecerá frente a este eventual comprador su pretensión, y necesita inscribir ese derecho para dotarlo de eficacia real o de oponibilidad frente a terceros. Sólo a través de los elementos concurrentes en este sencillo esquema y del propósito que inspira a las partes en el mismo tiene sentido la tutela jurídica de esa realidad compleja. Y de lo dicho fácilmente se desprende que ninguno de esos elementos se dan en el *leasing*.

Contemplando el fenómeno desde otro punto de vista observaremos que la causa del contrato para la sociedad de *leasing* es financiar una adquisición. Reiteradamente se ha expresado que el *leasing* es un instrumento especial de financiación y que la actividad de las sociedades a él dedicadas es de carácter financiero. Así es calificada esta actividad por economistas y juristas. Hasta el punto de que se considera a estas sociedades como entidades financieras, y a eso obedecen algunos de los requisitos establecidos en su régimen jurídico especial. Si esto es así, una primera consecuencia de ahí se desprende: la cercanía de este tipo de contratos con las operaciones de préstamo. Como ha dicho DE LA CUESTA, la doctrina destaca con insistencia el aspecto financiero del *leasing*, pero no extrae de ahí sus consecuencias jurídicas. Según este autor, el *leasing*

es una operación de crédito, sus problemas deben reconducirse a la categoría general de la instrumentación jurídica de las operaciones de crédito a plazos (75). Pues bien, ¿qué es lo que se financia aquí? La adquisición de un bien. No de su uso, sino de su propiedad. Recordemos que la venta a plazos implica, desde su estructura económica subyacente, un préstamo del vendedor al comprador por razón del precio aplazado que éste debe satisfacer a aquél, normalmente con intereses. La sociedad de *leasing*, como tal entidad financiera, no debe arrendar. El arrendamiento no es una operación de crédito. De alguna manera la figura del arrendamiento típico es incompatible con la técnica de la financiación. Prueba de que esto es así es el significado que tiene el último plazo a pagar (valor residual), y que funciona como precio en la opción de compra.

Tampoco se puede decir, como es habitual en los contratos de arrendamiento financiero inmobiliario, que la opción de compra se concede a título gratuito por el hecho de que no se pague una cantidad concreta como precio de esa concesión, ya que la opción de compra forma parte de una relación contractual más compleja cuya causa onerosa resulta indudable. También se afirma que la sociedad de *leasing* cede el uso en arrendamiento y conserva la propiedad de la finca como garantía frente a la posible insolvencia sobrevenida del usuario, frente a cuyos acreedores seguirá siendo dueña. Ello es cierto en relación con los acreedores, pero no se comprende esa reserva de dominio en garantía en el ámbito del arrendamiento. Claro que el propietario arrendador sigue siendo dueño. Cuando los defensores del *leasing* subrayan la importancia de ese «arrendamiento», que se cede para mantener la propiedad, están descubriendo la verdadera naturaleza del contrato en cuestión. No se trata ya de un mero arrendamiento, ni éste implica una operación de financiación, sino de una venta con precio aplazado y reserva de dominio en garantía (ahí sí hay que garantizar algo: el pago de los plazos futuros, lo que no ocurre en el arrendamiento), la cual reserva de dominio, en vez de formularse paladinamente, se disimula (contrato simulado) mediante el pseudoarrendamiento y la posición del arrendador propietario.

Por eso insisto en la idea de que el arrendamiento no es un instrumento de financiación, que lo que se financia no es la adquisición del uso sino de la propiedad de la finca (precio aplazado en la compraventa), y que cuando se habla aquí de arrendamiento se está desvirtuando su verdadero sentido jurídico y refiriéndose a un negocio jurídico indirecto, uno de cuyos aspectos externos es el uso o disfrute temporal de la cosa que

(75) *Loc. cit.* págs. 542-543.

La doctrina ha discutido también el carácter crediticio o de préstamo del contrato de *leasing*. Véase, por todos, CABANILLAS: *La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero...*, págs. 53-56.

se está adquiriendo a plazos. Recuérdese que en Francia se denomina al *leasing* «credit-bail», es decir, crédito arrendamiento, o uso arrendaticio de la cosa como apariencia externa de una operación de crédito; y que en un reciente libro publicado en el vecino país, GOYET ha llegado a decir, reflejando esa concepción, que el arrendamiento no es sólo un conjunto de estatutos en que el legislador contempla la lucha entre los poseedores de bienes (beati possidentes) y los demás, sino que es un contrato supletorio que se transforma en un instrumento de crédito utilizable por los financieros (76).

Si queremos dar una explicación causal del *leasing* inmobiliario podemos reflejar su mecanismo jurídico en los siguientes términos: mediante el *leasing* se pretende la compra a plazos de un bien inmueble, adquiriendo el comprador sólo la posesión y reservándose el dominio el vendedor mientras no se pague la totalidad del precio. Mediante el pago del último plazo (valor residual) el comprador se hace dueño (ejercitando la opción de compra). Por eso son de cuenta del usuario (comprador) los riesgos de la cosa, y por eso él asume una serie de obligaciones que serían incomprensibles en el marco del arrendamiento. Igual que resulta también anómalo el pacto según el cual el arrendamiento es irrevocable, no pudiendo el usuario apartarse de él hasta el fin del plazo fijado, o que el valor de lo pagado a plazos durante el arrendamiento exceda con mucho del precio del uso concedido, etc. En definitiva, en el contrato de *leasing* se contienen una serie de cláusulas que no tendrían explicación dentro del marco legal del arrendamiento con opción de compra, y que adquieren un nuevo significado desde la perspectiva de la compra a plazos.

Se trata de un negocio jurídico complejo y atípico que tiene una causa unitaria, y esa causa deberá ser valorada adecuadamente para determinar el nivel de su validez y eficacia jurídica (77). Desde ese punto

(76) *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Bibliothèque de Droit Privé, tome CLXXX, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1983, pág. 6.

Según este autor, la originalidad del *crédit-bail* reside no tanto en ser una forma nueva de arrendamiento cuanto en la transformación que deja entrever desde la concepción clásica del derecho de propiedad hacia su utilización con fines de garantía. Si hay arrendamiento en el *crédit-bail* hay sobre todo crédito, cuya particularidad viene de que el acreedor conserva la propiedad como garantía (*ibid.*, páginas 6-7).

(77) El negocio atípico necesitará para su validez ser referido a una determinada causa, es decir, a la *reciprocidad de prestaciones o promesas* (arts. 1.274, 1.289), a la remuneración de un servicio o beneficio (arts. 1.274, 622), a la mera liberalidad (arts. 1.274, 1.289, 618), etc. ... La naturaleza del negocio, según su causa (art. 1.289) se determina no sólo conforme a lo establecido especialmente por la ley para cada tipo (esquema formal), sino también por su carácter, conforme a la clasificación general de causas establecida por el artículo 1.274 .. En el ne-

de vista causal, entiendo que la relación contractual derivada del *leasing* inmobiliario, concebida como una relación arrendaticia, no merece protección jurídica; no sólo porque no es esa la causa subyacente al contrato (contrato simulado), sino también porque se vulnera el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato oneroso, ya que, como hemos señalado, el pago de los plazos no se corresponde con el precio del uso arrendaticio. En cambio sí parece digno de protección este contrato si se examina desde su verdadera causa como compraventa a plazos con reserva de dominio.

Reflexionando sobre la naturaleza de esta realidad contractual observamos que en ella se da una evidente desproporción entre el medio jurídico formalmente empleado (cesión de uso por vía de arrendamiento unida a una opción de compra final) y el fin económico realmente querido (compra a plazos de un inmueble con reserva de dominio a favor del vendedor, financiación por éste del crédito derivado de la obligación de pago de esos plazos futuros). Semejante desproporción, que no deja de ser sorprendente para el observador imparcial que contempla esta realidad, nos lleva de la mano a la teoría del negocio fiduciario, una de cuyas características es precisamente esa desarmonía o desproporción entre fines y medios. ¿Podrá ser considerado el *leasing* inmobiliario como un negocio fiduciario? Algunos autores se han planteado también este tema y sus opiniones no siempre coinciden (78). No vamos a entrar ahora en esa polémica, que nos obligaría a realizar la atractiva tarea de replantear la naturaleza del negocio fiduciario en relación con el contrato que estamos considerando, pero que alargaría demasiado estas páginas. Baste con recordar ahora que el *leasing* inmobiliario se asemeja bastante a la fiducia *cum creditore*, aunque no se identifique plenamente con su esquema habitual. Recuérdese que la idea de fiducia o *trust* es propia de la mentalidad anglosajona, por influencia de la cual se ha desarrollado el *leasing*. Y que en cualquier caso, tanto si se estima que se trata de un negocio fiduciario como si se piensa que es un negocio simulado (el arrendamiento encubre la verdadera finalidad disimulada de venta a plazos), será preciso descubrir la verdadera causa jurídica subyacente para determinar su validez y eficacia.

gocio atípico, como en todo negocio, hay que estimar como causa el resultado práctico que se proponen alcanzar los particulares. La valoración jurídica del resultado práctico concreto perseguido por los contratantes habrá de hacerse conforme al artículo 1.274, para saber si aquél basta como requisito para la validez del negocio (art. 1.261) (FEDERICO DE CASTRO: *El negocio jurídico*, págs. 202, 203, 208 y 209).

(78) - DE LA CUESTA. *loc. cit.*, págs. 604 y 607-608; DE LA VIÑA: *El «leasing» financiero como objeto de inscripción...*, págs. 21 y 30; CABANILLAS: *La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero...*, págs. 56-58.

La dificultad de proceder a esta valoración funcional o causal del contrato de *leasing* deriva del hecho de que las partes lo celebran utilizando expresamente las palabras de arrendamiento y opción de compra, con lo que dan a entender que lo que pretenden es el contenido contractual de estos conceptos jurídicos; de que la legislación referente al *leasing*, aunque fragmentaria y parcial, emplea también esas expresiones, igualmente repetidas por doctrina y jurisprudencia. Se observa en este punto que los autores que se ocupan de esta institución siguen el camino más cómodo de apoyarse en las palabras utilizadas más que en la causa jurídica que las justifica, criterio puramente formal y estructural más que final o funcional. De todas formas no se puede olvidar que la función del jurista consiste en descubrir la verdadera naturaleza de los negocios jurídicos con que se encuentra de acuerdo con su causa.

Si lo que pretende el llamado usuario en el *leasing* inmobiliario, más que ser arrendatario de la finca y eventualmente llegar a ejercitar una opción de compra, es la compra a plazos del inmueble en cuestión; si la sociedad de *leasing* financia esa adquisición a plazos reservándose el dominio de la finca transmitida mientras no se pague totalmente el precio aplazado (79); si el examen funcional de este contrato nos hace descubrir esa finalidad querida por el usuario, por debajo de la apariencia contractual utilizada, en que parece convenirse un arrendamiento acompañado de una opción de compra, surge de todas estas reflexiones una pregunta inevitable: ¿por qué entonces no se celebra un verdadero contrato de venta a plazos con reserva de dominio en vez de acudir al *leasing*, cuando además el importe de los plazos en éste es superior al de aquélla? En otras palabras, ¿cuáles son las ventajas del *leasing* y qué aconseja a las partes a utilizar esta nueva y compleja figura contractual? Varias son, en efecto, las ventajas que se atribuyen al *leasing* según sus partidarios y que podrían justificar este nuevo camino. En primer lugar el *leasing* es un contrato de adhesión, y las sociedades dedicadas a esta actividad imponen este esquema a sus clientes para financiar las operaciones que éstos pretenden realizar. Además pueden concurrir otras circunstancias coyunturales: las dificultades de obtener otras formas de financiación; la especial protección fiscal que se concede a las operaciones de *leasing* cuando éstas se realizan de acuerdo con los requisitos establecidos en sus normas protectoras, lo que se traduce en la existencia de menores gastos a repercutir sobre el usuario y en la posibilidad de au-

(79) Damos por supuesto que el pacto de reserva de dominio en garantía del precio aplazado es perfectamente posible en la compraventa, y susceptible de publicidad registral, cuando se realiza en determinadas condiciones. Véase mi trabajo «El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles», *RCDI*, núm. 488, enero-febrero 1972, págs. 9-41.

mentar en vista de ello los intereses y demás sumas que se refunden en las cantidades aplazadas; el no ser necesario en el *leasing* un desembolso inicial como en la venta a plazos, argumento que parece más ilusorio que real, no sólo porque en la venta puede aplazarse todo el precio y no es necesario el pago parcial del precio al contado, sino también y sobre todo porque en el *leasing* el primer plazo suele pagarse a los treinta días de formalizarse el contrato, es decir, muy poco después; el hecho de que la garantía hipotecaria del precio aplazado en la compraventa puede no resultar totalmente eficaz en caso de que en la subasta no se llegue a cubrir el importe de los plazos impagados; la circunstancia de que la sociedad de *leasing* no tiene interés normalmente en readquirir el inmueble cedido, sino en venderlo, y por eso no es utilizable por ella la condición resolutoria expresa como garantía del precio aplazado; el coste fiscal de estas garantías reales tradicionales (hipoteca, condición resolutoria), etc.

Como ha indicado gráficamente BROSETA, el auge que el *leasing* está adquiriendo en España se debe a que este mecanismo contractual permite alcanzar los mismos resultados que normalmente se obtienen mediante las compraventas a plazos, pero escapando de las formalidades que impone la legislación aplicable a las mismas; es decir, que la ausencia de regulación legal está fomentando la expansión de este contrato a costa de las disposiciones imperativas que regulan la venta a plazos (80).

De todo lo dicho hasta aquí se deducen algunas importantes consecuencias prácticas. Si el *leasing* inmobiliario se conceptúa como una venta a plazos con reserva de dominio disimulada, habrá que acomodar a ese esquema la interpretación de este tipo contractual y determinar de acuerdo con él su régimen jurídico aplicable, sus requisitos y efectos. Como hemos advertido, esa tarea no es fácil, porque supone enjuiciar el contrato sin tener en cuenta la literalidad de los términos utilizados por las partes al redactarlo. De todas formas, como el examen de la verdadera naturaleza del negocio es tarea necesaria para su valoración jurídica, sería deseable que esa calificación de su naturaleza fuera tenida en cuenta al establecer su regulación sustantiva, y que esta regulación fuera promulgada lo antes posible.

(80) *Manual de Derecho Mercantil*, pág. 382. Aunque este autor se refiere específicamente a la venta a plazos de bienes muebles y a su legislación especial en relación con el *leasing* mobiliario, su observación es igualmente aplicable al *leasing* inmobiliario y a las normas jurídico-sustantivas que regulan la venta a plazos de bienes inmuebles.

También DE LA CUESTA había estimado que, en los sistemas como el nuestro que reconocen la eficacia de la cláusula de reserva de dominio frente a los terceros, la última razón del *leasing* no puede encontrarse en el deseo de la financiera de obtener una garantía real para su crédito. Sólo puede residir en el deseo de huir de las figuras del préstamo y la compraventa por sí mismas (*loc. cit.*, pág. 608).

d) Antes de terminar estas páginas sobre la naturaleza del *leasing* inmobiliario debemos recordar dos caracteres de este contrato.

En primer lugar se trata de un contrato de adhesión. La sociedad de *leasing*, una vez examinada la propuesta del futuro usuario respecto al inmueble en concreto que le interesa adquirir, ofrece al mismo la forma de financiar esa adquisición a través del mecanismo del *leasing*, con los pactos, cláusulas y condiciones que aquélla le impone, de manera que el cliente no tiene más alternativa que aceptar esa oferta o rechazarla; es decir, de adherirse a ese proyecto contractual y asumir su contenido de cláusulas. Contrato de adhesión, que supone una excepción al principio del libre juego de la autonomía contractual y que se traduce en la existencia de condiciones generales o cláusulas impuestas. A ellas nos vamos a referir en seguida.

En segundo término, la doctrina, en general, ha destacado el carácter mercantil de las operaciones de *leasing* inmobiliario. Así, por ejemplo, BENAVIDES, para quien el *leasing* es un acto de empresa dado el carácter esencialmente financiero del mismo, medio de actividad de las empresas financieras y, como tal, acto de comercio, al que serán aplicables las disposiciones del Código de Comercio, los usos de comercio y en su defecto las reglas del Derecho común (81).

En efecto, a favor de la calificación de este contrato como mercantil existen varias razones. Las empresas de arrendamiento financiero son sociedades mercantiles. Su actividad exclusiva consiste en el ejercicio de este tipo de operaciones, las cuales deben ser objeto de tráfico empresarial habitual. Las sociedades de *leasing* son entidades financieras, tienen una organización técnica y empresarial, se dedican habitualmente a la realización de estas operaciones, que son actos en masa o uniformemente reiterados. Actúan como intermediarios entre el propietario inicial del inmueble y el usuario que al final se hará dueño del mismo, y esa intermediación en el tráfico de los bienes inmuebles se realiza con ánimo de lucro, de manera que la adquisición por el usuario tiene siempre causa onerosa. Los contratos de arrendamiento financiero son siempre contratos-tipo, de adhesión, formalizados a través de modelos uniformes en que se contienen condiciones generales semejantes. Además, el tratamiento fiscal de estas operaciones, que se reconduce al Impuesto General sobre Tráfico de Empresas, refleja igualmente este aspecto empresarial y habitual de las mismas.

Por todo ello puede afirmarse, y así se hace generalmente, el carácter mercantil de esta clase de operaciones. Pero semejante afirmación debe

(81) *Loc. cit.*, págs. 1185-86. Véase también VIDAL: *El «leasing»*, págs. 127-129; DE LA VIÑA: *El «leasing» financiero como objeto de inscripción*, páginas 30-31.

ser matizada en un doble sentido: 1) Tales opiniones se encuentran perfectamente justificadas dentro del marco legal del Real Decreto de 31 de julio de 1980 y Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977, referidas a las empresas de arrendamiento financiero que allí se regulan. Pero como estas disposiciones son de carácter fiscal y adjetivo, no es imposible que se realicen operaciones de *leasing* inmobiliario al margen de los requisitos en ellas establecidos, puesto que el régimen jurídico sustantivo de aquéllas no viene regulado en las mismas. En cuyo caso el aspecto empresarial de estos contratos podría quedar desvirtuado. Aunque en la práctica las ventajas fiscales de aquellos Decretos hará muy difícil la celebración de contratos de *leasing* inmobiliario que queden fuera de su regulación. 2) Aun admitiendo el carácter mercantil de estos negocios jurídicos, al no estar expresamente regulados en el Código de Comercio ni en leyes especiales mercantiles, se regirán por las correspondientes normas del Código Civil y del Derecho común (82), por imperativo de lo establecido en el artículo 50 del Código de Comercio. De modo que a pesar de su carácter mercantil, y con independencia de las normas generales del Código de Comercio sobre los contratos a que éste se refiere, la regulación del *leasing* inmobiliario será la que resulte del Código Civil. De manera directa en cuanto al derecho general de la contratación, y de manera supletoria y analógica respecto al contrato de *leasing* por su carácter atípico. Esta última cuestión, la de determinar las reglas legales aplicables al contrato en cuestión, es la más importante, y la consecuencia necesaria de la calificación de su naturaleza jurídica.

e) Tampoco debemos olvidar, en sede de naturaleza jurídica, el problema de las relaciones entre el arrendamiento financiero inmobiliario y la Ley especial de Arrendamientos Urbanos, repetidas veces planteado por la doctrina. La cuestión tiene indudable trascendencia práctica, porque la regulación singular e imperativa de este tipo de arrendamientos puede alterar sustancialmente la disciplina jurídica del *leasing* inmobiliario si se estima aplicable a este tipo de contratos.

Como el objeto del arrendamiento financiero inmobiliario son los inmuebles destinados a usos industriales, comerciales o profesionales, con exclusión de las viviendas (art. 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980), cabe preguntarse si tales inmuebles tienen la consideración de locales de negocio a los efectos prevenidos en la Ley de Arrendamientos Urbanos (83). CABANILLAS entiende que las características del local de

(82) Dentro del cual debemos incluir, por lo que a la publicidad registral se refiere y por contraposición a las normas estrictamente mercantiles, las disposiciones contenidas en la legislación hipotecaria.

(83) Según el artículo 1.º de esta Ley son locales de negocio las edificaciones habitables cuyo destino primordial no sea la vivienda, sino el de ejercerse en ellas,

negocio establecidas en esta ley coinciden sustancialmente con las determinadas por el Real Decreto de 1980, y se cuestiona si el arrendamiento financiero celebrado en esas condiciones estará excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos por las cláusulas especiales que en aquél concurren. Después de recoger la doctrina de los autores contrarios a la aplicación al *leasing* de la ley arrendaticia (FUENTES LOJO, RICO PÉREZ, LUCAS FERNÁNDEZ), se muestra partidario de la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos al contrato que ahora nos ocupa, por cuanto éste implica un verdadero arrendamiento de local de negocio, de manera que sólo dejará de aplicarse la Ley de Arrendamientos Urbanos cuando se arriende una unidad patrimonial con vida propia (arrendamiento de industria). Cree, con RODRÍGUEZ AGUILERA y PERE RALUY, que la opción de compra no desnaturaliza la relación arrendaticia, y que no se puede defender una solución que facilita la inaplicación fraudulenta de la Ley de Arrendamientos Urbanos⁽⁸⁴⁾.

BENAVIDES, por el contrario, defiende la exclusión del contrato de arrendamiento financiero del ámbito negocial contemplado por la Ley de Arrendamientos Urbanos. Porque existen diferencias importantes entre ambos contratos que deben conducir a conclusiones distintas en su régimen jurídico. Porque en el *leasing* no hay una mera unión de contratos, sino un contrato único y complejo, resultante de la fusión de varias técnicas jurídicas. Porque no es fácil aplicar las normas relativas a tanteo y retracto legal al arrendamiento con opción de compra. Y porque las finalidades perseguidas por la Ley de Arrendamientos Urbanos son distintas a las que justifican la protección jurídica contenida en el Real Decreto de 1980 (85).

ZAYAS SANZA estima igualmente que todo intento de aplicar la Ley de Arrendamientos Urbanos al arrendamiento financiero inmobiliario conduce al absurdo y a un resultado económico y jurídico contrario al deseado por el legislador. El principio de prórroga forzosa a favor del arrendatario (art. 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) no tiene explicación en el *leasing*, porque aquí la renta no representa sólo el valor del bien sino que se incrementa con otros conceptos (intereses financieros y gastos diversos), y el arrendatario financiero no tendría interés en la prórroga del contrato en esas condiciones. La finalidad de la prórroga es radicalmente distinta al fin que preside el Real Decreto de 1980 (86).

Pues bien, si se piensa que el *leasing* comprende un derecho de

con establecimiento abierto, una actividad de industria, comercio o enseñanza con fin lucrativo.

(84) *La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero ...* págs. 66-68

(85) *Loc. cit.*, págs. 1186-1188.

(86) *Loc. cit.*, págs. 488-490.

arrendamiento (aunque sea especial o *sui generis*: arrendamiento financiero) en favor del usuario, podría plantearse la duda de si le es aplicable la legislación especial de arrendamientos urbanos y de arrendamiento de local de negocio. Aunque, ciertamente, la complejidad de la estructura contractual del *leasing* (arrendamiento más opción de compra, fundidos ambos elementos en una realidad unitaria distinta de la de cada uno de ambos elementos) y su finalidad peculiar (financiación de la adquisición) aconsejan un régimen jurídico distinto y su exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que la finalidad de la protección jurídica de ambas figuras no resulta coincidente. Por este camino resulta razonable afirmar que la relación derivada del arrendamiento financiero no está sometida a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Siempre, claro, que esta exclusión no implique un fraude a la ley. Pero si se defiende la tesis de que el llamado arrendamiento financiero encierra una compraventa a plazos disimulada, de acuerdo con el propósito práctico realmente querido por las partes y según los razonamientos antes expuestos, su verdadera naturaleza así descubierta nos servirá para dejar fuera de la Ley de Arrendamientos Urbanos a esta figura, y ello sin vacilación alguna.

En fin, en la medida en que los inmuebles cedidos en régimen de *leasing* pueden ser de naturaleza rústica, BENAVIDES se ha planteado también la cuestión de hasta qué punto en tales casos será o no de aplicación la Ley de Arrendamientos Rústicos; duda que él resuelve en sentido negativo (87). Por nuestra parte, basta con recordar la opinión ya apuntada sobre la naturaleza del *leasing* para justificar esa exclusión.

IV. LAS CONDICIONES GENERALES

Una de las manifestaciones más claras de que el contrato de arrendamiento financiero inmobiliario es un contrato de adhesión está en el hecho de que su contenido se integra por un conjunto de cláusulas que se repiten en todos los contratos, que conceden a la sociedad de *leasing* una situación preponderante y desproporcionadamente beneficiosa frente al adquirente o usuario, que están impuestas por dicha sociedad, y respecto de las cuales la otra parte contratante no tiene más solución que aceptarlas o adherirse a ellas (contrato de adhesión), pues en otro caso no se firma el contrato. Son las llamadas «condiciones generales» de los contratos, que aparecen con frecuencia en el Derecho contemporáneo, especialmente en los casos en que una de las partes actúa con monopolio de hecho o de derecho, y por eso impone las reglas contractuales. El con-

(87) *Loc. cit.*, págs. 1188-1190.

trato de *leasing* inmobiliario constituye un buen ejemplo del juego de las condiciones generales (88).

Dichas condiciones generales o cláusulas impuestas y habitualmente vigentes en este tipo de contratos plantean, entre otros, el importante problema de valorar su licitud, validez y eficacia en cada caso, así como los procedimientos o razones jurídicas para impugnar su vigencia a pesar de haber sido firmadas. Cuestiones que han sido estudiadas entre nosotros principalmente por CABANILLAS y BENAVIDES, y que ya fueron apuntadas por DE LA CUESTA (89). Vamos a referirnos ahora, lo más escuetamente posible, a alguna de estas cláusulas y a valorar sintéticamente su eficacia. Al mismo tiempo recordamos la especial importancia que puede tener este examen de la eficacia de las cláusulas en el presente caso, por su relevancia para la función calificadora de estos contratos que han de ejercer los Registradores cuando se solicite su inscripción.

a) Cláusula por la que la sociedad de *leasing* se exonera de responsabilidad si no se encuentra el inmueble a disposición del arrendatario financiero en la fecha convenida.

Al celebrar el contrato de arrendamiento financiero, o mejor dicho, al formalizarse la segunda etapa del mismo, que consiste en la cesión del inmueble en régimen de *leasing*, la sociedad concedente se obliga a entregar el inmueble cuyo uso se cede. En el régimen del arrendamiento de cosas del Código Civil, la primera obligación del arrendador es la de entregar al arrendatario la cosa arrendada (art. 1.554, 1.º). Entrega que deberá hacerse simultáneamente a la formalización del contrato o con

(88) Las condiciones generales de los contratos es uno de los fenómenos que más ha llamado la atención de los juristas en los últimos tiempos. Supone una excepción al libre juego de la voluntad contractual y plantea numerosos problemas jurídicos: si el contrato es obligatorio a pesar de ellas, si pueden constituir fuente de derecho, si su aceptación meramente formal por la parte a la que se impone implica el que sean vinculantes para ella, la calificación de su carácter abusivo y de su validez, las posibles razones para su impugnación, su necesaria revisión por los Jueces, etc. Hasta el punto de que su existencia ha servido para replantear todo el tema de la contratación y de los límites de la autonomía de la voluntad. Claro que no es éste el lugar adecuado para exponer los estudios doctrinales y las resoluciones judiciales sobre tan interesante materia. Baste con recordar, como introducción a estos problemas, el clásico estudio de FEDERICO DE CASTRO: «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes». *ADC*, 1961, XIV-II, págs. 295-341. Una noticia sobre el mismo puede verse en mi reciente trabajo «Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro», *ADC*, 1983, XXXVI-IV, págs. 1129-1147. Véase también CABANILLAS: «Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor», en el mismo fascículo del *ADC*, págs. 1191-1206.

(89) Recuérdese que el importante trabajo de CABANILLAS, tantas veces citado, se titula *La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero y el «control de las condiciones generales»*, si bien sus opiniones se refieren al *leasing* mobiliario, habiendo sido BENAVIDES el que ha estudiado estas cláusulas en relación directa con el *leasing* inmobiliario.

posterioridad, pero dentro del tiempo convenido. A diferencia de lo que ocurre en el arrendamiento financiero de muebles, en el inmobiliario esa entrega se realizará normalmente en el mismo momento de la firma del contrato (tradicción instrumental: art. 1.462; tradición por entrega de las llaves o por acuerdo de los contratantes: art. 1.463), con lo cual no se plantea el problema. La cuestión puede suscitarse, como ha recordado BENAVIDES, cuando la sociedad de *leasing* no sea todavía propietaria del inmueble, obligándose a adquirirlo y a entregarlo en un momento posterior, o cuando se trate de un inmueble en proyecto o en construcción, respecto del cual la sociedad de *leasing* asume la obligación de construirlo y entregarlo cuando ya esté terminado.

En esos supuestos, la sociedad de *leasing* debe entregar el inmueble en un momento posterior. ¿Cabe que la sociedad, deudora en esa obligación de dar, se exonere de responsabilidad por el incumplimiento de la misma, es decir, cuando entregue fuera de plazo o no tenga el inmueble a disposición del usuario en el tiempo convenido? CABANILLAS, que ha estudiado este problema en relación con los bienes muebles y resumido las opiniones de los autores españoles sobre el mismo, entiende que la cláusula será inválida en todo caso de incumplimiento de la obligación de entrega por dolo o culpa grave de la sociedad de *leasing*. En los demás casos tampoco parece aceptable la cláusula porque implica el abandono de un derecho sin reciprocidad o contraprestación alguna, la imposición de la parte económicamente fuerte y el incumplimiento de la función económica del contrato (90).

Por el mismo camino, BENAVIDES considera inválida la cláusula no sólo en caso de actuación dolosa por parte de la sociedad de *leasing* (artículo 1.102 del Código Civil), sino también cuando ésta actúe en forma culposa o negligente, o incluso en situaciones en que sin mediar aquélla se hayan producido desplazamientos patrimoniales que generen un enriquecimiento injustificado o un desequilibrio en los intereses de ambas partes (91).

Coincido con estas opiniones negativas respecto a la validez de la referida cláusula. Creo que la solución de estimar inválida la cláusula en caso de dolo o culpa por parte de la sociedad de *leasing* no resuelve totalmente el problema en la práctica. Porque exige una declaración judicial en ese sentido y la correspondiente prueba previa, lo cual supone recorrer un camino demasiado largo y costoso. Al margen de esa posible impugnación judicial, lo importante es llegar a la conclusión de si la cláusula es o no inválida por sí misma, objetivamente considerada, con indepen-

(90) *Loc. cit.*, págs. 89-93.

(91) *Loc. cit.*, págs. 1217-1220.

dencia de la culpabilidad de la sociedad que la impone, y sin necesidad de declaración judicial, es decir, que pueda estimarse esa invalidez *prima facie* en el tráfico jurídico. Esto es especialmente importante desde el punto de vista de la calificación registral. Pues bien, entiendo que la invalidez de la referida cláusula se justifica porque carece de causa suficiente, en cuanto que la renuncia por el usuario a exigir responsabilidad a la sociedad de *leasing* en tales casos no tiene contraprestación alguna e implica una vulneración del principio de conmutatividad y de equivalencia de las prestaciones, vigente en los contratos onerosos; porque va en contra de la función económica del contrato de *leasing*, que exige la puesta del inmueble a disposición del usuario en el tiempo pactado, de la buena fe (art. 7, 1, del Código Civil) y la equidad (art. 3, 2, del Código Civil); porque exterioriza un abuso del derecho por parte de la sociedad de *leasing* (art. 7, 2, del Código Civil); y porque, en última instancia, puede declararse abusiva e implicar una limitación de responsabilidad frente al usuario en relación con la utilidad del inmueble cedido, todo ello a los efectos del artículo 10, 1, c), 3.º y 6.º, de la reciente Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. De manera que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10, 4, de la misma ley, será nula de pleno derecho.

b) Cláusula por la que la sociedad de *leasing* queda exenta de responsabilidad en caso de evicción y vicios ocultos del inmueble cedido.

Nos referimos, claro es, a los vicios que afecten al inmueble y disminuyan su valor o lo hagan inservible para el fin deseado, y al caso en que el usuario sea privado del mismo por evicción. Recordemos también que normalmente esta cláusula va unida a otra estipulación en que la sociedad de *leasing* subroga al arrendatario financiero en cuantos derechos y acciones pueda tener frente al primitivo propietario y vendedor del inmueble.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.485 del Código Civil, los autores entienden que, en general, es posible el pacto de renuncia a la responsabilidad por vicios ocultos; pero esa renuncia sólo es lícita cuando el vendedor o cedente ignorara dichos vicios o defectos ocultos. De modo que la sociedad de *leasing* será responsable cuando conozca dichos vicios, con independencia de su intencionalidad dolosa o maliciosa (92).

En cuanto a la responsabilidad por evicción, los artículos 1.475 y 1.476 permiten también la validez del pacto que la excluya, siempre que el vendedor o cedente no actúe de mala fe.

- Si esto es así en términos generales, cuando se pacta la no responsa-

(92) CABANILLAS, *loc. cit.*, págs. 99-100; BENAVIDES, *loc. cit.*, págs. 1220-1222.

bilidad de la sociedad de *leasing* por evicción y saneamiento dentro de los límites legales, y así lo interpreta la generalidad de la doctrina, con doble motivo podrá estimarse válida la cláusula en cuestión cuando no implica una mera negación de responsabilidad, sino que se modaliza en el sentido de quedar subrogado el adquirente o usuario en los derechos y acciones que tendría la sociedad cedente por razón de dichas responsabilidades frente al primitivo propietario y vendedor del inmueble. La evicción y saneamiento del inmueble que sean imputables a la sociedad de *leasing* quedan excluidas por virtud del pacto en contra y lo dispuesto en los artículos 1.475, 1.476 y 1.485; en la medida en que sea responsable de ellas el primitivo vendedor, el usuario podrá reclamar contra éste en los mismos términos en que lo hiciera la sociedad de *leasing* por virtud de la subrogación pactada.

Sin embargo, los autores han llamado la atención sobre otro problema conexo con esta cláusula: aunque la reclamación por razón de saneamiento y evicción se haga por el usuario frente al primitivo vendedor y quede exonerada de responsabilidad la sociedad de *leasing*, ¿podrá ésta en tales casos exigir el pago de los cánones arrendaticios si el inmueble resulta inadecuado para su uso o es privado de él el usuario? Parece que no. La validez y subsistencia del contrato de arrendamiento financiero debe hacerse depender del hecho de que el usuario pueda utilizar el inmueble en los términos pactados. Si esto no es posible, deberá resolverse el contrato y no se podrá exigir al usuario el pago de las rentas futuras. Por falta de causa onerosa suficiente y por infracción del principio de equivalencia de las prestaciones, entre otras razones.

c) Cláusula por la que la sociedad de *leasing* no responde si el inmueble se deteriora o destruye total o parcialmente por caso fortuito o fuerza mayor.

Normalmente se pacta que el usuario asume todos los riesgos que la sociedad de *leasing* hubiera debido soportar como propietaria de la finca, y al mismo tiempo el usuario se obliga a concertar un seguro para garantizar el inmueble frente a dichos riesgos.

Entre nosotros la doctrina se encuentra dividida sobre la posibilidad de esta cláusula. Frente a los autores que la estiman admisible, especialmente por su necesaria conexión con el contrato de seguro (LÓPEZ IRANZO, SAGRERA Y MARTORELL, VIDAL BLANCO, MENÉNDEZ e IGLESIAS), otros la consideran injusta y contraria al régimen normal del arrendamiento (DE LA VIÑA, RICO PÉREZ, DE LA CUESTA). CABANILLAS entiende, a mi juicio con razón, que la pérdida de la cosa arrendada sin culpa del arrendatario produce la extinción de la relación arrendaticia; extinción debida a causa no imputable al arrendatario, que debe liberar a éste del pago de las mensualidades no vencidas. Al no poder gozar de los bienes, falta la

causa del pago de las mensualidades. La citada cláusula es contraria, por tanto, a la esencia del arrendamiento. Aun admitiendo la necesidad del seguro, mientras no se repare o reponga el inmueble siniestrado, el usuario no debe ser obligado al pago de las mensualidades (93).

BENAVIDES abunda en ese criterio del carácter bilateral del arrendamiento, de los efectos extintivos de la relación arrendaticia cuando se destruye físicamente el inmueble o cuando éste queda privado de las condiciones necesarias para cumplir su función económica (arts. 1.568 y 1.182 del Código Civil). Pues bien, el aseguramiento de la finca que se cede, ¿podrá justificar esa traslación de responsabilidad? Distingue este autor varios casos, según que el siniestro sea total o parcial, pero de tal suerte que impida el cumplimiento de la función económica del contrato, o parcial sin esas condiciones, y según que la reconstrucción sea posible o no. Y concluye afirmando que no puede considerarse válido el pacto por virtud del cual la sociedad de *leasing* seguirá percibiendo durante la reconstrucción del inmueble las rentas pactadas que venzan durante el expresado período (94).

En mi opinión, parece claro que esta cláusula no será válida tanto por su falta de causa como por ir en contra de la relación pactada, implicar un enriquecimiento injustificado y abusivo, romper el justo equilibrio de las contraprestaciones y ser contraria a la buena fe (art. 10, 1, c), 3 y 6, Ley 26/1984, de 19 de julio). Aun pactado el seguro, mientras no se reconstruya totalmente el inmueble mediante la indemnización satisfecha por la compañía aseguradora, no será exigible el pago de las rentas.

d) Cláusula por virtud de la cual la falta de pago de alguna de las mensualidades dará lugar a la resolución del contrato y al pago inmediato de la totalidad o parte importante de las mensualidades aún no vencidas.

Damos por supuesta la validez de la cláusula resolutoria expresa en caso de incumplimiento. Ello es perfectamente claro en el supuesto de venta con precio aplazado, tal como aquí se defiende. Pero también lo es, o debe serlo, desde la perspectiva arrendaticia, por cuanto la obligación esencial del arrendatario es el pago de la renta. El problema surge entonces al analizar la cláusula penal establecida, que impone al usuario o adquirente que deja de pagar un plazo o canon mensual la obligación de satisfacer todos los pendientes y aún no vencidos (o parte importante de los mismos). Cláusula penal que se estipula para sustituir anticipadamente la indemnización de daños y perjuicios. El problema de las cláusulas penales abusivas se ha planteado repetidas veces en la venta de inmuebles

(93) *Loc. cit.*, págs. 104-107.

(94) *Loc. cit.*, págs. 1223-1226.

cón precio aplazado (95). Tratemos de centrarlo aquí lo más resumidamente posible en relación con el contrato de *leasing*.

La doctrina que se ha ocupado de estas cuestiones se muestra partidaria del sometimiento de estas cláusulas al artículo 1.154 del Código Civil, dado el carácter evidentemente imperativo del mismo, no susceptible de ser excluido por convenio entre las partes; lo que se traduce en la posibilidad de que los Jueces moderen equitativamente tales cláusulas penales cuando sean injustas y desproporcionadas en sus resultados sancionadores (96). Afirmaciones indudablemente ciertas, que comparto, pero que no resuelven el problema planteado de una forma adecuada y práctica.

A mi juicio, lo importante es saber si esas cláusulas resolutorias son inválidas en el tráfico jurídico ordinario, sin necesidad de una resolución judicial que las declare, y que muchas veces no llega a solicitarse por el coste y demora de su tramitación; es decir, si pueden ser calificadas registralmente como inválidas y excluidas de inscripción.

Entiendo que sí. No sólo porque muchas veces resultan abusivas y exorbitantes, sino también porque van contra la esencia misma de la resolución. Que en la compraventa a plazos exige la devolución de las cantidades percibidas y no permite su conservación total. Y que en el arrendamiento es incompatible con la percepción de las rentas futuras y con la causa jurídica que justifica su pago. Semejante calificación negativa puede apoyarse en esas razones institucionales y además en el repetido artículo 10, 1, c), 3.º, 4.º y 10, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984.

Además, en los contratos de *leasing* inmobiliario se suele incluir una cláusula paralela a ésta pero distinta de ella: Aquélla en que el impago por el usuario de una de las partes del precio (97) da derecho a la sociedad de *leasing* a exigir igualmente el vencimiento anticipado y el pago inmediato de la totalidad del precio pendiente de pago. Sin resolver el

(95) El problema es tan importante para la calificación registral y para la inscripción de las compras en esas condiciones, que bien merece un estudio separado y detenido.

(96) CABANILLAS, *loc. cit.*, págs. 117-120; BENAVIDES, *loc. cit.*, págs. 1126-1128.

DE LA CUESTA ha señalado agudamente que cuando la pena convencional consiste en el pago del total importe de las rentas futuras, se hace evidente el carácter de préstamo de la operación. Se trata de una cláusula de vencimiento anticipado propia del contrato de préstamo e incompatible con la naturaleza del arrendamiento. Y la jurisprudencia sostiene que los efectos del contrato de arrendamiento anteriores a la resolución quedan intactos; pero no, claro, los posteriores. Para este autor la aplicación (supletoria) del artículo 11 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles impediría ese resultado (*loc. cit.*, págs. 600-602 y 615-616).

(97) Obsérvese que curiosamente se habla de precio y no de renta, exteriorizando así el propósito de la venta a plazos más que el del arrendamiento.

contrato, la sociedad de *leasing* puede reclamar la totalidad de lo que falta por pagar (entiendo que durante el período del llamado arrendamiento, con exclusión del «valor residual» correspondiente a la opción de compra) (98).

Como ha señalado algún autor (COILLOT, DE LA CUESTA), semejante cláusula es propia de la relación de préstamo, y así figura frecuentemente en los contratos de préstamo hipotecario, por ejemplo; pero resulta incompatible con la naturaleza de la relación arrendaticia, en que la causa del pago de las rentas es el uso que se disfruta del inmueble, y por eso no se pueden anticipar esos pagos periódicos o mensuales. En el marco de la venta a plazos la cuestión puede resultar más dudosa. En un sentido puede significar el vencimiento anticipado de los plazos concedidos al adquirente para pagar el precio aplazado, lo que se establece como sanción del impago de uno de los plazos (o de varios de ellos) y por la inseguridad que puede significar para el cobro de los plazos futuros por la sociedad de *leasing* (vencimiento anticipado en funciones de garantía: el precio aplazado como préstamo concedido por la sociedad financiera). En otro sentido, semejante cláusula penal puede resultar desproporcionada o abusiva por cuanto el impago de un plazo no significa que dejen de pagarse los futuros y además implica la exclusión de los plazos pendientes, cuya existencia parece fundamental en el esquema de este contrato. Por otra parte, la cuestión se hace más complicada si se piensa que una vez vencidos los plazos futuros, si se pagan en el momento de su reclamación actual como corresponde, entonces podrá ejercitar el usuario la opción de compra y adquirir la cosa (o terminar de adquirirla) por su valor residual, siempre que haya satisfecho también el plazo inicialmente impagado. Dejando de lado los problemas de determinación del comienzo del plazo para el ejercicio de la opción en tales supuestos (¿durará hasta el fin del tiempo fijado en principio o el plazo de treinta días concedido para la opción —o el que sea— comenzará al satisfacer en forma anticipada los pagos aplazados del arrendamiento?), también resulta dudoso que el usuario vea modificadas en esos términos las condiciones del derecho de opción, y si quiere consumir la adquisición de propiedad, como es previsible, tenga que pagar anticipadamente el valor residual. En la duda, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10, 1, c), apartados 3.º y 4.º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, me inclino a estimar la ineficacia de semejante cláusula. Que en todo caso será inaceptable por falta de causa suficiente en el marco de la relación arrendaticia.

(98) En relación con el *leasing* mobiliario, VIDAL recoge esta cláusula y la da por existente sin entrar en el problema de la justificación de su contenido ni de su validez jurídica (*loc. cit.*, págs. 101-102).

e) Cláusula por la que el arrendatario financiero no podrá vender, traspasar, aportar, subarrendar o transmitir en cualquier otra forma los derechos que resulten a su favor del contrato de arrendamiento financiero sin autorización de la sociedad de *leasing*.

Los amplios términos en que suele aparecer redactada esta cláusula obligan a distinguir por lo menos dos supuestos distintos: 1. Cesión del inmueble. 2. Cesión de los derechos arrendaticios y de opción de compra, tal como resultan adquiridos en virtud del contrato de *leasing*.

En el primer caso sólo se podrá vender, ceder o aportar el inmueble dado en *leasing* cuando se tenga la propiedad del mismo. En el ámbito arrendaticio ello no es posible antes de ejercitar la opción de compra, es decir, al final del contrato. Parece correcto, por tanto, que no teniendo el arrendatario financiero legitimación suficiente para la transmisión del dominio de la finca, no podrá realizar estos actos por sí solo y necesitará para ello el consentimiento concurrente de la sociedad arrendadora. De modo que la cláusula es perfectamente admisible, aunque no añade nada nuevo al contenido de la relación contractual establecida. Si, por el contrario, se estima que estamos en presencia, no de un arrendamiento, sino de una venta aplazada con reserva de dominio, tampoco entonces cambia la solución del problema planteado, porque no habiendo adquirido todavía el usuario la propiedad del inmueble hasta que no pague la totalidad del precio aplazado, no podrá transmitir aquél.

En el segundo caso lo que se prohibía ceder eran los derechos derivados del contrato de arrendamiento financiero. Si se intérpreta esta expresión en el sentido de cesión del contrato, parece claro que dicha cesión global no podrá hacerse sin el consentimiento de la otra parte contratante, la sociedad de *leasing*, a quien afecta sustancialmente la persona que tenga enfrente en esa compleja relación contractual. Si se entiende referida aquella prohibición a los actos de traspaso o subarriendo en el plano estrictamente arrendaticio, también resulta razonable impedir dichos actos sin la autorización de la sociedad arrendadora (99). Porque limitándonos ahora a la regulación del arrendamiento en el Código Civil, por estimar inaplicable la Ley de Arrendamientos Urbanos según lo ya dicho, el arrendatario no puede subarrendar la cosa arrendada cuando se le haya prohibido expresamente en el contrato (art. 1.550: validez del pacto prohibitivo y eficacia excluyente del mismo).

(99) Por lo demás, BENAVIDES ha indicado que la figura del subarriendo se compagina mal con lo dispuesto en el artículo 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980, que impone la afectación de los bienes objeto de arrendamiento financiero a un fin determinado (los que allí se señalan) y previsto en el contrato. Lo que implica el compromiso permanente por parte del usuario de destinar el inmueble de acuerdo con el uso pactado durante la vida del contrato (*loc. cit.*, páginas 1228-1229).

De modo que tanto por la legitimación que tiene el usuario en el arrendamiento financiero por razón de su titularidad, como por la naturaleza de los referidos actos dispositivos, la cláusula a que nos estamos refiriendo parece lícita y válida.

f) Cláusula por virtud de la cual, llegado el término del período contractual sin que el usuario ejercite la opción de compra ni devuelva el inmueble a la sociedad de *leasing*, el contrato se considerará prorrogado en sus mismas condiciones.

No creo que sean aplicables al arrendamiento financiero de inmuebles las disposiciones del Código Civil que regulan la tácita reconducción (artículo 1.566), porque entiendo que la relación jurídica de *leasing* no tiene naturaleza arrendaticia, sino de venta con precio aplazado y reserva de dominio, según he expuesto antes. Al margen de esta cuestión, lo que parece claro es que semejante cláusula va en contra de la propia finalidad del *leasing*. En este contrato los pagos mensuales no son precio del uso concedido (canon arrendaticio), sino que representan una fracción del valor total de la finca incrementado con otras partidas (parte fraccionada del precio aplazado). Por ello, aun suponiendo que el usuario no ejercite la opción de compra, lo cual parece ciertamente improbable en la práctica por haber pagado ya la mayor parte del precio de compra del inmueble y faltarle para ser dueño sólo el pago del valor residual, lo cierto es que no tiene justificación que se prorrogue automáticamente su situación de usuario y tenga que volver a pagar para ello los mismos plazos, muy superiores al precio arrendaticio. No tiene sentido pagar dos veces el valor total del inmueble más los incrementos expresados para llegar a ser dueño. Por su finalidad adquisitiva a plazos y la forma de realizar los pagos mensuales, el contrato de *leasing* no es susceptible de renovación y tampoco le es aplicable la prórroga tácita por no ser una relación arrendaticia. Así lo ha expresado BENAVIDES al decir que al finalizar el período contractual no caben otras alternativas distintas al ejercicio de la opción o a la restitución de la posesión del inmueble, y que cualquier otra solución pactada alteraría la función económico-jurídica de este contrato (100).

Por todo ello la cláusula aludida parece inválida e inaceptable dentro del marco jurídico del *leasing* o arrendamiento financiero.

g) Cláusula de estabilización de las rentas o pagos mensuales previstos.

Se pacta que a partir de una determinada fecha se harán regularizaciones semestrales de los plazos pactados y las rentas podrán sufrir variación según un procedimiento que se realiza adicionando a un tipo básico de interés mensual que se fija la media aritmética del tipo de interés del

(100) *Loc. cit.*, págs. 1230-1231.

mercado interbancario publicado por el Banco de España, por ejemplo, o por medio de índices relativos al aumento del coste de la vida, nivel de precios, índices monetarios, etc. La forma de redacción de estas cláusulas es muy variada. A veces se fija un tope máximo de interés preferencial. Su razón de ser está en mantener el precio del arrendamiento financiero y adecuarlo a la coyuntura económica, tan variable en los últimos años por razón de la inflación. Lo cierto es que tales pactos figuran habitualmente en los contratos de arrendamiento financiero.

Dando por buena la existencia de estas cláusulas de estabilización y por justificado su establecimiento en atención a las razones económicas expresadas, su configuración jurídica no deja de plantear algunas dudas. Aun admitiendo su validez civil en determinadas condiciones de certeza y estabilidad, las dificultades mayores surgen en el plano de su inscripción registral. Por la falta de una regulación de las mismas y la necesidad de determinar qué requisitos se estiman necesarios para dotarlas de publicidad en el Registro. El problema se ha planteado entre nosotros, recientemente y con especial agudeza, en las cláusulas de estabilización del tipo de interés en los préstamos hipotecarios (101). Quizá pudieran aplicarse aquí algunos de los criterios elaborados por la doctrina para la admisión registral de las cláusulas de interés variable: tipo de referencia objetivo, equidad contractual que impida su carácter abusivo, redacción clara, etc. Al menos mientras no se regule expresamente y con carácter sustantivo el régimen legal de estas cláusulas.

h) Cláusula de pagos mensuales por medio de letras de cambio que se aceptan por el usuario.

Es una cláusula habitualísima y prácticamente inseparable de los contratos de arrendamiento financiero inmobiliario. Con referencia al *leasing* en general, VIDAL BLANCO se ha hecho eco de esta práctica y ha señalado la gran ventaja que significa para la empresa de *leasing*, pues con la incorporación del derecho de crédito al título-valor se consigue la independencia del mismo respecto al contrato de *leasing* subyacente y permite acudir al descuento bancario. Semejantes ventajas, fáciles de apreciar y que obedecen sin duda a la presión que las sociedades de *leasing* ejercen sobre los que con ellas contratan (contrato de adhesión), no deben hacernos olvidar algún aspecto negativo que también encierran. Como señalaba DE LA CUESTA ya hace años, y antes de que se generalizara el *leasing* inmobiliario, el hecho de que el usuario acepte al firmar el contrato tantas le-

(101) Véase el trabajo de JOSÉ MANUEL GARCÍA: «El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable en las hipotecas», *RCDI*, núm. 560, enero-febrero 1984, págs. 9-60.

Como es sabido, en la legislación hipotecaria sólo se regulan las cláusulas de estabilización del capital del préstamo, no de los intereses (art. 219, 3.º, R. H.).

tras de cambio cuantas sean necesarias para absorber su contraprestación económica es un dato que desnaturaliza la relación de arrendamiento y pone de relieve su verdadero significado contractual (102).

En efecto, el pago de los plazos arrendaticios a través de letras de cambio aceptadas con vencimientos sucesivos no encaja en el marco institucional del arrendamiento. En éste las rentas se pagan con la periodicidad fijada como contraprestación o precio del uso del inmueble. Si la concesión de ese uso se interrumpe o extingue, cualquiera que sea su causa, no tiene justificación jurídica el seguir pagando aquellas rentas sólo porque la letra es título ejecutivo y se independiza a veces de la relación causal subyacente. Ni tampoco parece aceptable esa independencia jurídica cuando los pagos periódicos se hacen «ex causa arrendaticia». De modo que si se piensa que en el *leasing* hay un arrendamiento más una opción de compra (concepción estructural), no parece posible arbitrar el pago de las rentas de esa manera ni será aceptable la cláusula en que así se establezca. En cambio, si se entiende que el *leasing* equivale a una venta a plazos con reserva de dominio (concepción funcional), no se ve mayor inconveniente en que el precio aplazado se pague en períodos sucesivos a través de letras de cambio, como de hecho ocurre frecuentemente en este tipo de operaciones. Aunque no se olviden las posibles dificultades que esta forma automática de pago puede comportar. De manera que desde esta perspectiva la cláusula puede ser inicialmente válida y eficaz.

V. EL DERECHO DE SUPERFICIE Y EL «LEASING»

Una de las modalidades que se presentan en el *leasing* inmobiliario es aquella en que la sociedad de *leasing* debe construir el inmueble antes de cederlo en régimen de arrendamiento financiero y debe hacerlo sobre un terreno que no es de su propiedad, sino que pertenece al futuro usuario (*lease-back*). En tales casos la sociedad de *leasing* necesita tener un título jurídico que justifique su posibilidad de construir en suelo ajeno. Normalmente se le concede por el dueño del terreno un derecho de superficie para que construya de acuerdo con esa llamada «propiedad superficiaria». Semejante situación de hecho plantea no pocos problemas jurídicos: si es posible dar en arrendamiento financiero las edificaciones resultantes de esa construcción; si el derecho de superficie es el instrumento jurídico más adecuado para conseguir esa finalidad; si se puede adquirir por vía de arrendamiento financiero, o del ejercicio de la opción de compra que en este contrato se comprende, lo que al final revertirá en todo caso al adquirente y dueño del suelo cuando termine el derecho de superficie; si es

(102) *Loc. cit.*, págs. 590-591.

posible establecer la consolidación de derechos sobre suelo y vuelo en favor de la sociedad de *leasing* cuando el usuario incumpla sus obligaciones, de manera que entonces la sociedad pueda adquirir la propiedad del solar, etc. El estudio de estos problemas ha sido hecho entre nosotros por BENAVIDES (103) y DÍEZ MORENO (104). No vamos ya a entrar en su consideración para no alargar más la extensión de este trabajo. Quede constancia, al menos, de la importancia de estas cuestiones, y hecha la remisión a esas aportaciones doctrinales para el estudio de aquéllas.

VI. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DEL «LEASING» INMOBILIARIO

De los varios problemas jurídicos que se plantean en relación con la publicidad registral del *leasing inmobiliario*, vamos a referirnos ahora a alguno de los más importantes de ellos, y vamos a hacerlo en la forma más esquemática y abreviada posible.

a) En la práctica resulta necesaria la inscripción de la situación jurídica de *leasing* para la adecuada protección de la titularidad del adquirente en esas condiciones. Dicha protección puede proyectarse: 1) Frente a los acreedores de la sociedad de *leasing*, que podrán anotar a su favor el embargo de la finca dada en *leasing* mientras aparezca inscrita a nombre de esta sociedad, y ese embargo será preferente al derecho del usuario (hasta el punto de llegar a hacerlo ilusorio cuando se venda la finca en pública subasta y se cancele la inscripción de las cargas y gravámenes posteriores) si se anota antes de la inscripción de éste. Y especialmente en caso de ejecución concursal de la sociedad de *leasing*. 2) Frente a los actos de transmisión y gravamen del mismo inmueble realizados por la sociedad de *leasing*, si los adquirentes en dichos actos han inscrito su derecho antes que el usuario en *leasing*. 3) Como trámite previo al eficaz ejercicio de sus derechos por el usuario adquirente, en los casos en que éste quiera enajenar su derecho o hipotecarlo o recabar la protección judicial del mismo.

Pues bien, si se considera al *leasing* como un arrendamiento al que se yuxtapone la opción de compra, su inscripción resultará imprescindible para el ejercicio de la opción frente a los terceros, ya que estos derechos reales de adquisición carecen de publicidad posesoria y sólo pueden ejercitarse frente a los terceros o tener eficacia oponible en la medida en que estén dotados de publicidad registral. Sin estar inscritos no tendrían efi-

(103) *Loc. cit.*, págs. 1208-1210 y 1238.

(104) «Dictamen sobre construcción en suelo ajeno por Sociedades de *Leasing*, emitido a encargo de A. S. A.», *RCDI*, núm. 560, enero-febrero 1984, páginas 153-177.

cacia real, nó se darían frente a terceros adquirentes, sólo produciría efectos la opción de compra frente a la sociedad de *leasing* concedente de la misma. Bastaría con que ésta enajenara el dominio del inmueble cedido en *leasing* para defraudar la pretensión adquisitiva del usuario.

Si, por el contrario, se calificara al *leasing* como una compra a plazos en que la adquisición futura del dominio está condicionada al pago total del precio aplazado (pagos mensuales más pago del valor residual), también entonces será necesaria su inscripción para acreditar frente a todos ese dominio potencial y futuro, especialmente frente a las hipotecas y embargos que después sean objeto de publicidad, frente a los terceros que hayan adquirido de la sociedad de *leasing* y frente a la insolvencia o concurso de ésta (derecho de separación frente a la masa de acreedores), e incluso para ejercitar su derecho y gozar de la protección derivada de la legitimación registral.

Ocorre, sin embargo, que a veces existen dificultades prácticas para inscribir los contratos de *leasing*. Porque cuando en trámite de calificación registral se rechaza la inscripción de algunas cláusulas ineficaces, como la sociedad de *leasing* domina la situación contractual y es la que presenta en el Registro la escritura de *leasing*, al surgir la calificación parcialmente negativa retira la escritura y puede desistir de la inscripción por no querer renunciar a esas cláusulas abusivas y no necesitar la inscripción del *leasing* cuando ya tiene inscrita la propiedad de la finca a su favor. En tales casos parece conveniente contar con la concurrencia del usuario, cuya titularidad es la protegida por la inscripción de este contrato, para que sea él como interesado quien solicite la inscripción y consienta, en su caso, la exclusión en la misma de determinadas cláusulas no inscribibles.

b) Al plantearnos la inscribibilidad del *leasing* hay que recordar que, con carácter general, lo que se inscribe en el Registro, el objeto de la inscripción, no son sólo los actos y contratos, sino más bien los derechos reales u oponibleś unidos a su título originador. Al Registro llega no sólo el acto o contrato, sino también el derecho ya formado. Y la calificación se proyecta sobre la validez del acto inscribible pero también sobre la existencia y condiciones del derecho adquirido, que igualmente es objeto de inscripción (105). Pues bien, partiendo de esa idea general, lo que se inscribe en el caso concreto que ahora nos ocupa es la titularidad compleja del adquirente o usuario en el contrato de *leasing* considerado como un todo. Es decir, no un arrendamiento más una opción de compra, considerados como elementos yuxtapuestos o separados, sino una situación

(105) Un desarrollo de esta tesis puede verse en mi comentario al artículo 605 del Código Civil, en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo VII, vol. 2.º, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, págs. 257-263.

jurídica compleja (derecho inscribible o relación jurídica registral), relación jurídica de arrendamiento financiero que se traduce en una venta con precio aplazado y reserva de dominio.

Concebida esta relación jurídica en esos términos, ¿es susceptible de inscripción en el Registro? El problema así planteado se enlaza con el más amplio y grave de la posible inscripción de los derechos reales atípicos. Cuestión que se conecta con el clásico y tantas veces discutido problema del *numerus clausus* o *numerus apertus* de derechos reales. Todo lo cual desemboca en la cuestión de fondo de cuáles sean los límites de la autonomía de la voluntad en la creación de los derechos reales (106). Quede ahora al margen de nuestra breve y apresurada reflexión el planteamiento de aquellas cuestiones, tan importantes para la teoría general de los derechos reales y tan sugestivas en su desarrollo doctrinal. Baste con recordar, en un plano más concreto y cercano al contrato que ahora nos ocupa, que la interrogación se nos plantea, no ya respecto a la pura creación de derechos reales atípicos, o la modificación contractual del contenido de los derechos reales existentes, cuanto en la determinación de cuáles sean los requisitos necesarios para su inscripción.

Nuestra Ley Hipotecaria permite la inscripción de los derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos servidumbres y otros cualesquiera reales (art. 2.º, 2). Y el artículo 7.º del Reglamento considera inscribible a cualquier acto o contrato de *trascendencia real* que sin tener nombre propio en derecho, modifique desde luego o en el futuro alguna de las *facultades* del dominio sobre bienes inmuebles o *inherentes a derechos reales*. Partiendo de tan abierta formulación legal se piensa que en nuestro Derecho se recoge el sistema de *numerus apertus*, que no existe una lista cerrada de derechos reales, y que los particulares pueden establecer nuevos tipos de relaciones jurídicas con efectos reales o modificar contractualmente su contenido. Sin embargo, la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros ha sido más bien restrictiva en la interpretación de esas posibilidades de constitución de nuevos derechos reales, negando en unos casos la eficacia real y exigiendo en otros especiales requisitos (107). Y la doctrina más reciente (CHICO, CAMY, DÍEZ-PICAZO) ha venido a centrar el problema en el sentido de que lo importante no es ya la posibilidad de la creación de derechos reales, sino el establecimiento de los límites de la autonomía privada para esa tarea

(106) DÍEZ-PICAZO: «Autonomía privada y Derechos reales», en *Libro Homenaje a Roca Sastre*, vol. II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, págs. 299-330; DE CASTRO: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, XXXV-IV, págs. 987-1085.

(107) Véase un resumen de esta jurisprudencia en DÍEZ-PICAZO: «Autonomía privada y Derechos reales», págs. 310-319.

creadora, tanto respecto de los derechos reales típicos como de los atípicos.

Siguiendo por ese camino y desarrollando las conclusiones que derivan de esa interpretación jurisprudencial, Díez-PICAZO ha señalado la importancia que los límites genéricos de la autonomía de la voluntad, y singularmente el orden público económico, pueden tener en la creación de derechos reales; que la voluntad negocial creadora ha de ser expresa; que la interpretación de las cláusulas contractuales ha de ser restrictiva en cuanto a sus efectos reales y favorecedora de los efectos puramente obligatorios; que es necesaria la plena determinación objetiva del derecho real, tanto respecto a su objeto como a su contenido; que deben cumplirse los correspondientes requisitos de forma y publicidad; y que desde el punto de vista causal, la constitución de un derecho real exige que con él se satisfagan necesidades jurídicas o económicas que de otro modo no se podrían llenar (108).

Por su parte, BENAVIDES entiende que el contrato de arrendamiento financiero de bienes inmuebles da lugar a un derecho de naturaleza jurídica real inequívocamente diferenciada de la de los dos elementos que lo integran: el arrendamiento y la opción de compra. Que se trata de una figura nueva, no contemplada por el legislador al redactar la Ley Hipotecaria y su Reglamento; que no cabe entender limitada su inscripción en los términos de los artículos 2.º, 5, de la Ley Hipotecaria (inscripción del arrendamiento) y 14 del Reglamento Hipotecario (inscripción de la opción de compra); y que, como verdadero derecho real, quedará sujeto a las prescripciones generales de la Ley Hipotecaria (109).

Coincido con esa consideración del arrendamiento financiero inmobiliario como una relación jurídica unitaria, autónoma e independiente de los elementos que integran su estructura contractual. También creo que debe producir efectos reales por razón de la función económico-social que cumple, y que debe estar dotado de eficacia oponible mediante la correspondiente publicidad registral. Pero al no tener una regulación sustantiva específica, el problema surge por la necesidad de determinar su régimen legal supletorio y los requisitos necesarios para su inscripción: ¿deberán aplicarse las disposiciones que regulan la inscripción del arrendamiento y de la opción de compra (art. 2.º, 5, de la LH y arts. 13, 14 y 15 del RH), o las que regulan la de la venta a plazos con reserva de dominio? En defecto de una norma reguladora directamente aplicable (110), y teniendo

(108) *Loc. cit.*, págs. 322-330.

(109) *Loc. cit.*, pág. 1237.

(110) Me refiero, claro es, a normas de carácter sustantivo, civiles, mercantiles o hipotecarias; no a las establecidas con carácter administrativo o fiscal, que no pueden condicionar aquel régimen sustantivo.

en cuenta la dificultad práctica de apartarse de lo expresamente convenido por las partes y así formulado en el contrato (arrendamiento, opción de compra), quizá sea posible aplicar al arrendamiento financiero el régimen jurídico de estas instituciones concurrentes, sin llegar a entrar en la consideración del contrato disimulado y realmente subyacente (compraventa con precio aplazado y reserva de dominio). Aunque esta última forma de proceder, sin duda más sencilla, tiene el riesgo de llegar a desconocer la verdadera naturaleza del contrato que se inscribe y de propiciar soluciones jurídicas inaceptables. Por eso entiendo que la aplicación de esas normas, dictadas para regular tipos contractuales diferentes, aunque formalmente involucrados en el contrato de arrendamiento financiero, sólo será posible si se hace con carácter provisional, es decir, mientras no exista una regulación sustantiva adecuada; y siempre que no contradiga esencialmente la finalidad práctica perseguida y el esquema contractual efectivamente querido.

c) La calificación registral deberá proyectarse sobre el contrato de *leasing* con toda la amplitud que se recoge en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y ha desarrollado la doctrina y la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros. Así pues, deberán ser objeto de calificación, entre otros, los siguientes extremos:

1. La validez del contrato, la cual debe ser enjuiciada atendiendo a su verdadera naturaleza jurídica. En el presente caso se podría cuestionar hasta qué punto se puede descubrir la naturaleza jurídica del negocio, en trámite de calificación y más allá de lo dicho por las partes. Entiendo que no sólo se puede, sino que se debe, siempre que se haga utilizando los medios adecuados de calificación (escrituras públicas presentadas y asientos del Registro: art. 18 de la LH) y por supuesto mediante la interpretación del negocio jurídico y la aplicación al mismo de las normas que sean procedentes. Ello nos conduce al espinoso problema de la calificación e inscripción del contrato disimulado cuando la causa de la simulación resulta de los propios términos del contrato. La consecuencia práctica que se desprende de la función calificadora, y de la necesidad de descubrir el verdadero significado del contrato calificado, es que cuando se habla de arrendamiento financiero inmobiliario y se inscribe la titularidad de ahí resultante hay que entender que la posición del adquirente en esas condiciones es la de un comprador a plazos con adquisición futura del dominio, y que el ejercicio de la opción de compra implica el pago del último plazo y el cumplimiento de la condición de que dependía la adquisición del dominio.

2. Los requisitos para la inscripción del contrato. Puede recordarse aquí lo dicho inmediatamente antes (apartado b) *in fine* de este capítulo VI). Si se estiman aplicables las reglas para la inscripción del arren-

damiento y la opción de compra, tesis que por lo demás no deja de ser discutible, habrá que apreciar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 2.º, 5, de la Ley Hipotecaria y 14 del Reglamento Hipotecario. En todo caso, entiendo que deben cumplirse también los requisitos de la compra a plazos que efectivamente se realiza y sus posibles garantías. Más dudoso resulta que puedan aplicarse a este caso, siquiera sea en forma supletoria, las normas de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Pienso que no es aplicable al *leasing* inmobiliario la doctrina formulada en la Sentencia de 10 de abril de 1981. Aunque lo dispuesto en el artículo 21 del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 puede ser un argumento en contra de aquella analogía legal, no obstante referirse al arrendamiento financiero de bienes muebles.

3. Las cláusulas o condiciones generales contenidas en el contrato e impuestas por la sociedad de *leasing*. Debe calificarse su validez sustantiva o de fondo, teniendo en cuenta que se trata de un contrato de adhesión. Su valoración debe hacerse, no desde la perspectiva del arrendamiento (muchas de las cláusulas establecidas son incompatibles con este tipo contractual), sino de la compra a plazos con reserva de dominio. Como criterios de calificación pueden recordarse los señalados antes, al examinar la posible validez de estas cláusulas-tipo (capítulo IV). En cualquier caso, la reciente promulgación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio) ha venido a proporcionar un enérgico apoyo legal a la declaración de nulidad de estas cláusulas abusivas (art. 10).

La exclusión de alguna de estas cláusulas inválidas, y la necesaria inscripción del restante contenido del contrato, nos reconduce al problema de la nulidad parcial del negocio y de su conservación en la medida en que resulte válido. De todas formas, la calificación negativa de parte del contrato priva de legitimación para el tráfico a las cláusulas excluidas y sirve de advertencia a los interesados (partes y terceros) respecto a su ilegalidad e ineficacia. Para poder inscribir el contrato con exclusión de esas cláusulas hará falta la conformidad de quien solicita la inscripción (artículo 434 del RH).

d) En cuanto al objeto de la inscripción o finca registral sobre la cual recae el derecho del adquirente en arrendamiento financiero, puede plantear algún problema la inscripción del inmueble cuya construcción no se ha terminado, sino que se encuentra comenzada o en proyecto.

BENAVIDES, que ha estudiado con detalle estas cuestiones, se plantea la duda de si es necesario para la inscripción de la declaración de obra nueva de un edificio que éste se encuentre construido, al menos parcialmente (art. 8.º, 4, de la LH), o si cabe la inscripción de un edificio meramente proyectado. Apoyándose en las opiniones formuladas por varios

autores (DE LA CÁMARA, GARCÍA ARANGO), en el Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, en las conclusiones sobre la pre-horizontalidad formuladas en el Congreso Internacional de Buenos Aires de 1972, en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 5 de noviembre de 1982 y en lo dispuesto en la propia Ley del Suelo (artículos 15, 1, y 228, 3), llega a la conclusión de que el artículo 8.º, 4, de la Ley Hipotecaria debe ser interpretado en el sentido de permitir la inscripción no sólo de los edificios cuya construcción esté comenzada (como expresamente recoge este artículo para los edificios en régimen de propiedad horizontal), sino también de los edificios en proyecto, siempre que la edificación esté previamente definida mediante el respectivo proyecto de ejecución, éste resulta visado por el colegio profesional correspondiente y exista además la licencia administrativa de edificación (111).

Si se sigue esta progresiva tesis de permitir el acceso al Registro de los edificios meramente proyectados, siempre que se cumplan los requisitos apuntados, y sin necesidad de esperar la reforma de nuestra legislación hipotecaria que así lo permita expresamente, podrá inscribirse la declaración de obra nueva en proyecto o en construcción a favor de la sociedad de *leasing* cuando sea ésta la encargada de llevar a cabo esas actividades constructoras. Y todo ello como trámite previo a la inscripción del contrato de arrendamiento financiero sobre esa finca.

e) La complejidad del contrato de arrendamiento financiero inmobiliario puede dar lugar a la formalización de diversos actos inscribibles. Aunque los supuestos de hecho posibles son muy diversos (según se hagan en un mismo acto la compra del inmueble y su cesión en arrendamiento financiero o en actos sucesivos y distintos; se lleve a cabo o no la edificación por la sociedad de *leasing*, con o sin la concesión de un derecho de superficie, etc.) y no pueden ser examinados aquí con detalle (112), recordemos brevemente alguno de estos actos y su inscripción registral:

1. La previa compra del inmueble por la sociedad de *leasing* supone una compra normal y corriente. Aunque la adquisición se haga con el propósito, muchas veces explícito en la escritura, de ceder el inmueble que se adquiere en régimen de *leasing*, y aunque ese propósito resulte implícito del propio objeto social exclusivo de la sociedad de *leasing*, entiendo que tales finalidades no implican un condicionamiento en la compraventa, ni la modalizan, ni afectan a su causa onerosa típica. De manera que la compra así realizada podrá inscribirse normalmente, sin especialidad objetiva alguna.

(111) *Loc. cit.*, págs. 1193-1204.

(112) Véase el resumen de estos esquemas en BENAVIDES, *ibid.*, págs. 1238-1243.

2. La declaración de obra nueva del edificio deberá ser inscrita cuando la construcción deba hacerla la sociedad de *leasing* y como trámite previo a la cesión del inmueble todo (suelo y edificio como una unidad física) o del edificio solo en régimen de arrendamiento financiero. Cuando la sociedad de *leasing* no sea dueña del suelo, deberá concederse a su favor un derecho de superficie que legitime su actividad constructora y que deberá inscribirse en los términos señalados en los artículos 16 del Reglamento Hipotecario y 171 a 174 de la Ley del Suelo. Esta última inscripción deberá ser previa a la de declaración de obra nueva. Respecto a la posibilidad de inscribir la declaración de obra nueva del inmueble cuya construcción esté comenzada e incluso meramente proyectada, me remito a lo dicho inmediatamente antes (apartado *d*) de este mismo capítulo).

3. La cesión del inmueble en arrendamiento financiero es el acto fundamental derivado del contrato de *leasing*, cuya inscripción resulta necesaria para dotar a la relación jurídica así creada de eficacia real y para que el usuario o titular pueda legitimar su situación frente a los terceros. Como es sabido, la concesión del uso del inmueble lleva aparejada la de un derecho de opción de compra. Ambos se integran en esa unidad superior y distinta de los elementos que la componen y que llamamos relación jurídica de arrendamiento financiero. Como hemos advertido, los requisitos necesarios para la inscripción de este contrato serán no tanto los correspondientes al arrendamiento y a la opción de compra cuanto los que se desprenden de su verdadera naturaleza jurídica, es decir, los de la compra con precio aplazado y reserva de dominio en favor del comprador. No deberán inscribirse las cláusulas inválidas. Lo cual exige la rigurosa calificación de las condiciones generales que se introducen por vía de adhesión en estos contratos, y que deberá hacerse de acuerdo con los criterios ya apuntados. También deberán excluirse de inscripción las cláusulas meramente obligacionales o carentes de eficacia real. La decisión sobre este último extremo tampoco es fácil por la multiplicidad de pactos y de vínculos que se establecen. Pero resulta necesaria en la calificación registral y en la extensión del asiento.

4. El ejercicio de la opción de compra por el usuario también deberá inscribirse. Exige el pago del llamado valor residual e implica el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependía la adquisición del dominio. En realidad se trata de cumplir el último plazo de la venta así convenida. La titularidad dominical adquirida pone fin a las vicisitudes del contrato de arrendamiento financiero y consolida la situación del usuario como dueño de la finca. Normalmente el ejercicio de la opción se formalizará actuando de común acuerdo la sociedad de *leasing* y el usuario

adquirente. Cuando excepcionalmente aquélla no quiera o no pueda intervenir, podrá adquirir el usuario unilateralmente por la propia virtualidad del derecho de opción y siempre que acredite suficientemente aquel hecho negativo y el cumplimiento de los requisitos establecidos.

También en esta última etapa del *leasing* pueden producirse otros actos que necesiten de publicidad registral: La adquisición de lo construido mediante un derecho de superficie por parte del dueño del suelo (arrendatario financiero del edificio), que lleva como consecuencia la extinción de la propiedad superficiaria por consolidación, y la correspondiente cancelación de su inscripción; cuando la sociedad de *leasing* tiene un derecho de superficie para construir y ceder en arrendamiento financiero, y el usuario incumple su obligación de satisfacer los pagos periódicos, con lo cual la sociedad resuelve el arrendamiento financiero y puede adquirir la propiedad del suelo si así se pactó, haciéndose entonces dueña de todo; la resolución por la sociedad de *leasing* del contrato de arrendamiento financiero, que implica la readquisición del inmueble cedido en esas condiciones y la cancelación de la inscripción de la titularidad del usuario; la resolución del contrato por el usuario cuando proceda y las operaciones registrales correspondientes, etc.

El examen de las cuestiones aquí expuestas, e incluso de las que han quedado meramente apuntadas, pone de manifiesto la multiplicidad y complejidad de los problemas jurídicos que plantea la figura del *leasing* o arrendamiento financiero inmobiliario, así como la necesidad de su estudio detallado para encontrar las soluciones más adecuadas y justas a los mismos.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA

Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales.

(Régimen y naturaleza)

Segunda parte

SUMARIO: V. LIQUIDACIÓN, PARTICIÓN Y ATRIBUCIÓN PREFERENTE: A. *Aspectos generales*. B. *La estructura lógico-jurídica de las operaciones liquidatorias y su ordenación secuencial*: a) Fase de fijación y atribución preferente. b) Liquidación de deudas y liquidación de reembolsos. c) Fase de división. C. *Inventario, avalúo y atribución preferente*: a) Los bienes de uso personal o profesional no privativos. b) Apartado 2.º del artículo 1.406. c) Apartado 3.º del artículo 1.406. D. *Operaciones liquidatorias de la comunidad y las atribuciones preferentes*: a) Aplicación a la materia de las reglas propias del Derecho sucesorio. b) Valor de la máxima «antes es pagar que partir o heredar». c) Adjudicación para el pago de deudas consorciales. d) Comunidad con problemas de liquidez y atribución preferente. e) El pago de deudas de la comunidad con defecto de liquidez y la atribución preferente. f) Abono de reintegros y reembolsos y la atribución preferente: a') Los límites formales del artículo 1.403, cálculo y forma de pago de indemnizaciones y reintegros. b') Reintegros y reembolsos en la comunidad con falta de liquidez y la atribución preferente. c') La posibilidad del pago *in natura* del crédito de recompensas en el Código Civil: 1. Posibilidad derivada de la aplicación de la *ratio* del artículo 1.405 del Código Civil. 2. Posibilidad derivada de la aplicación de la *ratio* del artículo 1.432 del Código Civil. g) A modo de conclusión.—VI. EJERCICIO Y EFECTOS DE LA ATRIBUCIÓN PREFERENTE: A. *Aspectos generales*. B. *La atribución preferente como operación particional*. C. *La formación de los lotes en presencia del derecho de atribución*: a) Defensa del equilibrio cualitativo. b) La igualdad cuantitativa. D. *El artículo 1.407 del Código Civil y su problemática*: a) ¿Norma excepcional o régimen de atribución restringido a determinados supuestos? b) La estructura del artículo 1.407 del Código Civil. c) El sujeto atributivo. d) Interrelación entre la opción del atributivo y el abono del saldo de diferencia. e) La opción: a') Presupuestos de la opción. b') Mecánica de la opción. c') ¿Puede efectuarse la atribución a otro título? f) El abono de la diferencia en metálico. g) La opción

del artículo 1.407 del Código Civil y la existencia de un usufructo viudal, capitular o testamentario. E. *La posibilidad de ejercer la atribución preferente «ordinaria» sobre bien consorcial que sobrepase el haber del atributario:* a) El argumento legal negativo. b) La situación paradójica a que conduce esta conclusión legal. c) ¿El límite objetivo del haber atributario constituye una verdadera prohibición?. F. *Posibilidad de atribución preferente de bienes sobre los que se da el supuesto de comunidad ordinaria al amparo del artículo 1.354 del Código Civil, en especial la empresa fundada con capital mixto.* G. *Colisión del derecho de atribución preferente con otros derechos ejercitables:* a) El cobro de deudas personales previsto en el artículo 1.405 del Código Civil. b) Atribución testamentaria de parte indivisa de bien atribuible en favor de causahabiente del cónyuge premuerto, al amparo de los artículos 1.379 y 1.380. H. *Problemática de la atribución preferente sobre los efectos de la partición:* a) Aplicación a la partición consorcial del artículo 1.068. b) El saneamiento. c) Aplicación del artículo 1.069 del Código Civil. I. *El periculum en la atribución preferente.*—VII. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES: A. *Introducción.* B. *El interés jurídicamente protegido en las atribuciones preferentes y su proyección institucional:* a) Proyección del interés protegido por la norma. b) Caracterización de la atribución como derecho subjetivo o como mera facultad. c) El interés jurídicamente protegido y el nexo exigible: a') Caracterización como un *ius in re*. b') Caracterización como un supuesto de *ius ad rem*. c') Caracterización como derecho de crédito. d) La condición de atributario y el interés jurídicamente protegido. C. *Configuración formal del derecho de atribución preferente:* a) El derecho potestativo de configuración jurídica de la partición. b) Modalidad específica de partición. D. *Elementos para la elaboración de un concepto unitario del derecho de atribución preferente.*—BIBLIOGRAFÍA.

V. LIQUIDACION, PARTICION Y ATRIBUCION PREFERENTE

A. Aspectos generales

La sociedad de gananciales, como pone de manifiesto el actual artículo 1.344, que sirve de pórtico a su regulación, y siguiendo el antiguo artículo 1.392, tiene su fin último en la división por mitad de los bienes que tengan la consideración de ganancias a la liquidación de la misma. Ahora bien, ese fin último no lo es en el sentido teleológico, sino en términos puramente temporales. Tal división por mitad de las «ganancias» es consecuencia de la conclusión de la sociedad de gananciales, por cualquiera de las causas enumeradas en el artículo 1.392 actual, y, como ha venido poniendo de relieve mi maestro LACRUZ en sus trabajos anteriores, coetáneos y posteriores a la reforma del 81, no le presta un especial contenido al carácter y naturaleza de la sociedad como régimen económico-matrimonial comunitario. La partición por mitad de la masa dividenda neta es sólo una operación final, no ya de la sociedad de gananciales propiamente dicha, sino de una indivisión que ha venido a reemplazar al régimen económico-matrimonial porque ha dejado de existir como tal.

La partición, a pesar de una larga tradición legal y a las tesis de la antigua doctrina —mal fundada, como ha puesto de manifiesto la actual, mucho más científica—, no debería tener más secretos ni más dificultades que las que se requieren y derivan de tener que dividir por dos no puros guarismos representativos de valores, sino de bienes concretos, que llegado el caso tienen que reconducirse a valores por necesidades de liquidación previa a la propia y material división. Porque para proceder a la división es preciso medir la consistencia económica real de la que hasta entonces era masa ganancial, es decir, ha de verificarse cuanto de lo adquirido e integrado en la masa ganancial —de clara vocación expansiva a costa de las masas privativas— es verdadera *ganancia* y, en cuanto tal, divisible entre las dos partes que concurren a la división material.

Para la concepción moderna de la sociedad de gananciales, las operaciones que se siguen o deben seguirse a la disolución de la misma han perdido en gran medida importancia teórica; interesa hoy más su funcionamiento como régimen económico-matrimonial, y en el punto concreto que tratamos, la dinámica que se desarrolla, vigente el régimen, entre las diferentes masas patrimoniales que lo componen: composición de los activos y pasivos privativos y gananciales, gestión de todos ellos a la luz de la igualdad entre cónyuges de la que se parte y responsabilidades que gravitan sobre cada una de las masas en juego. Pero inevitablemente todos estos elementos, en su dimensión teórica y, sobre todo, en su consecuencias prácticas, deben reencontrarse y retomarse de nuevo en el momento de la liquidación, pues, como dice LACRUZ, «el tránsito desde la indivisión orgánica hasta el estado de titularidad individual ofrece, en la práctica, ciertas dificultades, pues es entonces cuando han de analizarse y liquidarse, por lo general, las repercusiones de los hechos, actos y negocios de los cónyuges realizados constante matrimonio, en la economía común: sólo después puede iniciarse la división propiamente dicha» (1). O sea, que la importancia de la liquidación-partición le viene dada por no ser la sociedad de gananciales, mientras dura, ni una sociedad ni una comunidad, por no tener que ser gerenciada, en el sentido mercantil del término, sino vivida y gobernada, posponiéndose los arreglos de cuentas y la propia verificación contable de su buena o mala marcha al tiempo de su liquidación, en el momento preciso de su no existencia.

Esta singular importancia práctica no está exenta de dificultades de puro orden teórico. Pues aunque es preciso reconocer que en la sociedad de gananciales surgida de la reforma del 81 se ha operado un gran avan-

(1) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 486.

ce en el proceso de clarificación de la dinámica de este régimen económico matrimonial en cuanto tal, hay que aceptar igualmente, de una parte, que la sección destinada a la disolución y liquidación de la sociedad constituye el punto más débil de la reforma, debilidad que se destaca mucho más por la indudable calidad técnica de las secciones que la anteceden; esta sección está en gran medida, como veremos a continuación, anclada en un pasado que no se corresponde con la realidad normativa presente y que acarreará no sólo dudas, sino importantes dificultades en su aplicación judicial: la presencia del divorcio, en cuanto éste aporta conflictividad añadida a la disolución, no ha sido convenientemente medida por el legislador de la reforma. Y desde la perspectiva propia de este trabajo, la introducción de las atribuciones preferentes sobre determinados bienes gananciales, sin aclarar cuándo es de derecho y cuándo podría ser considerada como una mera facultad —como ocurre en las legislaciones que más directamente han influido en el proceso de reforma—, influye en que las operaciones liquidatorias no sean, a veces, puros procesos de verificación de los hechos, actos y negocios de los cónyuges constante la sociedad, una operación de valoración y liquidación de los resultados de aquéllos sobre las masas patrimoniales presentes en la sociedad y, finalmente, una simple división por mitad de la masa dividenda neta, sino que de forma sobreañadida a estas operaciones fundamentalmente liquidatorias, la atribución crea una situación de interferencia en su propia concepción igualitaria, ya que se caracteriza —cualquiera que sea su calificación: como derecho o como facultad— por ser un factor de desigualación entre las partes, bien que esta desigualación sea, en teoría, al menos, meramente cualitativa.

La introducción de las atribuciones preferentes, aunque deban aplicarse de forma restrictiva, aporta a las operaciones liquidatorias una nueva dimensión teórica de cuya importancia y alcance no se halla constancia en los artículos 1.396 a 1.410 del nuevo texto y de la que todavía no se ha hecho eco la doctrina; bien es verdad que la potencial problemática todavía no ha tenido ocasión de aparecer en los pronunciamientos jurisprudenciales, lo que obliga en cierto modo a operar en vacío. No obstante, la importancia de la introducción de las atribuciones preferentes debe ser necesariamente relativizada, para poner el acento en que este derecho de un cónyuge a la desigualación cualitativa de los lotes resultantes no puede en modo alguno romper, ni tan siquiera perturbar gravemente, la necesaria igualdad cuantitativa final de las hijuelas concretas que se hagan para cada una de las partes: el ejercicio de la atribución puede servir de arma coactiva para mejorar o empeorar indirectamente el resultado cuantitativo de la partición, lo que debe ser

evitado a todo trance, y de igual forma puede también servir para trasladar a la situación poscomunitaria los problemas familiares que hayan dado lugar a la quiebra de la vida en común.

Bajo estas circunstancias, la planificación de las operaciones liquidatorias y las de pura división alcanzan un contenido jurídico del que carecían en gran parte en el derogado régimen de gananciales y para lo que se queda evidentemente corta e insuficiente, en mi opinión, la actual regulación, por lo que su estudio e integración teórica cobran especial importancia correspondida directamente por su utilidad práctica.

B. La estructura lógico-jurídica de las operaciones liquidatorias y su ordenación secuencial

La liquidación de la sociedad de gananciales se encuentra configurada en los artículos 1.396 y siguientes del Código Civil como una sucesión de operaciones que deben permitir a la postre, partiendo de la realidad económica tomada en el momento de la disolución de la sociedad y por reconstrucción proyectada sobre ella de los hechos económicos que la hayan afectado durante todo el tiempo de vigencia de la misma, conocer el montante real no en dinero, sino en bienes, a que asciende el remanente de lo que fuera masa ganancial para ser partido por mitad como ordenan los artículos 1.344 y 1.404 del Código Civil.

Como advierte DÍEZ-PICAZO, «hay que observar que la expresión que el Código utiliza —*liquidación*— es una expresión de carácter técnico, que va más allá de la simple división de un caudal común para aludir a un conjunto de actividades de carácter complejo. Se liquida en la medida en que hay que decidir el destino de los actos, negocios y situaciones pendientes de ejecución, porque hay que convertir el patrimonio en líquido y determinar la ganancia partible, ya que sólo después de todo ello es posible establecer el haber líquido sometido a partición y adjudicación» (2); pero es que, además, y como señala LACRUZ (3), la reconstrucción de los hechos económicos que este tipo de liquidación supone no se hace sobre puros valores, ni según las reglas contables de un balance, sino sobre los bienes que se han ido integrando en la masa ganancial para saber en qué medida son o deben ser tenidos como ganancia, concretándose sobre aquellas partidas que constituyen créditos ciertos de la comunidad frente a los cónyuges, o viceversa, y sin hacer cuenta general de lo gastado y ganado por cada cónyuge o de los ingresos y salidas de la comunidad.

(2) DÍEZ-PICAZO: *Comentarios a las reformas...*, II, pág. 1789.

(3) LACRUZ: *Elementos...*, IV, págs. 486 y 489 a 491.

Todo ello requiere una serie de operaciones ordenadas en fases sucesivas que permitan respetar e integrar cada una de las tres masas patrimoniales presentes en la vida de la sociedad, satisfacer o proveer a la satisfacción de los créditos de terceros frente a la comunidad, para finalmente dividir el remanente neto a través de la formación de lotes entre los cónyuges, los ex cónyuges o entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto.

Este orden secuencial de las operaciones o de las diferentes fases de que nos habla la mejor doctrina y al que responden con más o menos fortuna y perfección técnica los artículos 1.396 a 1.410 del Código Civil es hoy —no así en la sociedad de gananciales anterior a la reforma— una necesidad lógico-jurídica para poder proceder a la liquidación de un régimen económico matrimonial comunitario por excelencia, ya que se construye partiendo de la premisa teórica fundamental de la existencia de la igualdad más absoluta entre ambos cónyuges; en el que la defensa de la integridad de las masas patrimoniales —las privativas y la ganancial— se proyecta en forma tal que la depreciación monetaria —enfermedad social crónica en nuestro tiempo— incida lo menos posible sobre cada una de ellas; y en un régimen en el que, como consecuencia al menos teórica de la igualdad conyugal proyectada, los derechos crediticios de los terceros sobre la comunidad se garantizan normativamente por encima de los derechos crediticios de cada uno de los cónyuges para con la misma.

La existencia de estas perspectivas, amén del hecho de operar sobre bienes y no sobre valores, es lo que predetermina que el orden secuencial, al que nos venimos refiriendo, de las operaciones liquidatorio-particionales deba ser, al menos en el plano puramente intelectual, necesariamente rígido. El orden lógico de información, verificación y ejecución se corresponde en paralelo con el planteamiento jurídico de formación de inventario, materialización de las operaciones liquidatorias y partición propiamente dicha, ajustadas estas dos últimas a un plan en el que se hagan compatibles, en la medida de lo posible, los derechos e intereses divergentes en juego.

a) FASE DE FIJACIÓN Y ATRIBUCIÓN PREFERENTE

La denominada por LACRUZ *fase de fijación* gira en torno a la formación del inventario de la sociedad de gananciales. A través de él debe llegarse al conocimiento más exacto de todas las partidas del activo y del pasivo de la masa común, por medio de la valoración de los bienes comunes en el momento de la disolución, de la enumeración de las

relaciones crediticias en favor de tercero ajeno a la comunidad, de la fijación y la trascendente actualización de las relaciones crediticias —reintegros y reembolsos— entre la masa consorcial y las privativas, e incluso fijando las obligaciones pendientes que, siendo personales de uno de los cónyuges, puedan dar lugar a repetición contra la sociedad (4).

Esta fase a la que se refieren los actuales artículos 1.396, 1.397 y 1.398 del Código Civil ha devenido de capital importancia en la perspectiva actual de la liquidación y partición de la sociedad de gananciales. De su grado de equilibrada fiabilidad, mucho más que de la propia veracidad cuantitativa, depende —abstracción hecha de los intereses de terceros acreedores— el que la igualdad cuantitativa quede asegurada en la partición final, a pesar de las desigualdades cualitativas que se introducen en el sistema a través de la partición con las atribuciones preferentes.

La atribución de valores equilibrados y conforme a un criterio rígidamente uniforme deviene en piedra angular del difícil equilibrio final que debe conseguirse. Las constantes referencias del texto del Código a la actualización de reintegros y reembolsos inclinan a forzar la adopción de valores conforme al mercado, con el inconveniente inmediato de la presión fiscal y el más definitivo del impuesto sobre el patrimonio; no obstante, puede seguirse cualquier sistema de fijación de valores siempre que el precio que se tome como base sirva para todo el conjunto de bienes y más aún para la revalorización por actualización de reintegros y reembolsos; pensar en su desvalorización tomando como referencia no los bienes que fueron, sino el dinero que se obtuvo o que costaron es una hipótesis excesivamente utópica para ser tomada en consideración.

La complejidad de la fase de fijación, con todo, no alcanza entre nosotros las cotas del sistema de comunidad legal francés, en el que las denominadas «operaciones preparatorias de la liquidación» (5) recuerdan a las previstas en los derogados artículos 1.418 y siguientes del Código Civil, anteriores a la reforma, ello en función del papel preponderante que, en cierta forma, conserva el marido en el régimen legal francés surgido de la reforma de 1965. En nuestro sistema la complejidad proviene fundamentalmente de operar con bienes, siendo a su vez necesario establecer una cifra de valor con referencia a datos homogéneos para su cálculo, y de los problemas derivados y conexos de la prueba de la existencia y consistencia de los reintegros y reembolsos que deberán ser tomados en cuenta en el activo y pasivo de la comunidad debidamente actualizados.

(4) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 489.

(5) Ver, por todos, R. SAVATIER: *La Communauté...*, núms. 68 a 85.

Como enseña el profesor LACRUZ, el inventario debe ser un documento *neutro*, pues en su neutralidad radica su virtud de servir de base cierta para la configuración del *plan o programa de liquidación y de partición*. Si a los bienes se aplica el valor que alcanzarían en «una hipotética venta razonable», sin que se exija la existencia actual de demanda, se podrá hacer frente a las atribuciones preferentes y, en su caso, a los pagos *in natura* de los reembolsos de que sean titulares los cónyuges sin poner en peligro ni el equilibrio cuantitativo que debe alcanzarse ni la consistencia del patrimonio ganando constante la sociedad a que se encuentra abocada la masa ganancial, cuando, con excesiva frecuencia, se trasladan los problemas derivados de la quiebra matrimonial a la liquidación y partición de la masa dividenda. Con ello no sólo gana en importancia práctica la fase de fijación, sino que también deviene importante el quién, el cómo y el cuándo de la realización del inventario con clara trascendencia jurídica.

Son estos interrogantes los que subyacen en la afirmación de LACRUZ cuando dice que «el problema más inmediato en el derecho de predecesión es el de valorar imparcialmente los objetos atribuidos al cónyuge que los pretende» (6), problema cuya solución debe ser anticipada al momento del ejercicio material del derecho si se quiere, como es preceptivo, que la desigualdad cualitativa que de ordinario genera la atribución preferente no desemboque en una desigualdad cuantitativa, tanto da en favor como en contra del cónyuge atributivo, según la situación personal y económica de los sujetos intervinientes.

De la fiabilidad, integridad y neutralidad del inventario, en su sentido más amplio, depende que el plan o programa de liquidación y partición llegue a proporcionar plena satisfacción a las partes, es decir, permita llegar a conocer con exactitud las posiciones de los acreedores terceros —si los hay—, la situación acreedora-deudora de las tres masas entre sí, la existencia o ausencia de reales ganancias y, en su caso, qué bienes las componen, la forma más adecuada de reparto y la vía de salvar las desigualdades cualitativas por atribución preferente, si llegan a producirse. A pesar de la notoria importancia que tiene el plan o programa de liquidación y partición no llega a constituir un elemento reglado explícito de las operaciones que se siguen de la disolución del régimen de gananciales; es más bien una operación implícita, un elemento de razón, sin el cual el sistema impuesto normativamente puede llegar a funcionar, pero en todo caso defectuosamente, pues la racionalidad del plan es la que garantiza el equilibrio de intereses contrapuestos presentes en toda partición.

(6) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 493.

- b) LA FASE DE LIQUIDACIÓN PROPIAMENTE DICHA PUEDE,
O MEJOR DEBE, DIVIDIRSE EN DOS SUBFASES:
LIQUIDACIÓN DE DEUDAS Y LIQUIDACIÓN DE REEMBOLSOS

a') A la liquidación de las deudas de la comunidad para 'con terceros se dedican los artículos 1.399 a 1.402; estos preceptos a juicio de DE LOS MOZOS (7) mejoran sensiblemente este aspecto concreto de la liquidación sobre la regulación anterior a la reforma, sobre todo en cuanto operan un claro deslinde entre fijación y liquidación propiamente dicha. No obstante, y con ser cierto lo anterior, el sentido literal del Código nos presenta un panorama en el que las deudas aparecen como si, en todo caso, se tratase de deudas líquidas y vencidas, y en cuanto tales, inmediatamente exigibles, cuando evidentemente no hay tal: la disolución del régimen de gananciales no tiene ningún parecido con las situaciones concursales, aunque el texto lo recuerde más de lo conveniente para mi personal gusto. Es por ello por lo que, como han apuntado Díez-PICAZO y GULLÓN, antes de proceder a la partición y adjudicación de los bienes debe quedar resuelto el pasivo social, «pues antes es pagar que partir», pero no tiene por qué tratarse de un pago efectivo, de una extinción de las relaciones de deuda (8), sino de proveer a las situaciones de pasivo de la comunidad y aun de las privativas de los cónyuges de las que respondan subsidiariamente los gananciales. A ello atiende el inciso primero del artículo 1.401, y para los casos en que la partición incrementa el riesgo de los acreedores se les reconoce a éstos los mismos derechos que ostentan en la liquidación y la partición hereditarias en el artículo 1.402 del Código Civil.

La nueva posición de los acreedores responde a la igualdad entre los esposos que preside la nueva regulación de la sociedad de gananciales, pero con una presencia sin lugar a dudas desmesurada y con graves dificultades de explicación, sobre todo en el artículo 1.400 del Código Civil. En el texto de la Comisión de Codificación la facultad de forzar la venta de un bien ganancial se producía tras el ofrecimiento de la dación en pago o de la cesión para pago y rechazo por los acreedores, a petición de uno de los partícipes en la liquidación o, creo entender, ante una valoración inadecuada por el acreedor o acreedores, pero siempre la iniciativa corría a cargo de los sujetos de la partición (titulares del patrimonio dividendo) y no de los interesados en la partición. El texto definitivo parece ampliar esta iniciativa en favor de los acreedores, por cuanto dice «pero si cualquier partícipe o acreedor lo pide se procederá

(7) DE LOS MOZOS: *Comentarios al Código Civil...*, XVIII, vol. 2.º, pág. 484.

(8) Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, vol. IV, pág. 277.

a enajenarlos y pagar con su importe», pero no varía ni en un ápice la posición del acreedor, pues los legisladores afortunadamente no han transformado la liquidación de la sociedad en una situación concursal.

El acreedor puede rechazar el ofrecimiento de satisfacción del crédito *in natura* y con ello forzará a la sociedad a procurarse numerario líquido, bien sea mediante la venta de bienes gananciales (pero no necesariamente la del bien ofrecido: puede ser cualquier otro), bien pagando uno de los partícipes con caudales propios, bien en ejercicio de la vía judicial correspondiente. Los acreedores, pese a la declaración del artículo 1.400 del Código Civil, no son sujetos activos de las operaciones liquidatorias; sólo pueden ejercer los derechos que les reconoce el artículo 1.402 del Código Civil. Lo que quiere decir el artículo 1.400, como ha puesto de relieve Díez-Picazo, es que para la enajenación del bien como dación en pago o cesión para pago se requiere la unanimidad de los sujetos de la partición (titulares del patrimonio dividendo), y la acción de los acreedores deberá seguir la vía propia del embargo y consiguiente ejecución conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil (9).

En conclusión, podemos afirmar que la salida de bienes gananciales para el pago de deudas líquidas y vencidas y a falta de numerario requiere la unanimidad de los partícipes o los trámites ordinarios de la ejecución forzosa.

b') La nueva regulación, si se puede en propiedad denominar tal, sobre abono de «indemnizaciones y reintegros debidos a un cónyuge» a cargo del consorcio, encarnada en el artículo 1.403 del Código Civil, no puede en modo alguno considerarse igualmente afortunada, pues de su texto literal se desprende que para el legislador todos los créditos que ostente un cónyuge frente a la sociedad, cualquiera que sea su específica naturaleza, sólo podrán serle abonados cuando y en la medida en que hayan sido «pagadas» las deudas de la sociedad y hasta donde alcance el caudal inventariado.

Este precepto, como ha puesto patentemente de manifiesto LACRUZ (10), no puede ser interpretado conforme a su discriminatorio y peligroso tenor literal. Pues como expone: «obedece esta norma, manifiestamente, a un errado mimetismo con la que, en el régimen anterior, en tema de liquidación de la comunidad y tras la restitución de la dote y los parafernales de la mujer, establecía que 'pagadas las deudas y las cargas y obligaciones de la sociedad, se liquidará y pagará el capital del marido hasta donde el caudal inventariado alcance' (antiguo art. 1.423),

(9) Díez-PICAZO: *Comentarios a las reformas...*, vol. II, págs. 1795 y 1976.

(10) LACRUZ: *Elementos...*, IV, págs. 444 y sigs.

pues, como es patente, esta norma se correspondía directa y coherentemente 'con la situación de omnipotencia del marido gestor del fondo común' y 'al poder omnímodo del marido correspondía una responsabilidad de igual alcance'. Y argumenta: «nada más injusto que el actual precepto, que reduce a ambos cónyuges al antiguo nivel de prelación del marido, cuando su posición —real— en el actual consorcio es muy distinta», pues «no se comprende que se haya hecho tabla rasa de un sistema que tenía en cuenta desigualdades sociales todavía hoy subsistentes en alguna medida». Es claro que «el hecho de ser ella coadministradora no basta para relegarla al último lugar, pues, de una parte, sólo tiene el 50 por 100 de los votos y, por tanto, no es mayoría ni puede decidir por ella sola; pero, de otra, y sobre todo, las deudas comunes no provienen exclusiva y principalmente de la coadministración: pueden ser tan ajenas a su iniciativa como las que contrae su marido aisladamente, en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios» (art. 1.365, 2.º, CC).

Para concluir con igual contundencia argumental que «el precepto carece de antecedentes en otras legislaciones (¡evidentemente!) y en sentido literal se halla en contradicción con los principios que inspiraban la reforma de autonomía de los cónyuges y responsabilidad común reducida a las deudas contraídas conjuntamente o las domésticas», y por ello «no tiene sentido que un régimen que conserva el carácter de bienes propios a los comprados en virtud de un derecho (privativo), aunque su precio se pague con fondos sociales, sacrifique luego a los acreedores del consorcio los bienes privativos disueltos en él. Tampoco lo tiene el cuidado que pone el legislador en salvar los derechos del cónyuge al reintegro en los artículos 1.364 y concordantes, si luego se trata de un crédito de inferior condición y cobro eventual. Es incongruente que unos recobros, los de la comunidad frente a los cónyuges, tengan trato distinto de otros —los de los esposos frente al consorcio—, de modo que la comunidad concurre a cobrar sobre el patrimonio privativo con los restantes acreedores de su titular, pero no el cónyuge con los acreedores del patrimonio común. Y, sobre todo, es contradictorio con la economía del sistema legal de las 'cargas y obligaciones de la sociedad de ganancias' (arts. 1.362 y sigs.) que unas deudas que son 'de cargo de la sociedad de ganancias' acaba pagándolas indirectamente un cónyuge, por el hecho fortuito de ser acreedor del consorcio y a través de él».

Tras la contundencia de la argumentación y de la patente demostración de la incoherencia sistemática en que se incurre, se debe afirmar que el artículo 1.403 no constituye un verdadero sistema de pago de indemnizaciones y reembolsos debidos por la comunidad para con las

masas privativas. La mecánica jurídica de los reintegros y los reembolsos ha quedado en la reforma de 1981 felizmente planteada y desgraciadamente irresuelta. El artículo 1.403 no es eficaz, como ha demostrado palmariamente LACRUZ, para una comunidad deficitaria, en cuyo caso el cónyuge «acreedor» respecto de ella podrá concurrir a la satisfacción de su crédito con los acreedores terceros a la misma en pie de igualdad o según el Derecho común de los privilegios. Tampoco es eficaz en su literalidad para una comunidad que se cierre a cero o en la que se produzca verdadera ganancia, pues para estas últimas se hace sentir la inexistencia de una forma específica de cobro y esta capital ausencia tan sólo puede ser llenada indirectamente.

Para LACRUZ (11), seguido en este punto por DE LOS MOZOS (12), «los reintegros debidos al consorcio por los cónyuges han de pagarse, salvo acuerdo en contrario, en dinero. Si se permitiera imputar lo debido en la cuota de gananciales de cada cónyuge, el que menos (o nada) debe al consorcio recibiría mayor cantidad de bienes distintos del dinero, y menor el esposo deudor, contra el principio de la igualdad cualitativa en la partición del artículo 1.061. La misma norma rige para los reintegros de los cónyuges al consorcio». El argumento, desde la perspectiva que ofrece el artículo 1.403 del Código Civil, y por el tratamiento estabilizador de la reforma respecto de este tipo de deudas, parece no sólo correcto, sino inatacable; pero no así desde la argumentación de la igualdad cualitativa del artículo 1.061 del Código Civil, pues esta igualdad, como sabemos disminuida por la introducción de las atribuciones preferentes, tan sólo hace acto de presencia cuando nos encontramos con una masa partible neta y no antes, como es aquí el caso. La masa ganancial es deudora de los reembolsos y éstos deben ser liquidados antes de partir, por lo que no nos encontramos ante una operación particional que deba efectuarse con proyección de la justicia distributiva propugnada en el mencionado precepto, sino con una operación puramente liquidatoria, para la que el artículo 1.403 ofrece insuficientes vías de solución.

La solución de LACRUZ viene dada, en primer lugar, por la consideración de que el dinero, en nuestra economía de signo claramente inflacionista, suele tener un aprecio menor, no un valor menor en su vertiente contable que el que se concede a otros tipos de bienes: inmuebles, alhajas, obras de arte, etc., y además porque su salida de la masa ganancial para el pago de deudas de claro signo pecuniario no supone un empobrecimiento, sino el cumplimiento de una obligación, en tanto que

(11) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 492.

(12) DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, pág. 494.

la venta de bienes para la obtención de numerario sí suele producir un empobrecimiento de la masa ganancial, pues la enajenación por necesidad suele provocar una desvalorización de los bienes puestos en venta. En segundo lugar, porque el tratamiento normativo de los reintegros y reembolsos en la sociedad de gananciales está inspirado en el régimen propio de las deudas pecuniarias con cláusula de estabilización, por lo que el pago dinerario es el que mejor se ajusta a sus específicas características, pues si bien el criterio estabilizador de la normativa reformada no requiere de forma necesaria el pago en metálico, sí es necesario que la antigua cantidad nominal sea revalorizada, para lo cual es preciso efectuar el cálculo en términos pecuniarios. Y, en tercer lugar, porque el legislador, lo que confirma la línea argumental seguida, ha querido evitar la duplicidad que establece el Derecho francés cuando en el artículo 1.470 de su Código Civil dice: «si, efectuado el balance, la cuenta presenta un saldo a favor de la comunidad, el esposo reembolsará el montante a la masa común. Si presenta saldo favorable al esposo, éste tiene la elección bien de exigir el pago, bien de predetraer (*prélever*) bienes comunes hasta la concurrencia debida».

La solución española para la liquidación de reintegros y reembolsos, por las limitaciones que supone y por las incongruencias que el profesor LACRUZ ha puesto claramente de manifiesto, se muestra insuficiente en su dimensión crediticia, como lo es asimismo en su aspecto puramente atributivo, pues su caracterización como operación netamente liquidatoria puede impedir, y de hecho impedirá, en aquellas economías familiares en las que la falta de liquidez haga acto de presencia, el correcto funcionamiento de las atribuciones preferentes, como tendremos ocasión de poner de manifiesto más adelante.

La introducción del artículo 1.403 del Código Civil se caracteriza más bien por sus aspectos negativos: no tiene en cuenta la nueva estructura de la sociedad de gananciales, por lo que al fundamento se refiere, y no facilita aquellos aspectos liquidatorios también nuevos en los que descansa la filosofía de la reforma de 1981.

Creo que en esta delicada e importantísima materia hubiera resultado más prudente, y desde luego mucho más concordante con la sistemática interna y la finalidad de la reforma, seguir el antecedente belga en materia de reembolsos, y particularmente las previsiones contenidas en el artículo 1.442 de su Código Civil, cuando determina que «el esposo al que se le deba una recompensa puede, de acuerdo con su cónyuge o, en su defecto, con la autorización del Tribunal, detraer (*prélever*), en el momento de la partición, bienes comunes hasta el límite de lo que le es debido, y cuyo valor será, en caso de discrepancia, fijado

por el Tribunal. Esta predetracción (*prélèvement*) no puede restringir los derechos de atribución reconocidos al otro cónyuge por los artículos 1.446 y 1.447».

Podría concluirse, a la vista de cuanto antecede, que nuestro sistema actual de sociedad de gananciales, bien sea por error, bien por deficiente tratamiento legislativo, carece de una normativa de liquidación de las cuentas de reintegros y reembolsos *inter* masas, y que esta laguna puede colmarse debidamente deduciéndola del contexto de la normativa de la sociedad de gananciales en la que se ofrecen elementos más que suficientes.

Entiendo que el artículo 1.403 del Código Civil no responde a la idea del legislador sobre liquidación de los reintegros y reembolsos de forma general, y sí a un aspecto parcial de la misma: al privilegio legal de actualización de estos créditos entre la masa ganancial y una de las privativas o ambas. Parece que la posposición de los créditos de los cónyuges respecto de los de los terceros contra la masa no tiene otro fundamento que el de gozar aquéllos sobre éstos del beneficio de la actualización, por lo que debería bastar, para recobrar el rango que corresponda al crédito del que sea titular un cónyuge contra la masa ganancial, con renunciar a la actualización. Sostener el tenor literal de este artículo contra viento y marea puede suponer justificar la injusticia que el nuevo régimen de gananciales trata de evitar de ver un cónyuge en manos de los acreedores de la sociedad todo el patrimonio inicialmente privativo que paulatinamente se fue disolviendo en la masa ganancial. Además, el artículo 1.403, al reducir la liquidación de reintegros y reembolsos a una nueva norma de prelación, descuidando los demás aspectos, daña innecesariamente el novísimo régimen de atribuciones preferentes, que, como hemos señalado, se resuelve sin problemas en el mencionado artículo 1.442 del Código Civil belga.

c) FASE DE DIVISIÓN

La *fase de división* o partición propiamente dicha también ha sufrido con la reforma de 1981 una profunda modificación, y si bien sigue siendo cierto que su función se limita a partir por mitad el remanente neto entre marido y mujer o sus respectivos herederos, como disponía el antiguo artículo 1.426 y establece hoy el actual 1.404, esta partición no obedece directamente hoy a las tradicionales ideas de igualdad cualitativa y cuantitativa, pues por encima de ellas, y de la primera particularmente, se toman en consideración y se protegen por la norma otros intereses que el legislador destaca en la disolución de la sociedad.

La igualdad cuantitativa se rompe por aplicación del artículo 1.321 del Código Civil, que, como sabemos, dispone la entrega al cónyuge supérstite de las ropas, mobiliario y enseres ordinarios que constituyen el ajuar de la vivienda habitual común, sin computar tal entrega en su haber; la cualitativa, por la introducción de las atribuciones preferentes.

a') Entiende el profesor DE LOS MOZOS que los bienes que componen el ajuar doméstico objeto del derecho de predetracción del cónyuge supérstite, como ventajas o don de supervivencia, no deben formar parte del inventario, ya que antes de proceder a éste quedan en poder del titular de tal derecho por interversión del título posesorio, aunque —añade— ello no quita para que goce de preferencia alguna en relación con las deudas comunes (13); creo, por el contrario, que estos bienes deben entrar en el inventario, y no sólo en presencia de las deudas de la comunidad para con terceros, salvo aquellos bienes que sean inembargables por reconocimiento expreso de la ley, para poder llegar a establecer correctamente la correlación entre activo y pasivo del consorcio, pues también responden de los créditos de que sean titulares los herederos del otro cónyuge, y además porque en el momento del inventario debe quedar fijado si estos bienes son o no de extraordinario valor, aspecto éste que no puede quedar al arbitrio del cónyuge supérstite usuario, sino que debe fijarse por las partes concurrentes en la división.

La no inclusión en el inventario a que hacía referencia el antiguo artículo 1.420 del Código Civil se enmarcaba sobre elementos declarados inembargables: «el lecho» y «las ropas y vestidos de uso ordinario», que hoy son bienes privativos no sujetos a reintegro, lo que entiendo viene a diferenciar radicalmente las previsiones del derogado artículo 1.420 respecto de las del actual 1.321 del Código Civil del denominado régimen primario, por lo que parece no debe pervivir en el régimen actual aquella exclusión legal.

La entrega de las «ventajas» constituye, en mi opinión, una operación particional —aunque sin afectar el haber del atributario: «se entregarán», dice el texto; no dice «se tomarán»—, por lo que creo que al menos por lo que excede del «lecho conyugal» no puede concebirse su adquisición por interversión del título posesorio, según la fórmula tradicional *mortis causa capio*, como afirma DE LOS MOZOS. No se trata de una *mortis causa capio*, porque los bienes que se atribuyen por el artículo 1.321 del Código Civil al sobreviviente no eran propiedad del cónyuge difunto. Se trata de una atribución legal de elementos patrimoniales que de otro modo serían partibles, porque son normalmente ga-

(13) DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, pág. 499.

nanciales, que debe materializarse en la partición —«se entregarán»—, pero como expresión de un derecho anterior, como don de supervivencia instituido por la ley, y es, además, una atribución neutra, es decir, no gratuita, porque aleatoriamente podría corresponder a cualquiera de los cónyuges, al que sobreviva, y porque no supone un correlativo empobrecimiento del difunto, ni tan siquiera del haber de sus herederos, sino que se trata de una parte de la masa ganancial que no es partible por mandato expreso de la ley y a título de don de supervivencia.

La expresión literal del artículo 1.321 «el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos» impide, contra la opinión de DE LOS MOZOS, la predetracción de bienes que, con idéntica naturaleza y finalidad, no se encuentran bajo la posesión del cónyuge supérstite y precisamente en la vivienda que constituya la residencia habitual; así, el derecho no alcanza al ajuar de una segunda vivienda, y si los cónyuges, a falta de vivienda común, viviesen en dos, por cualquiera de las razones que no supone separación de hecho (art. 87, 2: mantenimiento del *honor matrimonii*), la predetracción como don de supervivencia alcanza, pese a la literalidad del artículo 1.321, a los bienes muebles que constituyan el ajuar de la vivienda en que tenga fijada su residencia el sobreviviente y no, desde luego, a la suma de los de las dos.

b') La igualdad cualitativa, en la fase de división, se debilita de forma mucho más significativa que la cuantitativa en la reforma del '81 por la introducción de las atribuciones preferentes, en las condiciones personales y materiales que se contemplan en los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil, así como en aquellas otras en las que la identidad de razón y de fin —concurrentes entrambas— hagan posible la extensión analógica de tales normas. Claro está que esta desigualación normativa no quiere decir que la subsiguiente formación de lotes no deba tender como requiere su objeto final a la igualdad que predica, para la partición hereditaria y, por extensión, para la de la masa ganancial neta, el artículo 1.061 del Código Civil.

La atribución preferente condiciona la partición, pero no la convierte en una operación que queda al arbitrio del atributario preferente, sino que se manifiesta destacando determinados bienes —los atribuibles— que tienen que servir de referencia para la asignación de otros lo más similares posibles a éstos en el lote de la contraparte; es decir, se abandona el principio de aleatoriedad en la adjudicación —uno forma los lotes y el otro elige o ambos forman los lotes y se sortea— para adoptar un sistema de conformación de lotes *dirigida*, en la que el objeto u objetos de atribución condicionan el resto de las atribuciones para igualar cuantitativamente ambas y equilibrar, ya que no igualar, cualitativamente las

adjudicaciones. Aspectos éstos que hay que reconocer están insuficientemente tratados en la nueva normativa, por lo que su desarrollo queda en manos de la doctrina y de la jurisprudencia futuras. No obstante, es claro que el mandato de los artículos 1.344 y 1.404 de partir por mitad no puede quedarse limitado al aspecto cuantitativo y la atribución preferente tan sólo puede marcar una forma de dividir cualitativamente y no el abandono de esta exigencia de justicia.

d) El orden secuencial de las operaciones liquidatorias, como se puede deducir de los párrafos anteriores, no puede ser alterado arbitrariamente. De una parte, tal ordenación obedece, o mejor, debe obedecer a la propia estructura de la sociedad de gananciales, de la que la indivisión que sigue a su disolución no es sino un reflejo estático, pero prolongado, de su situación de cierre; en tanto que, de otra, la ordenación secuencial viene impuesta para garantizar los diferentes derechos concurrentes y contrapuestos de los cónyuges o sucesores y de los acreedores de la comunidad.

Ahora bien, la necesidad lógica de una ordenación secuencial no quiere decir que se requieren tiempos formalmente separados para cada una de las fases, ni siquiera la lógica del «antes es pagar que partir», implica un criterio de prioridad temporal —no hay razón para pagar antes del vencimiento; la disolución de la sociedad no abre un procedimiento concursal, ni tan siquiera un *iter* analógico del mismo—. La ordenación normativa y su desarrollo doctrinal se refieren a un *modus operandi* que se propone como modelo, diferente de los propuestos por los Códigos Civiles francés y belga e incluso del modelo italiano, y que guarda curiosamente una absurda fidelidad para con los derogados artículos 1.418 y siguientes de la original sociedad de gananciales, que, como es notorio, respondían a un marco legal básico radicalmente distinto del que inspira la reforma de 1981. Ante esta dificultad de orden técnico, lo que LACRUZ denomina «formación del plan» adquiere una importancia singular, pues debe presidir la totalidad de las operaciones liquidatorias, incluso la de formación del inventario, pese a la aparente contradicción que ello implica. Como es lógico, la formación del plan liquidatorio, como pura reflexión intelectual, requiere, como apunta mi maestro LACRUZ (14), «el conocimiento de todos los bienes del consorcio, de todas las relaciones entre masas y de todas las deudas consorciales», para lo que el inventario es un *prius*, pero también es, si no necesario, conveniente conocer la posibilidad de ejercicio del derecho o derechos de atribución preferente, pues aunque este derecho es de naturaleza particional propiamente dicha y no tiene carácter liquidatorio,

(14) LACRUZ: *Elementos* ..., IV, pág. 491.

puede condicionar, tal como prevé el Código Civil belga en su artículo 1.442, 2, del que ya hemos hecho mérito, la buena marcha de las operaciones puramente liquidatorias.

Las atribuciones preferentes, como privilegio particional que altera la composición de los lotes, pueden verse frustradas por el sistema de liquidación anticipada de deudas o por el abono de reintegros al otro cónyuge, si tales operaciones liquidatorias fueren necesariamente anteriores en el tiempo a la partición. Ahora bien, las normas liquidatorias de los artículos 1.396 y siguientes del Código Civil no tienen el carácter de imperativas, sino que son «un modo de liquidación en los casos ordinarios» —como puntualiza LACRUZ (15)—; por ello nada impide que la división por mitades lo sea del activo y del pasivo y que para llegar a la necesaria igualdad cuantitativa se parta de una atribución preferente que desequilibraría la partición, si ésta se pospusiese para el momento de repartir según el orden secuencial señalado por el Código: cuando se obtenga el correspondiente haber neto, contrabalanceándolo por la asunción de una parte mayor de pasivo en idéntica proporción al desequilibrio operado por la atribución, pues el orden del Código —inspirado en los supuestos de titularidad del marido del antiguo sistema— parte del sistema contable de hacer tabla rasa de un negocio: primero, sumar; luego, restar, y, por último, dividir por dos lo que reste. Este sistema, conocido popularmente como «cuenta de la vieja», las más de las veces es contrario a las reglas de una buena economía y casi siempre contrario a la lógica, pues la disolución de la comunidad conyugal, como ya se ha apuntado, no es un supuesto concursal.

C. Inventario, avalúo y atribución preferente

Parece claro que, pese al tenor literal del artículo 1.396 del Código Civil, el inventario no constituye una operación liquidatoria ni particional. Es un *prius* de ambas fases y, en todo caso, como expone DE LOS MOZOS (16), «no sólo es un trámite obligado para proceder a la liquidación, conforme a la lógica de la misma, sino que también es un derecho y un deber recíproco de los diversos partícipes en la comunidad posganancial. De manera que cualquiera de ellos puede compeler al resto para que se forme el inventario».

Dada la estructura formal de los artículos 1.397, 1.398 y 1.404, y aunque la sociedad de gananciales es una comunidad de bienes y no de

(15) LACRUZ: *Elementos*..., IV, pág. 446.

(16) DE LOS MOZOS: *Comentarios*..., pág. 466.

valores, el inventario a que se refiere el artículo 1.396 debe suponer el avalúo de los bienes gananciales, pues así se requiere para llegar al conocimiento de cuál es la verdadera ganancia partible, es decir, «el remanente, que constituirá el haber de la sociedad de gananciales», lo que sólo es factible a través del cálculo del valor de los bienes que permite operar con datos homogéneos. Se trata, pues, de un documento o conjunto de ellos que da noticia del estado económico de la comunidad posconyugal, pues debe transmitir a las partes interesadas en el mismo qué bienes pertenecen a la masa ganancial (inventario propiamente dicho), cuánto es verdadera ganancia y en cuánto debe valorarse el haber de cada uno de los partícipes, con eficacia entre quienes han intervenido en su formación —o contra quienes, debidamente citados, no hayan concurrido—, pues, en definitiva, se trata de un balance surgido de la comparación del activo (art. 1.397) respecto del pasivo (art. 1.398), con saldo para la sociedad positivo, negativo o equilibrado.

Estas operaciones no guardan, en el terreno de los principios teóricos, relación directa con las atribuciones preferentes, pero ello puede no ser así en la práctica; pues si el elemento medular del inventario reside en la veracidad y universalidad de los datos que aporta, el avalúo de los bienes es igualmente trascendente no sólo para conocer la verdadera ganancia partible, es decir, para cubrir con los bienes deudas, reintegros y reembolsos, sino también para poder proceder a la partición, pues ésta sólo sería posible sin avalúo de los bienes cuando el pasivo fuera nulo o se pudiera cubrir con metálico ganancial existente en la masa al tiempo de la liquidación y cuando las diversas categorías de bienes a dividir estuviera representada en el inventario por un número de ejemplares par, para situar uno en cada lote.

La justa valoración de los bienes resulta de capital importancia para facilitar el ejercicio pacífico del derecho de atribución preferente, pues como ya sabemos «el problema más inmediato del derecho de predetracción es el de *valorar imparcialmente* los objetos atribuidos al cónyuge que los pretende...» (17), y este valor debería quedar fijado en la fase previa de inventario y avalúo, pues la veracidad, fiabilidad y conformidad en estos extremos posibilita la formación del plan en presencia de todas las circunstancias que deben tenerse en cuenta en la liquidación y en la partición, sobre todo si en ésta se dan supuestos de atribución preferente.

El valorar imparcialmente supone, en primer lugar, y sobre todo, el emplear en el avalúo un mismo criterio de medida para la totalidad de bienes que integran la masa ganancial; de ordinario esa objetividad se

(17) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 493.

alcanza a través del empleo de los precios vigentes en el mercado al tiempo del inventario debidamente ponderados, es decir, el bien o bienes de que se trate se deben valorar por el precio que se obtendría en un supuesto hipotéticamente razonable de venta, no forzosamente efectuada en el momento, sino conforme a las previsiones ordinarias y a la normal evolución de las perspectivas de demanda de tales bienes en el tráfico habitual de los mismos. El hecho de que en el momento no exista demanda para un determinado bien o, por el contrario, de que la demanda se encuentre disparada, no debe influir, respectivamente, ni para que el bien se valore a precio de saldo ni a precio de auténtica especulación, pues el momento de formación del inventario, aunque es importantísimo para la atribución de valores, no tiene por qué ser vinculante. Más que de valor actual de mercado, debe pensarse en perspectivas razonables de mercado.

En segundo lugar, y ante la presencia de posibles peticiones de atribución preferente, valorar imparcialmente supone el prescindir en la fijación de valor de los bienes presuntamente atribuibles de los incrementos de precio que se derivén de la pura afección, mayor utilidad o estima que una parte en la partición puede presumir tienen para la persona del atributario, de forma tal que, de manera indirecta, venga a suponer un lucro para el cónyuge no atributario o sus herederos. Ello quiere decir tanto como que las potenciales atribuciones preferentes no deben interferir o modificar en más o en menos los valores con que figuren en inventario los bienes hipotéticamente atribuibles.

No obstante lo anterior, es evidente que, para los bienes que se contemplan en los apartados 1.º y 2.º del artículo 1.406 del Código Civil y los bienes muebles profesionales que entiendo incluidos en la interpretación moderadamente extensiva del apartado 3.º del mismo artículo, el problema de la valoración presenta aspectos relativamente problemáticos, de algunos de los cuales nos hacemos eco.

a) Los bienes de uso personal o profesional no incluidos como privativos en el artículo 1.346 del Código Civil, además de ofrecer graves dificultades técnicas de encaje de las que hemos hecho mérito, presentan también dificultades para su valoración imparcial, pues su valor depende en gran medida de la susceptibilidad que tengan al tiempo de la partición de ser útiles para una generalidad de potenciales usuarios o de uso restringido a un grupo muy determinado y escaso numéricamente y de la existencia o no de un mercado para los objetos de que se trate. Además, cualquier criterio de valoración depende, en definitiva, de la naturaleza del bien de que se trate en cada caso, por lo que establecer normas o directrices generales de carácter mínimamente objetivo es una

pura utopía. Pues en tanto la mayor parte de los bienes que pueden ser objeto de atribución preferente conforme al apartado 1.º del artículo 1.406 del Código Civil están sujetos a una constante depreciación por haber sido usados, o a puras pérdidas de valor en razón del desgaste o por resultar obsoletos, otros, los menos, pueden estar sujetos a revalorización, bien sea en función de su rareza en el mercado, bien por resistir, dada su naturaleza, las tensiones inflacionistas de nuestra época, manteniendo o superando el valor inicial de forma constante.

El problema se concreta aquí en situar en sus justos términos qué deba entenderse por valoración imparcial. En definitiva, y además de prescindir de aquellas connotaciones de orden subjetivo que pueden distorsionar el funcionamiento de las atribuciones preferentes, de elegir para su avalúo entre su verdadero valor contable, aplicando al objeto de que se trate una amortización razonable y el valor ordinariamente ínfimo que se podría conseguir con su venta, pues no cabe duda que para los objetos que se revalorizan deberá estarse al precio del mercado en el momento de su avalúo.

La solución no parece, a mi juicio, que pueda ser otra que la de conceder la opción al atributario, pues si bien es verdad que la adquisición «para la comunidad» viene impuesta por una falta de adecuación entre el valor del objeto singular y la apreciación social y familiar del «extraordinario valor» a que hace referencia el apartado 7.º del artículo 1.346 o a la ausencia del requisito de ser el «instrumento necesario» del apartado 8.º del mismo artículo, que tan sólo ha favorecido al cónyuge usuario, no es menos cierto que el derecho de atribución preferente sólo se materializa a petición del atributario, y si el objeto se valora en exceso éste puede dejarlo en masa dividenda, con lo que ésta, más que mantener un valor, lo que retendrá será un lastre que en nada interesaría, en principio, al otro u otros partícipes. Creo que puede mantenerse al respecto que más que ante un supuesto de atribución preferente nos encontramos ante un procedimiento de conversión de bienes en privativos diferida al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales de unos bienes que tan sólo se predicen gananciales por la norma con el propósito de impedir el empobrecimiento de la sociedad en virtud de la desproporción o la innecesariedad a las que hemos hecho referencia. Se trataría de una pertenencia a la sociedad en función de garantía en favor de la misma más que de un verdadero sistema de ganancialidad; estamos en presencia de una excepción restrictiva que no puede llegar a convertirse en un privilegio del cónyuge usuario, que tras adquirir y usar objetos desproporcionados a las necesidades personales, sociales o profesionales quedan éstos de cargo de la sociedad entera-

mente, y a ésta entiendo le interesa favorecer la atribución preferente por el cónyuge usuario, pues la incorporación al lote de la otra parte sólo deviene en su perjuicio. Por lo que entiendo que la opción debe quedar en manos del cónyuge atributario cuando la adquisición no tiene carácter de inversión.

Para los casos de adquisición como inversión, como en el estudio de SAVATIER acerca de las joyas, colecciones, etc., entiendo que el uso privativo o personal es y debe ser considerado como incidental; su función es la inversión, por lo que entiendo que no deben ser susceptibles de atribución preferente y deben excluirse de este tratamiento específico. En tanto que los dedicados al uso personal o profesional, pero que son susceptibles de revalorización, deben valorarse conforme a la regla general del precio de mercado, pauta general del avalúo de los bienes de la masa dividenda.

b) En las atribuciones a que se refiere el apartado 2.º del artículo 1.406 es posible distinguir entre la explotación agrícola y los establecimientos o negocios industriales y comerciales a los efectos de valorar imparcialmente tales objetos complejos de atribución preferente.

Para la «empresa» o explotación agrícola gestionada personalmente las posibilidades de que éste continúe sin el gestor han venido siendo tradicionalmente más amplias que para el establecimiento o negocio comercial e industrial gestionado de forma también personal, pues se ha venido sosteniendo, probablemente con razón, que la desvinculación personal en estos últimos acarrea muchas veces su liquidación. La dimensión ganancial del negocio o establecimiento industrial o comercial, si la comunidad se disuelve conflictivamente, introduce, al margen de la atribución preferente, muchas posibilidades de que tal bien deba ser, en definitiva, liquidado; pero esta perspectiva está claramente condicionada por una tradición marcadamente ruralista que ha afectado en gran medida la visión de conjunto del Derecho de familia, totalmente de espaldas a las formas de vida actuales y al mayor número de destinatarios de las normas.

En la valoración de los bienes a que se refiere el apartado 2.º del artículo 1.406 del Código Civil no pueden tomarse en consideración los valores que se obtendrían en liquidación, pues se trata de una previsión extrema que favorecería en un grado marcadamente injusto al cónyuge atributario en detrimento del otro o de sus herederos. De igual forma, y por las mismas razones, tampoco puede tomarse en consideración la hipotética atribución, por el momento, para fijar el valor, pues la utilidad añadida que puede reportar para el atributario el recibir el bien no forma parte del valor imparcial con que debe figurar en el inventario.

por lo que este valor imparcial deberá ser el que tendría en caso de una hipotética venta y no otro.

Parece que lo adecuado es que, dada la separación, muchas veces más teórica que real, que este tipo de bienes tienen en el propio seno de la masa ganancial, ni los créditos ni las deudas propias del negocio se disuelvan en el conjunto de créditos y deudas gananciales y que unos y otros conserven su vinculación con la empresa que se trate de valorar, pues el precio que se estipule en el inventario es un precio de continuidad y no de liquidación.

c) Los muebles e instrumentos profesionales que entiendo deben incluirse en la atribución del local profesional a que hace referencia el apartado 3.º del artículo 1.406, cuando éstos no son privativos desde su adquisición, así como los instrumentos igualmente profesionales que dejen de tener la condición de pertenencias o de partes integrantes de la explotación o establecimiento común a los que se refiere el artículo 1.346, 8.º, deberán valorarse por su valor en venta tal y como se encuentren en el momento de levantamiento del inventario, por bajo que sean éstos, y no por la utilidad que pueden reportar al cónyuge profesional potencial tributario.

Para los dos últimos supuestos examinados, la diferencia entre el valor real en venta y la utilidad que reportan al tributario es en lo que consiste la *ventaja o prima* que la ley quiere conceder al titular del derecho de atribución preferente, como me ha hecho ver mi maestro LACRUZ en sus constantes enseñanzas. Debe tenerse aquí muy presente que el cónyuge no tributario no vende, ni el tributario compra la empresa que ha venido gestionando, ni los instrumentos que ha venido empleando, sino que incluye en su haber particional estos bienes por el valor, en cuanto a su cuota, que otro daría por ellos en una venta razonable; de ahí que LACRUZ siga denominando a estos derechos extraordinarios de un cónyuge, conforme a un lenguaje propio del Derecho aragonés que algunos han juzgado inadecuado, de *aventajas* (18).

Entiendo queda claro que en el levantamiento del inventario la atribución preferente es un derecho que no sólo no ha hecho acto de presencia, sino que no debe tomarse en consideración, pues la valoración en menos o en más, según quien marque la pauta de tales valoraciones, de los bienes potencialmente atribuibles constituiría una conducta contraria a la buena fe. La exigencia general del artículo 7.º del Código Civil se materializa aquí en una valoración neutra e imparcial de todos los bienes que figuren en el activo de la sociedad de gananciales.

(18) LACRUZ: *Elementos*. ., IV, pág. 492.

D. Operaciones liquidatorias de la comunidad y las atribuciones preferentes

El estudio de la denominada fase de liquidación desde la peculiar óptica que proporciona el ejercicio del derecho de atribución preferente ofrece nuevas dimensiones problemáticas de las que nos hemos hecho eco en apartados anteriores, pero que, no obstante, merecen ser objeto de un nuevo y más detallado análisis, con proposición, en su caso, de aquellas soluciones que parecen posibles y más adecuadas a la naturaleza del problema.

La implacable y certera crítica que mi maestro LACRUZ ha efectuado respecto del actual artículo 1.403 del Código Civil —que por mi parte entiendo, en cuanto a la coherencia con el conjunto de la regulación se refiere, debe hacerse extensiva a la práctica totalidad de la sección IV— no sólo tiene que ver con el problema de prelación de créditos al que directamente hace referencia y al conjunto del proceso liquidatorio de la sociedad, sino también con la fase de partición, y dentro de ella con las atribuciones preferentes, tal y como se conciben en los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil. Por ello, decir que el orden secuencial propuesto por el Código Civil en sus artículos 1.396 y siguientes hará las más de las veces imposible las atribuciones preferentes contenidas en los apartados 1.º y 2.º del artículo 1.406, si bien sirve para atacar frontalmente la concepción y redacción de estos artículos, porque casi nada tienen que ver con el contexto y la filosofía que inspiraron la reforma del régimen, es decir, bien poco, pero sí entiendo con LACRUZ que el sistema del Código es tan sólo *un modo de liquidación de los casos ordinarios* y que, en su consecuencia, son posibles otros *modos* extraordinarios, si se quiere, pero que entran dentro del ámbito posible de las normas que criticamos y son plenamente compatibles con el sistema de liquidación y partición de la sociedad, tendremos que convenir que la propia naturaleza desigualante de la atribución preferente constituye por sí misma un modo extraordinario de partir, y que esta forma extraordinaria de partir puede muy bien influir y afectar en el mismo modo de liquidar con un único e inderogable límite ínsito en la propia atribución preferente: el desequilibrio cualitativo que comporta no puede contagiar en modo alguno al equilibrio cuantitativo, que en este punto puede y debe traducirse en la integridad de los créditos y de las garantías de que gozaban al tiempo de la conclusión de la sociedad de gananciales para dar lugar a la indivisión subsiguiente.

a) APLICACIÓN A LA MATERIA DE LAS REGLAS PROPIAS
DEL DERECHO SUCESORIO

La aplicación de las reglas de la comunidad hereditaria a la comunidad posmatrimonial viene impuesta no sólo por las remisiones que a tal disciplina legal hacen los artículos 1.403 —para los derechos de los acreedores— y 1.410 —de forma supletoria general—, sino también por la identidad estructural que se da entre una y otra.

Los cónyuges o los ex cónyuges o el supérstite y los herederos del fallecido tienen sobre la masa ganancial, convertida en comunidad indivisa, la misma titularidad parciaria sobre todos y cada uno de los elementos que la componen y sobre las deudas y obligaciones que la gravan, pero además esta titularidad parciaria no se concreta en cuotas sobre el activo y el pasivo, a diferencia de lo que acontecía en el Derecho romano, pues la paralización que suponen el cambio de régimen, la separación o divorcio, o el fallecimiento de uno de los cónyuges no modifica la naturaleza de la masa ganancial y sí su régimen jurídico, pues pasa a ser una masa patrimonial indivisa, que, como la hereditaria, requiere de unas reglas propias encaminadas a la liquidación sin detrimento de ninguna de las partes interesadas.

Esta semejanza jurídica se ha reforzado considerablemente con la reforma de 1981, pues en contraste con el régimen de gananciales anterior, al desvanecerse la posición del marido como único gestor y, consecuentemente, único deudor, la situación actual puede equipararse, casi completamente, a la comunidad hereditaria con pluralidad de herederos; desde la vertiente de la práctica jurídica, la equiparación resulta sumamente conveniente, pues, de un lado, y como hemos venido apuntando, es clara la insuficiencia de los artículos 1.399 a 1.403 del Código Civil para construir una disciplina propia de la liquidación de la sociedad de gananciales; de otra, la amplia experiencia liquidatoria de comunidades hereditarias favorece una práctica concorde con los intereses en juego (19).

b) VALOR DE LA MÁXIMA «ANTES ES PAGAR QUE PARTIR O HEREDAR»

La máxima en sede de gananciales tiene el mismo valor que en su medio originario sucesorio. Como ha puesto de relieve PEÑA (20), este principio se ha entendido como un concepto económico, es decir, como

(19) Ver, sobre este punto, LACRUZ: *Elementos...*, IV, págs. 481 y sigs., y su estudio sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales.

(20) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *La herencia y las deudas del causante*, Madrid, 1957, págs. 128 y 201.

institución por el remanente, cuando su verdadera y trascendente utilidad se encuentra en la subsistencia del patrimonio hereditario, aquí de la masa ganancial.

Parafraseando al citado autor, significa este principio que en tanto subsistan las cargas de la masa ganancial, convertida en comunión posmatrimonial, ésta subsiste; que únicamente el remanente, lo que queda tras la satisfacción de las cargas, es lo que verdaderamente se incorpora y se confunde en el patrimonio privativo; que respecto de la masa ganancial los acreedores —además de conservar sobre ella las posibilidades de acción que antes tenían— están legitimados para promover la intervención de la masa e impedir que se haga la entrega de los bienes que la componen mientras no queden a salvo sus intereses. Este concepto residual es cierto en cuanto que lo único que se integrará *indiferenciadamente* en el patrimonio privativo de los hasta ahora cotitulares de la indivisión es sólo *residuo*.

A esta concepción, si bien de forma excesivamente formal, responde la estructura de los artículos 1.399 a 1.403, en los que parece que se sacraliza el principio «antes es pagar que partir», desconociendo el verdadero alcance del principio, que históricamente no se dirige a la inmediatividad del pago, sino a la preservación de las garantías que la masa hereditaria o la ganancial ofrecen a los acreedores, precisamente para aquellos cuyos créditos no son inmediatamente exigibles y que pueden quedar perjudicados por la partición.

¿Quiere ello decir que en tanto no hay liquidación no puede haber partición? La respuesta debe ser, evidentemente, negativa, pero matizada. Parece claro que los cotitulares de la masa ganancial dividenda pueden proceder a la división material de la misma, tanto de su activo como de su pasivo, siempre que, claro está, uno o varios de los acreedores por deudas gananciales no ejerciten su derecho a oponerse a la división en tanto no se les pague o se les afiance conforme a lo previsto en el artículo 1.082 del Código Civil y en los artículos 1.030, 1.038, 1.053, 1.093 y 1.268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todo ello según la remisión establecida al respecto por el artículo 1.402 del Código Civil. Ahora bien, esta partición no supone, en modo alguno, que el paso de los bienes de la masa común a los patrimonios privativos de los cotitulares de la masa dividenda rompa la afección de los mismos a las deudas gananciales y que los acreedores tengan que estar y pasar por el reparto que se efectúe del pasivo si ellos no han sido partícipes en la liquidación y partición, pues, como apunta PEÑA, con referencia a la herencia (21), la masa ganancial sólo resulta afectada con la partición en cuanto al as-

(21) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 208.

pecto de titularidad colectiva, no en cuanto masa sujeta a la responsabilidad por las deudas gananciales que persiste intacta. La partición en cuanto *res inter alios acta* no puede afectar a la posición y derechos de los acreedores, que tienen en ese conjunto de bienes la garantía de su crédito. La materialización de la cuota en bienes concretos que la partición supone no es en ningún caso una enajenación ni una nueva adquisición, sino, como dijera ya GUTIÉRREZ, una *portionis distributio* (22); es decir, se trata de una materialización de cuotas hasta ese momento puramente ideales sobre bienes concretos de la masa ganancial, por lo que los acreedores podrán exigir el cobro de sus créditos de cualquiera de los atributarios de bienes gananciales conforme a lo dispuesto en el artículo 1.084 del Código Civil.

Esta traslación del régimen de responsabilidad de la comunidad hereditaria a la liquidación y partición de la masa ganancial, incluida la posibilidad de partir materialmente la masa común antes del completo y total pago de las deudas, está implícitamente admitida por la nueva regulación de la liquidación de la sociedad de gananciales, pues no es otro el sentido de la acción de regreso prevista en el párrafo segundo del artículo 1.401 del Código Civil, que guarda un patente paralelismo con el artículo 1.085 del Código Civil. El acreedor por una deuda ganancial puede reclamarla íntegramente de cualquiera de los atributarios conforme a lo prevenido en el artículo 1.084 del Código Civil, y éste puede repetir el exceso respecto de la cuota del otro u otros atributarios, por lo que la partición es posible y factible antes de la liquidación de las deudas del consorcio.

c) ADJUDICACIÓN PARA EL PAGO DE DEUDAS CONSORCIALES

Como expone el profesor LACRUZ, en sede de sucesiones, «esta organización del pago de las deudas tiene como fin liberar de cuidados, complicaciones y reembolsos a los coherederos y no salvaguardar el interés de los acreedores» (23), lo que supone, trasladada la figura a la liquidación de la sociedad de gananciales, que tales adjudicaciones para pago, producto del acuerdo de ambos cónyuges o de uno de éstos y los herederos del otro, no vinculan a los acreedores a exigir el pago del atributario y, en su consecuencia, pueden reclamarlo de cualquiera de los partícipes.

La figura, a pesar del inconveniente que supone la no vinculación de los acreedores, salvo que sean partícipes en la liquidación y parti-

(22) Tomado de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, nota 26, pág. 209.

(23) LACRUZ: *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, pág. 416.

ción y consientan expresamente la mencionada adjudicación, puede resultar de interés en los casos en que la adjudicación para pago tenga por objeto material un bien atribuible (singular importancia puede revestir la atribución de la empresa conforme al art. 1.406, 2.º, CC) y sea adjudicatario el titular del derecho de atribución preferente, pues esta operación permitiría el ejercicio de este derecho pese a la presencia de deudas que de otro modo podrían hacerlo inviable.

Entiendo que en la mayor parte de los casos esta fórmula será bien aceptada por los acreedores, sobre todo si la adjudicación se estipula expresamente, y se puede hacer jugar en favor de los acreedores lo prevenido en el artículo 45 de la Ley Hipotecaria, propiciando el nacimiento en favor de éstos de una garantía real.

La adjudicación para el pago de deudas consorciales, como elemento sobreañadido a la atribución preferente, en los supuestos en que el valor del bien atribuido exceda del haber del atributario o en los casos de iliquidez de la masa dividenda, puede jugar un papel sumamente favorecedor de las atribuciones a que hace referencia el artículo 1.406, 2.º, del Código Civil, sobre todo cuando las deudas del consorcio, situación que será muy frecuente, tienen su origen precisamente en la fundación o gestión de tales explotaciones, negocios o empresas. En el caso que ahora se plantea creo que debe tenerse muy en cuenta que la unidad básica y elemental que se exige a tales explotaciones para que puedan ser objeto del derecho de atribución preferente —que es la de una separación tangible, como mínimo a nivel contable y de gestión, respecto del resto de los componentes de la masa ganancial— supone contar con un activo y un pasivo propios, de forma tal que la atribución preferente de tales bienes puede efectuarse en bloque como tal empresa, negocio o explotación, es decir, alcanzando conjuntamente al activo y al pasivo, aunque para el obligado cálculo de la partición se ha debido tomar el valor del remanente neto o, lo que es lo mismo, el valor real de la empresa con detracción del pasivo de la misma y, en su caso, de las deudas consorciales de diferente origen que se tomen en consideración en la adjudicación para el pago de deudas.

Esta forma de atribución, favorable a los sujetos de la partición (pues el atributario recibe aquello que le interesa y el otro cónyuge o sus herederos quedan descargados del peso de las deudas consorciales, aunque, claro está, no de la responsabilidad de las mismas) tiene la ventaja para los acreedores del establecimiento, empresa o explotación que sus créditos tendrán como deudor al atributario que ya venía siendo titular formal de la deuda como gestor de la empresa y como garantía la misma base económica que en su momento serviría de referencia para la con-

cesión del crédito o del contrato del que trae causa su situación acreedora, por lo que, en principio, parece que tal tipo de adjudicación liquidatoria no debería ser rechazada por el acreedor. No obstante tal afirmación, no se me escapa que en la anómala situación económica actual las entidades de crédito prestan muchas veces dinero a industriales, agricultores o comerciantes o establecen líneas de descuento sin tener precisamente en cuenta la salud económica de la empresa, negocio o explotación al que se destina tal numerario, sino precisamente el nivel de solvencia que ofrece el conjunto patrimonial en su totalidad, y en estos casos, cada vez más numerosos, servirá de poco la operación que se propone, pues los acreedores lógicamente demandarán y señalarán, en su caso, bienes para embargo, desconociendo el acuerdo de los partíciparios, buscando la satisfacción de los créditos, sin que deban tener en cuenta ninguna otra consideración que no les atañe.

No obstante los inconvenientes que se muestran de forma evidente, la adjudicación para el pago de deudas consorciales puede y debe favorecer la posibilidad de atribuciones preferentes en los casos del número 2.º del artículo 1.406 del Código Civil, muy dificultados por el sistema de liquidación previsto en los artículos 1.399 y siguientes del Código Civil.

El supuesto que nos ocupa puede ser más operativo cuando el crédito que pesa sobre el consorcio está garantizado por hipoteca u otro derecho real de garantía y en la adjudicación se contiene como único pasivo la deuda garantizada, pues aquí —pese a la regla general de elección entre el deudor personal y el real— la atribución preferente adicionada a la adjudicación para el pago de deudas no presenta inconveniente alguno para el acreedor o acreedores, ni para los copartícipes atribuyentes, pues su efecto inmediato queda reducido a que el atributario que pagó o es ejecutado no puede hacer uso de la acción de regreso prevista en los artículos 1.085 y 1.401 del Código Civil. El único inconveniente, importante desde luego, reside en la inestabilidad que presta a la operación la subsistencia en manos del acreedor o acreedores de la acción personal cuyo ejercicio, ante el incumplimiento por parte del adjudicatario, puede dar al traste con toda la partición así concebida.

Esta modalidad puede resultar de máxima utilidad no sólo para el supuesto anteriormente observado, sino también y probablemente con mucha más frecuencia para el local profesional y para la vivienda, por ser el crédito hipotecario, entre nosotros, el sistema de financiación más frecuente para la adquisición de inmuebles urbanos.

Tampoco entiendo hay inconveniente alguno en que la asunción de deudas sea fórmula adecuada y valga como abono de la diferencia en

metálico a que hace referencia el inciso segundo del artículo 1.407, cuando el valor señalado para la vivienda o local profesional sobrepase el haber correspondiente al atributivo.

En todo caso, y como pone de relieve LACRUZ, «si el adjudicatario no cumple con su obligación, pueden los adjudicantes, en cualquier caso, resolver la adjudicación» por aplicación del artículo 1.124 del Código Civil (24), pues en los supuestos propuestos la adjudicación tiene una naturaleza mixta de acto de carácter liquidatorio y de acto particional, siendo la adjudicación para el pago de deudas un claro negocio de carácter oneroso.

d) COMUNIDAD CON PROBLEMAS DE LIQUIDEZ Y LA ATRIBUCIÓN
PREFERENTE

La reforma de 1981, como ya hemos apuntado con alguna reiteración, no ha sido afortunada en la regulación específica de las operaciones de liquidación propiamente dichas, así como en las de partición y atribución preferente (arts. 1.399 a 1.407). Estos preceptos no se encuentran animados por el espíritu y fines inmediatos de la reforma ni son congruentes con los de las secciones antecedentes que integran el capítulo dedicado a la sociedad de gananciales; es patente que en ellos no han profundizado los legisladores en la misma medida que en el resto de la normativa, y esto en un régimen económico matrimonial que ha tenido tradicionalmente en la disolución y liquidación su razón histórica de ser, cuestión que hoy debe, en propiedad, trasladarse al propio funcionamiento del régimen, pero ello no quiere decir que su fase final haya perdido un solo ápice de su importancia práctica. La sociedad de gananciales histórica, con prohibición de cambio de régimen económico y con disolución del matrimonio tan sólo por la muerte de uno de los cónyuges, estaba pensada para una duración dilatada en el tiempo, lo que hoy es tan sólo un *desideratum*. Basta con contemplar el artículo 1.392, en relación con el 85, ambos del Código Civil, para comprender que la conclusión de la sociedad no puede encomendarse a tan reducido número de artículos, cuando pueden ser tantos los elementos internos y externos que la conviertan en materia litigiosa, por lo que el análisis de estos preceptos —con la adición además de la atribución preferente— sólo puede emprenderse de forma casuística y aun así sin posibilidad de agotar, ni tan siquiera, de acotar, la compleja problemática que bajo ella subyace; cuánto menos lo es el intentar establecer posiciones doctrinales respecto de su alcance de los que deberán ocuparse la doctrina y la

(24) LACRUZ, *op. cit.*, nota anterior, págs. 416 y 417.

jurisprudencia por mucho tiempo. No obstante, entiendo que pueden trazarse algunas líneas, si no definitivas, sí de tanteo en tal problemática.

La orientación del legislador se ha asentado sobre lo que DE LOS MOZOS denomina «los supuestos normales y aquellos en que el activo sea superior al pasivo» (25). Esta situación, que no he dudado en denominar de *idílica*, no sólo tiene poco interés desde el punto de vista jurídico, pues planteará muy pocos problemas, sino porque los que lleguen a suscitarse arrojarán escasa luz sobre los más conflictivos elementos que se dan en la liquidación de la sociedad conyugal y en su influencia decisiva sobre las atribuciones preferentes. En síntesis, para que funcione sin tropiezos el sistema previsto en el Código se requiere nada más y nada menos que una masa ganancial con liquidez suficiente para hacer frente a las deudas gananciales y a aquellas privativas de las que responda igualmente la masa ganancial o, en su defecto, la existencia de bienes de fácil realización que aporten el necesario numerario para hacer frente a las mismas, sin por ello impedir las atribuciones preferentes, después de haber liquidado igualmente los reintegros y reembolsos.

Parece claro que en la mayoría de los casos resulta así en la práctica cuando la disolución se produce por muerte de uno de los cónyuges e incluso en los casos de cambio de régimen económico. En estos supuestos los problemas más frecuentes giran en torno a aspectos relativamente secundarios de la atribución de valores, e incluso, según la experiencia francesa en la materia, se producen a causa de la concurrencia de derechos de atribución sobre un mismo objeto o colisión de este derecho o facultad con otros reconocidos en favor de otro partícipe en la comunidad. Pero según esa misma experiencia los problemas se acumulan unos a otros en los casos de disolución por separación y divorcio, mucho más cuando la propia legislación evita cuidadosamente las declaraciones de culpabilidad para con los cónyuges, sin la consecuente pérdida de los derechos que pudiera ostentar sobre la masa ganancial neta, por lo que no han dudado los legisladores franceses y belgas en someter las más de estas decisiones al arbitrio de los jueces, y en concreto, a reducir en esta circunstancia las atribuciones preferentes a una mera facultad.

Si la situación que con DE LOS MOZOS denominamos «normal» presenta poco interés jurídico problemático por lo que a la atribución preferente se refiere en fase de liquidación, otro tanto ocurre con la comunidad deficitaria, es decir, en la que el pasivo es superior al activo, pues en estas circunstancias no cabe la menor duda de que la atribución, se revista ésta con *veste* de derecho subjetivo o con la de mera facultad, no llega ni tan siquiera a nacer, pues sólo puede darse dentro del marco de

(25) DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, pág. 487.

existencia y consistencia de verdadera ganancia, es decir, dentro de la constancia probada de que hay un remanente neto, al menos en su aspecto contable, en el que se encuentra contenido el objeto atribuible; cualquier otro medio jurídico por el que el bien acabe en manos del hipotético y puramente teórico titular del derecho o de la facultad de atribución preferente nada tiene que ver con el problema que nos ocupa.

En resumen, el núcleo problemático de la liquidación de la comunidad en relación directa con el expectante ejercicio del derecho o de la facultad de atribución preferente se encuentra en las posibles soluciones que se ofrezcan para resolver la falta de liquidez en la masa ganancial, para hacer frente a las deudas de la misma para con los acreedores terceros a ella o para abonar los reintegros y reembolsos debidos a un cónyuge y, en definitiva, en el hallazgo de soluciones para que la falta de numerario efectivo no dañe o lo haga en la menor medida posible el derecho de atribución preferente; es decir, en ofrecer posibilidades de armonización de los artículos 1.399, 1.400, 1.401 y 1.403, respecto de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil.

A la luz del ya examinado valor de la máxima «antes es pagar que partir», y consecuentemente con lo ya dicho, parece que debe relativizarse el alcance de la letra del artículo 1.399, que dice más de lo que quisiera decir, pues este precepto sólo puede mantener la exigencia de su literalidad en el caso en que las deudas que pesan sobre la comunidad posmatrimonial sean líquidas y vencidas y, por tanto, exigibles al tiempo mismo de la liquidación, o, claro está, en el supuesto de que la situación económica del consorcio sea claramente deficitaria, dando lugar a la apertura de un procedimiento concursal; en todas las demás situaciones —las más frecuentes— su interpretación debe ser mucho más moderada en su alcance, pues tan sólo supone —como ha quedado expuesto— que la partición puede ser impedida por los acreedores hasta que se pague o afiance o que la partición llevada a efecto sin oposición de los acreedores no significa desafección de los bienes reputados gananciales respecto de aquellas deudas del consorcio que tienen a estos bienes como garantía de su cobro. Ello quiere decir que, para los acreedores del consorcio, pero terceros en relación a su titularidad, el derecho o facultad de atribución preferente en cabeza de cualquiera de los sujetos activos de la partición es absolutamente irrelevante —salvo que para los bienes objeto de atribución concorra a su vez la declaración formal de inembargables: instrumentos profesionales gananciales comprendidos en el 1.406, 1.º, CC—, y la presencia y conocimiento de tal derecho no supone límite alguno para reclamar el correspondiente pago ni para señalar en la anotación preventiva de embargo prevista en el artículo 144,

2.º, del Reglamento Hipotecario, un bien sobre el que un cónyuge ha solicitado su atribución preferente conforme a las condiciones objetivas y subjetivas previstas en los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil, siempre, claro está, conforme a la precedencia del artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reformado.

e) EL PAGO DE DEUDAS DE LA COMUNIDAD CON DEFECTO DE LIQUIDEZ
Y LA ATRIBUCIÓN PREFERENTE

De los propios términos del artículo 1.400 del Código Civil parece podría deducirse que ante la específica circunstancia de falta de numérico para el pago de las deudas, el cónyuge no titular del derecho de atribución o sus herederos pueden promover la venta de bienes gananciales para con su producto satisfacer las deudas, sin que tal iniciativa tenga como límite objetivo el que sobre tales bienes pueda ejercerse el derecho de atribución previsto en el artículo 1.406 y que este propósito de ejercicio haya sido notificado a todos los interesados en la liquidación y partición. a diferencia de cuanto acontece en la legislación belga sobre el régimen económico-matrimonial legal, en la que su artículo 1.442 del Código Civil, en sede de liquidación de reintegros y reembolsos, establece precisamente este límite objetivo para el ejercicio del de señalación para la venta. La cuestión creo que por su importancia merece ser matizada en todos y cada uno de sus aspectos.

La delimitación del problema en sus estrictos términos requiere dejar bien sentado: en primer lugar, que la atribución preferente por definición y por su tratamiento legal es una operación particional, especial o excepcional si se quiere, pero en todo caso particional; por ello su ejercicio debe quedar supeditado y subordinado a las operaciones liquidatorias de cualesquiera deudas de la comunidad y a la eventual existencia de un *haber* neto en la comunidad liquidada; por lo que, en el terreno de los principios, en las operaciones liquidatorias de la comunidad, a la interferencia sobre el derecho de atribución preferente —aunque se le conceptúe como verdadero derecho subjetivo— sólo puede acordársele un valor relativo y subordinado: el de que su presencia obliga a que la actuación del cónyuge no atributario o de sus herederos en las operaciones liquidatorias se ajuste a las exigencias de la buena fe, entendida aquí como acción no encaminada directa o indirectamente a la lesión o frustración del derecho del otro cónyuge.

En segundo lugar, que el cónyuge no atributario o sus herederos tiene derecho a la obtención de la mitad del remanente neto cuantitativamente considerado, sin que la presencia del derecho de atribución

preferente pueda, en modo alguno, mermarlo, subordinarlo o condicionarlo; es precisamente en defensa de la integridad cuantitativa de la masa para lo que se concibe la disciplina del artículo 1.400 del Código Civil, pudiendo acudir a la obtención de un precio real de mercado para un bien ganancial que es preciso realizar para la satisfacción de la deuda.

Y, en tercer lugar, que la disciplina del artículo 1.400 del Código Civil presupone que el ofrecimiento de bienes para pago de deudas requiere el acuerdo unánime de los partícipes, por lo que difícilmente se podrá ofrecer, ante la oposición del potencial atributivo, un bien sobre el que se haya hecho la notificación de intención de reclamar la atribución preferente, y la puesta en venta solicitada por el otro cónyuge o sus herederos hay que entenderla, en todo caso, como remedio práctico ante el rechazo del ofrecimiento por parte del acreedor o mucho más corrientemente como defensa de la integridad cuantitativa de la masa, cuando una de las partes entiende que puede obtenerse un precio más favorable y ajustado acudiendo directamente al mercado.

Uno de los defectos capitales de nuestro escuálido sistema de liquidación de la sociedad de gananciales reside en haber obviado no sólo las precedencias personales —pues no puede, como ya hemos advertido siguiendo a LACRUZ, entenderse que los créditos de terceros sobre la comunidad, cualquiera que sea su naturaleza y circunstancias, sean siempre preferentes a los derivados de reintegros y reembolsos, ni mantener la idea de un patrimonio responsable como en la anterior regulación, pues en éste tal orientación provenía de que la masa consorcial era gestionada únicamente por el marido—, sino también la inexistencia de un orden de prioridades sobre los bienes, con lo que se abre por previsión una vía amplísima al desacuerdo, la desavenencia y el abuso de derecho que fácilmente podrían haberse evitado.

Del texto legal no pueden extraerse, a mi juicio, vías positivas de solución equitativa a la hora de las discrepancias entre los partícipes sobre qué bienes deben ofrecerse en pago o deben venderse para la obtención de numerario para la satisfacción de las deudas; además, ante el desacuerdo sobre el valor de los bienes, no se somete a las partes a estar y pasar por la valoración que den al respecto los expertos o peritos, como mantiene unánimemente la doctrina francesa (26), sino que con un mimetismo excesivo respecto del Derecho de sucesiones se acude a la venta de bienes gananciales sin tener en cuenta que los artículos 1.030 y 1.062 del Código Civil, que sirven de pauta teórica al artículo 1.400, se sitúan en las antípodas de una liquidación que abre ca-

(26) AUBRY RAU, por PONSARD, t. VIII, núm. 277, pág. 459; A. COLOMER, *op. cit.*, núm. 1.928; CORNU, *op. cit.*, págs. 549 y sigs.

mino a una partición para la que se reconoce el ejercicio del derecho de atribución preferente.

En estas circunstancias cabe preguntarse si el derecho de atribución preferente no será, entre nosotros, sino una mera expectativa cuyo ejercicio como derecho tan sólo puede ejercitarse, como se plasma en el Código, al tiempo de la partición del haber neto y en tanto puede ser olímpicamente ignorado o frustrado por los restantes cotitulares de la masa posmatrimonial; o, por el contrario, si su presencia debe ser en cierto modo respetada por aquéllos incluso en los casos de iliquidez de la masa.

Por lo que a mí se me alcanza, si bien la finalidad social y la dimensión humana de la atribución preferente en sede de partición del haber ganancial no alcanzan las magnitudes seudosociales con la que se han diseñado algunos agraristas y el «antes es pagar que partir» presupone claramente que el cumplimiento del deber de pagar a los terceros y el de reintegrar los reembolsos al cónyuge acreedor de los mismos es anterior y preferente al derecho de atribución, pero ello no puede llegar a suponer, en modo alguno, que éste es un derecho que queda a merced del otro cónyuge y sus herederos. Parece evidente que la función social del derecho de atribución preferente no podrá encontrarse en los supuestos de masa claramente deficitaria, ni en los que la ganancia neta es mucho más abultada que la que sugiere el marco típico del artículo 1.406 —la atribución aquí tendrá dimensión humana, pero difícilmente social—; su verdadera dimensión social se muestra en aquellos otros casos en los que la continuidad profesional resulta imprescindible para la estabilidad del futuro, y es en éstos donde lógicamente se encontrarán estas dificultades de liquidez y es en los que la norma, de espaldas a la realidad social en la que parece fundarse, favorece su frustración con mayor facilidad.

El sistema de prelación de objetos que efectúa el artículo 1.471 del Código Civil francés, en el que el ejercicio del derecho de «*prélèvement*», en defecto de pactos, se canaliza a través de cobrar primero sobre el dinero metálico; después, sobre los muebles, y, subsidiariamente, sobre los inmuebles, sin perjudicar, además, los derechos que su cónyuge pueda tener en materia de atribución preferente nos sugiere, dentro del marco de necesaria armonización del artículo 1.400 con el 1.406 y 1.407, que la elección de bienes para su ofrecimiento en pago o para su realización para la obtención del necesario numerario puede dar lugar a postular diversas soluciones según el tipo de bienes con que se cuente en la masa y el tipo de atribución preferente que correlativamente puede ejercer, pero, en todo caso, deberá ajustarse al orden de prelación que la Ley de Enjuiciamiento Civil señala para el juicio ejecutivo (art. 1.447 reformado).

En mi modesta opinión, la primera solución que puede ofrecerse, en esta problemática cuestión, gira en torno al análisis de las posibilidades prácticas que en este punto pueden extraerse de la aplicación del artículo 1.406, en sus apartados 3.º y 4.º; bien es verdad que el campo al que resulta aplicable queda circunscrito al supuesto de disolución de la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges, y el ejercicio del derecho de atribución con esta amplitud limitado al cónyuge supérstite, pero no es menos cierto que la estrechez de las circunstancias es mucho más teórica que real, pues es innegable que, hoy por hoy, en nuestra sociedad esta es la forma más corriente y habitual de conclusión de la sociedad y los bienes a que se refieren aquellos que serán más frecuentemente objeto de la atribución preferente.

Ante la presencia de una comunidad sin liquidez con terceros acreedores de ésta, en espera de hacer efectivos sus créditos, el atributario supérstite de local profesional o de vivienda familiar entiendo puede al tiempo de formación del plan de liquidación y partición hacer frente a las deudas personalmente liberando a la comunidad y atribuir su situación acreedora total o parcialmente al saldo en favor de la comunidad si hubiere lugar a ello, adquiriendo a su favor anticipadamente el derecho de uso o la propiedad de los bienes gananciales atribuibles en su favor.

La dinámica interna de esta opinión parece claramente contraria al sentido del artículo 1.400 del Código Civil y limitar los derechos en él reconocidos en favor de los otros cotitulares, pues su viabilidad práctica supone que los herederos del cónyuge premuerto no pueden instar la venta de estos concretos bienes —la vivienda familiar y el local profesional— por la simple razón de existir discrepancia entre el atributario y ellos sobre la valoración de estos bienes en la fase de avalúo, y si sólo por necesidad de obtener el numerario suficiente para la satisfacción de las deudas del consorcio, por lo que resuelta esta dificultad con la aportación del atributario no habría razón para proceder a la venta de estos inmuebles.

Puede, desde luego, aducirse contra esta opinión que el atributario siempre podrá concurrir a la licitación y adquirirla sin tener que violentar interpretativamente el sentido y función del artículo 1.400 del Código Civil y reducir el ámbito del derecho de los cotitulares en él recogido. Pero no es menos evidente que aquí no nos encontramos con el supuesto arquetipo en que se basa el artículo 1.062 del Código Civil, que para mí equivocadamente inspira al 1.400, sino ante unos bienes de importancia en la vida del atributario, a quien se le reconoce sobre ellos un adicional derecho de opción en su atribución: en propiedad o en uso, y para poder llegar a satisfacer este último se requiere lógicamente que

el bien permanezca en la masa consorcial hasta el momento de la partición propiamente dicha. La tesis que se postula para este supuesto concreto y aislado quiere decir tanto como que el derecho de atribución preferente, tal y como se configura en el supuesto especial del artículo 1.407, tan sólo debe ceder su primacía ante la vigencia del principio del «antes es pagar que partir», y si este obstáculo es obviado por la actividad solutoria del atributario, no hay razón para ceder por la presencia de otros intereses en colisión, que pueden resolverse por vías menos expeditivas.

El discrepante o discrepantes por diferencia en la valoración no pueden promover la venta como vía de fijación del precio; piénsese que no nos encontramos en presencia de bienes de raro comercio por lo común, sino que creo que en este caso, y en igual sentido al propuesto por la doctrina francesa unánimemente, deberá acudirse para el señalamiento de su verdadero valor al dictamen de peritos. No me cabe la menor duda que la protección de los intereses del cónyuge supérstite en este especial tipo de atribución preferente presenta la misma identidad de razón que las que tuvieron presente en Francia para limitar la libre elección del acreedor de recompensas, poniendo fuera del alcance del *prélèvement* de los herederos aquellos bienes que dan lugar a la atribución preferente de derecho para el cónyuge supérstite, pues, como dirá PONSARD²⁷, «no puede seriamente discutirse que los redactores del artículo 1.471 han querido proteger al cónyuge supérstite mismo frente al *prélèvement* y no así a los herederos» (27).

Aquí entre nosotros la extensión de la protección del derecho de atribución preferente del cónyuge supérstite no podrá llevarse tan lejos, pues esta protección no puede entenderse como un derecho privilegiado sobre el cobro de deudas por los acreedores e incluso por los herederos del cónyuge acreedor de reembolsos y reintegros, pero sí frente a los derechos a la integridad cuantitativa de los copartícipes en la liquidación y partición cuando esta integridad puede quedar suficientemente garantizada por otras vías, ya que esta modalidad del derecho de atribución preferente no se da para una vivienda y un local profesional *in genere*, sino para precisamente aquel en el que se ejerce la profesión y para la vivienda que se habita; la identidad del objeto atribuible es aquí totalmente determinante del derecho, y de ahí el reconocimiento del derecho

(27) A. PONSARD: *Commentaire de la Loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux*, D., 1966, L., pág. 158, núm. 131, con cita del Senador MARCILHACY, autor y promotor de la enmienda que con este sentido modificó la redacción del artículo 1.471, propuesta por el Gobierno, ya aprobada por la Asamblea Nacional, afirmando que «es preferible dejar jugar, en todo caso, la atribución preferente en provecho del cónyuge supérstite».

de opción, cuyas peculiaridades intrínsecas estudiaremos cuando abordemos el estudio más amplio del artículo 1.407 y sus específicas circunstancias de ejercicio.

Creo que esta situación deducida de la protección del artículo 1.407 bajo las mismas circunstancias es perfectamente aplicable a los instrumentos profesionales excepcionalmente gananciales, pues el vacío legislativo que se observa en la materia se debe sencillamente a un error debido a la técnica legislativa vigente poco compatible con la modificación de los grandes cuerpos legales, el cónyuge supérstite atributario puede impedir su venta en los mismos supuestos y con las mismas condiciones que las previstas para el local profesional y la vivienda familiar.

Ahora bien, para todos los demás supuestos de atribución preferente no hay suficiente base legal para hacer extensivo el tratamiento apuntado en los párrafos antecedentes; en ellos la *preferencia* que se enuncia en el artículo 1.406 queda o puede quedar acantonada como situación especial y norma privilegiada a las propias circunstancias previstas en la norma desde luego inmersa en su posición puramente particional subordinada al resultado que produzcan las operaciones liquidatorias —pago de deudas y abono de reintegros y reembolsos—; la presencia aquí de la atribución preferente en cabeza de uno de los cotitulares de la comunidad posconyugal condiciona tan sólo la formación de lotes en la partición propiamente dicha, pero no así en la fase liquidatoria, en la que los derechos de los no atributarios reconocidos en los artículos 1.400, 1.403 y 1.405 quedan incólumes, aunque el titular del derecho o facultad de atribución preferente haya notificado recepticiamente a los restantes interesados su intención y propósito de hacer valer y ejercitar su derecho por el bien ganancial de que se trate. Sin duda, nos encontramos ante un claro defecto de la norma, debido al arcaísmo de los artículos 1.399 a 1.403 del Código Civil, que hemos puesto de manifiesto reiteradamente, pero este defecto no puede ser obviado con los materiales que el Código nos ofrece, pues hay que tener presente que el sistema de Derecho de sucesiones es mucho menos flexible que el aquí contemplado, y aunque pudiese llegar a entenderse, lo que es dudoso, que el reconocimiento del derecho o facultad de atribución preferente puede dar lugar a una aplicación analógica a estos supuestos del párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil, en el que se reconoce que en interés de la familia puede atribuir a uno sólo de los herederos la explotación agrícola, industrial o fabril, satisfaciendo el atributario la legítima a los restantes en metálico. el mecanismo de la analogía posibilitaría la solución de algunos problemas propios de la partición propiamente di-

cha, como veremos más adelante al tratar de este concreto punto, pero no así los de pura liquidación, antecedente necesario de la partición.

No obstante lo anterior, la notificación del propósito de ejercicio del derecho de atribución preferente sí debe condicionar la formación del plan de liquidación y partición, pues la notificación debe ser tenida en cuenta por los partícipes, ya que su desconocimiento radical daría lugar a la presencia del *abuso de derecho*, y tal noticia presta perfiles específicos a la buena fe que por mandato del artículo 7.º del Código Civil, y por obvias razones de moralidad, condiciona el ejercicio de los derechos en general y aquí específicamente los reconocidos en los artículos 1.400 y 1.403.

Los copartícipes pueden, en el ejercicio de su derecho de defensa de la integridad cuantitativa, promover la venta a falta de numerario de uno o varios bienes gananciales sobre los que un copartícipe tiene advertida su intención de ejercer la atribución preferente si la venta de otro u otros es perjudicial para el conjunto por desmerecer excesivamente en ella, si son potencialmente insuficientes para el pago de deudas o si no existe, en el momento de la liquidación, demanda para ellos; pues es evidente que la ventaja que la atribución reporta para uno de los cónyuges no se construye en la norma como perjuicio que los otros copartícipes deban soportar estoicamente: estamos ante una *desnivelación* cuantitativa. Ahora bien, a falta de las circunstancias antes razonadas, los copartícipes no pueden promover, habiendo bienes realizables suficientes, la venta precisamente de los bienes atribuibles, pues el potencial tributario puede oponer judicialmente (y entiendo que merecería un fallo favorable) que sus copartícipes obran de mala fe en el ejercicio de su derecho, pues como en el supuesto del artículo 1.706 del Código Civil en sede de contrato de sociedad la mala fe no tiene que estar necesariamente fundada en un *animus sibi lucrandi* de quien ejerce su derecho, sino que además debe estar libre de un *animus alteri nocendi* (28).

La promoción de la venta como derecho de los copartícipes, pese a su presencia no condicionada en el Código, no la entiendo como una facultad limitada al derecho a la defensa de la integridad cuantitativa de la comunidad posganancial, sino más bien como simple útil de defensa de tal derecho siempre prioritario al de atribución preferente, pero que no puede dar lugar, sin valoración adecuada de las circunstancias específicas de las deudas que deben satisfacerse, a la imposibilitación ra-

(28) Véase, sobre este tema, el comentario de M. BATLLE sobre el artículo 1.706 del Código Civil en: Q. M. SCAEVOLA: *Código Civil*, t. XXV, vol. 2.º, Madrid, 1948, págs. 177 y sigs.

dical del derecho del atributivo, por la sencilla razón de ser éste un derecho que debe hacerse valer en una fase posterior del proceso liquidatorio.

Las evidentes y reiteradas dificultades derivadas de la incoherencia e imprevisión de las normas sólo pueden ser salvadas por la vía de elaborar un plan liquidatorio en el que el pago de deudas e indemnizaciones pecuniarias con realización de bienes tenga presentes las predetracciones y las atribuciones preferentes (29), lo que en las situaciones familiares litigiosas —comúnmente: separación y divorcio— es, como vulgarmente se dice, pedir peras al olmo; es por ello que los ordenamientos con tradición divorcista no sólo han tomado severas precauciones en la disolución de la comunidad y han encomendado a técnicos la liquidación de la misma, sino que han declarado tajantemente que las atribuciones preferentes en los casos de separación y divorcio *en ningún caso y para ningún bien* serán de derecho, por lo que su ejercicio queda al arbitrio del Juez de instancia, valorándose los intereses personales y familiares en juego.

f) ABONO DE REINTEGROS Y REEMBOLSOS Y LA ATRIBUCIÓN PREFERENTE

La decidida potenciación que la reforma de 1981 ha deparado al papel que deben jugar la subrogación real y los reintegros y reembolsos en la sociedad de gananciales constituye, a mi modo de ver, además de un claro acierto de la reforma, un importantísimo paso para situar el verdadero eje de la actuación de la sociedad de gananciales como tal sociedad y a hacer de la integridad de las tres masas participantes en el régimen fundamento mismo de la gestión conjunta y paritaria que el nuevo régimen demanda. Si hablo de «paso», sin regatear adjetivos laudatorios, es porque entiendo también que el camino no se ha recorrido en su totalidad; es más, en algunos importantes aspectos incluso se ha frustrado, por lo que respecta a la subrogación real: el artículo 1.354 del Código Civil, precepto clave verdaderamente para la inteligencia de su real dimensión práctica, se ha aplicado, como si se tratase del «bálsamo de Fierabrás», en el artículo 1.347, 5.º, a la solución utópica de la empresa fundada con capitales de distinta procedencia, embarullando un problema ya de por sí delicado y difícil hasta extremos punto menos que insolubles; por lo que respecta a la disciplina de reembolsos y reintegros no es fácilmente comprensible que coexistan para un mismo fenómeno jurídico dos medidas: la general de los artículos 1.346 *in fine*, 1.347, 4.º; 1.358, 1.º; 1.364, 1.379, 2.º y 3.º, y 1.398, 2.º y 3.º,

(29) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 491.

y la especial del párrafo segundo del artículo 1.359, pero entiendo que éste puede en cierto modo explicarse como paliativo a la supresión de la accesión invertida, de arraigada tradición, en conexión con el acrecimiento desproporcionado de las plusvalías urbanas que el precepto conduce hacia la masa ganancial.

Ahora bien, es evidente, como ha demostrado palmariamente mi maestro LACRUZ, que el principio de cogestión no puede dar lugar en el artículo 1.403 a una posposición de los reembolsos y reintegros indiscriminadamente a la cola de los créditos que penden sobre la sociedad, por lo que entiendo con él que el régimen de prelación de créditos debe ser también aquí respetado. Pero si en el aspecto crediticio el artículo 1.403 del Código Civil deja mucho que desear, en el aspecto práctico de cómo y sobre qué deba cobrarse se ignora una nueva institución llamada a tener creo acusada importancia, cual es el derecho de atribución preferente.

Aunque estoy convencido de que el tratamiento legal de los reintegros y reembolsos se corresponde con el de «cobro de una deuda pecuniaria concreta» (30), me parece más adecuado, y sobre todo más justo, el tratamiento como un supuesto de enriquecimiento, pues, pese a la corrección introducida por la reforma frente a la inflación crónica que venimos padeciendo, ha de tenerse en cuenta que las desviaciones patrimoniales producidas sólo se corrigen por el principal actualizado, pero no así por las accesiones naturales y económicas que han dejado de producirse para la masa que se desprendió de un bien o de numerario, en favor de la otra que se ha visto acrecida. Tal vez esta opinión provenga más de mi personal admiración por POTHIER, que acuñó doctrinalmente esta importante figura precisamente como un supuesto de enriquecimiento (31), que del análisis de su alcance y consecuencias, si bien entiendo que nuestro sistema liquidatorio actual se resiente por la ausencia en él de una institución similar a la del *prélèvement* del Derecho francés, que hunde sus raíces en el tratamiento de los reembolsos como un caso de enriquecimiento y que sería poco adecuado para la satisfacción de un crédito de decidido carácter pecuniario.

Es por esto por lo que no llego a comprender ni a ver que haya «una evidente regla de equidad» para que el pago se haga en numerario, como señala el profesor DE LOS MOZOS (32). El pago en numerario me parece más bien una mera consecuencia legal de la configuración que hace el Código de los reintegros y reembolsos como una obligación pecuniaria y

(30) LACRUZ: *Elementos*. .. IV, pág. 360.

(31) POTHIER: *Traité de la communauté*, núms. 607 y 612.

(32) DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, pág. 494.

no por otras razones. Pues si bien para una comunidad con numerario suficiente y disponible no representa ningún problema, para aquellas en situación de falta de liquidez al tiempo de la disolución o en las deficitarias el pago en metálico «puede suponer la venta de bienes en condiciones inoportunas» (33), en tanto que «los pagos *in natura* permiten sobre todo al esposo supérstite —*prélever*— atribuirse en pago un bien que representa para él un interés particular» (34).

Desde luego, resulta evidente que la institución del *prélèvement*, pese a sus dificultades teóricas y algunas prácticas de las que se hace eco la doctrina francesa, es mucho más fácil de armonizar con la del derecho de atribución preferente que la del abono en dinero, salvo pacto en contrario de los cónyuges.

Por último, creo debo decir que la consideración del dinero físico como elemento de menor valor en la composición de un patrimonio es desde luego propia de las economías agrarias o de los medios profesionales liberales, y por ello tan arraigada en los textos legales y doctrinales de Derecho civil, pero me parece una visión muy limitada del problema y desde luego injustificada para las economías industriales y comerciales, en las que la falta de liquidez constituye la antesala del procedimiento concursal, por lo que para muchas, y desde luego en número creciente, comunidades posconyugales el abono de los reintegros y reembolsos puede suponer la descapitalización de empresas que figuren en su activo.

Si era dudoso que las deudas de la comunidad para con terceros tuvieran que liquidarse en sentido estricto, ya hemos apuntado que desde luego el sentido genérico en que debe tomarse el término *liquidación* a la disolución de la sociedad no ofrece, por el contrario, ninguna duda que los créditos de reembolsos y reintegros deben liquidarse y abonarse al tiempo de liquidación de la sociedad, porque la finalidad esencial de la operación, en todo el conjunto de sus fases, reside en establecer propiedades plenas sobre una serie de bienes sobre los que hasta el momento se tenía la cotitularidad específica de un régimen económico-matrimonial comunitario, y para ello es «pieza maestra» (35) la liquidación de reembolsos y reintegros, deudas o créditos de la comunidad inexigibles, ya que no iliquidables, hasta el momento de la liquidación de la comunidad ya extinguida. Lo que nos pone de manifiesto que, como fruto que son

(33) RAPPORT H. COLETTE —Diputado ponente de la Ley de 13 de julio de 1965—, *J. O. Deb. Ass. Nat.*, 26 junio 1965, pág. 2643.

(34) R. CONTIN: «Les réglemens en nature dans les partages matrimoniaux», en *RTDC*, 1977/3, pág. 442.

(35) A. COLOMER: voz «Communauté», en *Encyclopédie Dalloz de Droit Civil*, tomo II, núm. 1.684.

de una colaboración económica originada por la comunidad de vida propia de las relaciones conyugales plenas, en la que la relación acreedor-deudor no tiene por qué aparecer ni conocerse en su cuantía hasta el momento de su fijación en base de inventario —es más, muchas de ellas no aparecerán jamás por haber tenido una base puramente pecuniaria y haber desaparecido toda posibilidad de prueba—, su dimensión familiar se antepone, domina y condiciona su verdadero contenido crediticio, por lo que su naturaleza de obligaciones pecuniarias debe entenderse como inducida por la disciplina legal y no deducida de los actos jurídicos de los que trae su origen. A este respecto son verdaderamente ilustrativos los dos supuestos que se acogen en el artículo 1.398, 2.º, en el que se dice: «*El importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad. Igual regla se aplicará a los deterioros producidos en dichos bienes por uso en beneficio de la sociedad.*» Obsérvese que los términos «en interés» o «en beneficio» poco tienen que ver normalmente con el nacimiento de una deuda pecuniaria típica en la que los motivos, salvo su manifiesta ilicitud, son absolutamente irrelevantes; en sede de gananciales los motivos son trascendentes; así, lo perdido en el juego es privativo (1.372 CC); lo ganado, ganancial (1.351 CC), y no cabe liquidación para deducir de lo ganado lo perdido. Es por todo ello por lo que el carácter de obligaciones pecuniarias y el consiguiente pago en metálico debe entenderse con el alcance limitado de sistema ordinario y no necesario de la liquidación de indemnizaciones y reintegros prevista en el artículo 1.403 del Código Civil.

a') *Los límites formales del artículo 1.403 del Código Civil, cálculo y forma de pago de indemnizaciones y reintegros*

El aspecto formal del artículo 1.403 sitúa a las recompensas en posición claramente desfavorable respecto del conjunto pasivo, pues juegan en su contra los créditos de los terceros y la limitación objetiva de la responsabilidad patrimonial por este tipo de deudas del *hasta donde alcance el caudal inventariado*; la primera de las limitaciones sabemos que tan sólo hace referencia al modo ordinario de liquidación, pues en todo caso y como apuntara LACRUZ, en sede de liquidación de la herencia beneficiaria, «el heredero acreedor del causante puede hacerse pago de su crédito contra aquél y oponer ese pago a los acreedores que se presenten luego, precisamente porque no debe ser de peor condición que ellos. Ahora bien: esto sólo en tanto no conozca la insolvencia del caudal relicto, pues entonces su condición de administrador le obliga a pedir la declaración de concurso o quiebra, a fin de conservar la *par conditio*

creditorum» (36). *Mutatis mutandis* los acreedores terceros cobrarán de la masa en liquidación en tanto éste puede hacer frente a la suma de créditos externos y a los reembolsos; cuando resulte deficitaria, el cónyuge acreedor de reembolsos para cobrar con la prelación que corresponde a la naturaleza de su crédito debería provocar el correspondiente procedimiento concursal, con una diferencia adicional: en tanto los acreedores externos pueden perseguir, agotados los bienes que forman el activo de la sociedad, los del cónyuge en cuya cabeza nació el crédito, el acreedor de recompensas o sus herederos se ven limitados en su cobro a los propios límites de ese activo sin posibilidad alguna de traspasarlos.

La consideración de deuda pecuniaria que tienen las recompensas en nuestro ordenamiento no proviene, como hemos visto, tanto de la naturaleza de los actos y hechos jurídicos que dan lugar a su nacimiento, cuanto del sistema del cálculo de su montante, que establecen los artículos 1.397, 2.º y 3.º, y 1.398, 2.ª y 3.ª, y no porque su consistencia deba hacerse con referencia a dinero, que en el inventario no pasa de ser una mera unidad de medida del valor en que se estiman el activo y el pasivo, sino porque el inicio de su exigibilidad se hace bajo la *veste* de obligación pecuniaria, entiendo que a los solos efectos de facilitar su cálculo y de poder pagar *haciendo las compensaciones que correspondan cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad*.

Este sistema nuestro me parece, comparativamente con el francés o belga, injusto no sólo por el modelo a que responde, de cuya denuncia por la doctrina me hice eco más atrás, sino porque desconoce el principio del menor importe, fundamento histórico desde POTHIER del sistema de recompensas, conforme al cual y tomando la expresión literal de CORNU: «Si el provecho subsistente es inferior al gasto efectuado, la recompensa no debe empobrecer al deudor. Si el gasto efectuado es menor al provecho resultante, la recompensa no debe enriquecer al acreedor» (37). Entre nosotros, por el contrario, lo que cuenta es únicamente cuánto se aportó o cuánto se detrajo, lo que es tanto como desconocer el fundamento mismo de la comunidad de vida de la que quiere ser, históricamente hablando, reflejo cualquier régimen de comunidad, como tampoco importa quién haya gestionado y cómo la masa ganancial.

A igual criterio responde el mecanismo del pago solutorio frente a la institución del *prélèvement*. Creo al respecto que debe tenerse en cuenta que tal institución no puede valorarse, en puridad de criterio, como una posición privilegiada del cónyuge acreedor de recompensas, sino más bien como una prolongación en sede de liquidación del princi-

(36) LACRUZ: *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, pág. 396.

(37) CORNU: *Les régimes matrimoniaux*, pág. 542.

pio de subrogación real por empleo o reemplazo. La utilidad de esta última para conseguir el mantenimiento del equilibrio entre las masas no ha sido puesta en duda; es más, A. COLOMER, intentando, con anterioridad a la reforma del régimen económico matrimonial de 1965, poner coto a la erosión que supondría para los reembolsos la constante e incurable inflación, llegó a proponer la institucionalización del reemplazo obligatorio (38), cuyo parecido con el nuevo régimen del *prélèvement* es innegable. Si tenemos en cuenta que los patrimonios privativos de los cónyuges, anteriores o exteriores al consorcio, suelen estar frecuentemente constituidos —cuando existen— por bienes muebles o inmuebles y con menor frecuencia y normalmente con menor importancia en dinero, en tanto que la masa ganancial, cualesquiera que sean los bienes que la integran, suele construirse por la vía de la inversión de dinero metálico producido por cualquiera de las fuentes generatrices de la misma, llegaremos fácilmente a la conclusión de que la institución del *prélèvement* trae su fundamento de la misma idea que el empleo y el reemplazo, es decir, que es una forma de reconstrucción del patrimonio privativo del cónyuge acreedor en la misma línea y consistencia en que éste hubiera evolucionado de no mediar el consorcio y la *vis* atractiva de la masa ganancial por la vía de la presunción de ganancialidad de todo bien cuya privatividad originaria o derivativa no se pruebe.

Por el contrario, y en mi personal criterio, el pago solutorio en metálico en todo caso, salvo, claro está, el pacto en contrario de los copartícipes, no tiene más ventaja sobre el *prélèvement* o incluso otras formas de pago *in natura* que el de su facilidad técnico-jurídica cuando hay existencia de numerario en la masa objeto de liquidación. Mas esta ventaja comparativa no se da cuando existe un precepto que, como el artículo 1.471 del Código Civil francés, limita la libertad del ejercitante del *prélèvement*, oponiendo a la libertad de éste el derecho del otro a la atribución preferente y estableciendo una prelación objetiva de bienes sobre los que debe recaer, en defecto de pacto.

Estas limitaciones difícilmente podrían ser impuestas por un Tribunal español, a la vista de lo prevenido en el artículo 1.403, en relación con el 1.400, para el cónyuge no acreedor, de forma tal que se limitase el derecho de éste o de sus herederos a la puesta en venta de bienes gananciales de valor superior al crédito de recompensas del otro o de conjuntos de bienes atribuibles, como a la inversa ha impuesto la jurisprudencia francesa, en la que, como tiene declarado el Tribunal de Casación, «el *prélèvement* no puede ejercerse sobre parte de un bien indivi-

(38) A. COLOMER: *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux*, París, 1955.

sible, ni sobre un bien de valor superior al crédito de recompensas; en estos casos debe ordenarse la licitación» (39).

No comparto plenamente la tesis de mi maestro LACRUZ cuando al pago *in natura* opone: «Si se permitiera imputar lo debido en la cuota de gananciales de cada cónyuge, el que menos (o nada) debe al consorcio recibiría mayor cantidad de bienes distintos del dinero, y menor el esposo deudor, contra el principio de igualdad cualitativa en la participación del artículo 1.061» (40). Entiendo que la desigualdad puede más bien provenir del distinto tratamiento que tienen el ser deudor o acreedor de recompensas, pues el primero deberá, en todo caso, pagar en dinero, en tanto que el acreedor sólo cobra en dinero si lo hay en el consorcio. Pero aun así no veo la desigualdad respecto del artículo 1.061, pues el acreedor de reembolsos frente a la comunidad sólo lo es porque para el engrandecimiento de la masa ganancial o para atender las necesidades de la sociedad ha sacrificado voluntaria o necesariamente su patrimonio, privativo, y aquí sí que creo que debería regir un principio que dijese que «antes es reconstruir el equilibrio entre masas que partir», y esto por Derecho necesario.

Las dificultades que se generan en la liquidación de indemnizaciones y reintegros en los casos de falta de liquidez en el consorcio son patentes en los países que cuentan con la institución del *prélèvement*, pero mucho más complejas y difíciles de solución son en nuestro ordenamiento, en el que podemos decir existe un total y absoluto vacío en la regulación de la liquidación y abono de créditos de recompensas, pues la pauta legal del artículo 1.403 más entorpece que resuelve.

b') *Reintegros y reembolsos en la comunidad con falta de liquidez y la atribución preferente*

La interpretación más ortodoxa y generalizada acerca del pago de indemnizaciones y reintegros es aquella que impone el abono en metálico del saldo favorable al cónyuge o cónyuges operadas las respectivas compensaciones a que hubiere lugar, o en defecto de metálico en el consorcio, obtenerlo en la medida necesaria por la vía de poner en venta los bienes más fáciles de enajenar y con ello pagar, observando el régimen de prelación de créditos si ambos cónyuges resultan ser acreedores del consorcio. Es decir, en la interpretación del artículo 1.403, en relación con los supuestos del artículo 1.398, 2.º y 3.º, ambos del Código Civil, la generalidad de la doctrina española no admite el pago *in natura* con los gananciales que figuren en el activo, entendiendo al respecto que es pre-

(39) Código Civil: Sentencia 3 febrero 1969, D., 1969, 97.

(40) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 492.

cisa la realización de los mismos, salvo la existencia de pacto en contrario de todos y cada uno de los copartícipes, pues de acuerdo con lo previsto en los artículos 1.400 y 1.962, 2.º, del Código Civil, bastará con que uno de los partícipes pida la venta para que ésta deba efectuarse, es decir, el pago *in natura* requiere el acuerdo unánime en tal sentido.

La solución es, desde luego, la más conforme con la tradición del régimen español de gananciales y la que viene inspirada por el régimen de partición de la comunidad hereditaria, que se declara expresamente supletorio en el artículo 1.410 del Código Civil; pero es indudable que en la mayor parte de los casos de falta de liquidez en el consorcio se dañará irremisiblemente el derecho o facultad de atribución preferente de uno de los cónyuges, con independencia paradójicamente de que sea o no, a su vez, titular de crédito de recompensas.

La situación y los supuestos vienen con ello a ser prácticamente idénticos a los ya expresados para el problema del pago a los acreedores extraños a la comunidad, pero aquí se da la circunstancia que agrava la imprevisión normativa de que el cónyuge potencial atributario preferente puede muy bien ser él mismo acreedor por recompensas frente a la masa consorcial dividenda. Bien es verdad que podrá aducirse en defensa del sistema que nada le impide aducir en pie de igualdad con otros a la pública licitación o comprar directamente al precio que fijen los otros copartícipes, pero tampoco puede extrañar hoy a nadie que la condición de acreedor no vaya emparejada con una situación personal de carencia de numerario y aun de crédito para llegar a adquirir el bien atribuible por el procedimiento de compra.

De igual forma podría también aducirse que para que pueda llegar a serle atribuido el bien que pretende nada impide que el acreedor-atributario preferente renuncie a su crédito de recompensas, y con ello pasar directamente a la partición o cobrar sólo parcialmente hasta donde alcance el numerario consorcial, evitando el que fuere necesaria la realización de bienes atribuible. Sólo cabe objetar a tal proposición que si bien es evidente que la posición de acreedor es renunciable —salvo que con su renuncia dañe a sus propios y personales acreedores—, no lo es menos que esta posibilidad es radicalmente contraria al fundamento de equidad y de justicia del que se ha servido la doctrina francesa desde POTHIER hasta nuestros días (41) para institucionalizar los créditos por recompen-

(41) POTHIER, *op. y loc. cit.*; COLOMER, *op. y loc. cit.*; DENECKER: *La théorie générale des récompenses*, Lille, 1943; PÉDAMON: «Les récompenses», en *J. Cl. Civil*, 1965, 1468-1474; RÉQUIER: *Le domaine d'application de la théorie des récompenses*, París, 1976; SANJOT: «Le fondement des récompenses», en *RTDC*, 1970, 684-706, y en la generalidad de los tratados y manuales de Derecho civil y monografías sobre los regímenes conyugales.

sas y el *prélèvement*, pues si el crédito de recompensas, incluso cuando se configura como obligación pecuniaria, nace en función de desequilibrio entre masas y, en definitiva, de un enriquecimiento de una de ellas a costa de otra, sería incongruente, y en cuanto tal, absurdo jurídicamente, que hubiera que acudir a una vía de empobrecimiento sin causa e incluso podríamos decir que con causa injusta, basada en un claro abuso de derecho, para producir un efecto totalmente compatible con el cobro del crédito de recompensas cual es la atribución preferente.

La mencionada compatibilidad de derechos exigirá, en la mayor parte de los casos, que se posibilite el pago *in natura*, pero desde la óptica que ofrecen las normas a las que reiteradamente nos venimos refiriendo, y como me comentaba mi maestro LACRUZ, a quien sometí el problema: «el cónyuge acreedor de la sociedad no tiene derecho, al parecer, ni a que se le adjudiquen bienes del artículo 1.406, con preferencia, en pago de sus créditos; ni menos que se le adjudiquen por la valoración del inventario, si hay discrepancia; ni a que, por último, tales bienes se dejen aparte y sean otros los que se vendan para pagarle en dinero».

Aun con todo, creo que debe profundizarse más en el tema y preguntarse sobre la posibilidad de los pagos *in natura* de los créditos de recompensas en presencia del derecho de atribución preferente e incluso sobre la viabilidad de la aplicación analógica a este concreto supuesto del artículo 1.405 del Código Civil, pensado y redactado para otro claramente diferente, o sobre las posibilidades que ofrece el estudio del artículo 1.432 del Código Civil, del régimen de participación llevado a este diferente contexto.

c') *La posibilidad del pago in natura del crédito de recompensas en el Código Civil*

La institución misma del *prélèvement* en los regímenes matrimoniales legales de Francia y Bélgica ha favorecido decididamente la introducción, por las reformas de 1965 y 1976, respectivamente, del derecho de atribución preferente en la liquidación de tales regímenes matrimoniales. Para ello, en el supuesto de falta de numerario o de otros bienes muebles en la masa dividenda, previenen que si el acreedor de recompensas que ejerce el *prélèvement* no es el cónyuge titular del derecho de atribución preferente, en la elección del bien sobre el que se cobrará debe respetar el derecho del otro a la atribución (art. 1.471, 2.º del Código Civil francés, y art. 1.442, 2.º, del Código Civil belga). Correlativamente, si la posición acreedora recae sobre el mismo titular del derecho de atribución preferente, aunque nada expresamente imponen los textos legales de estos países, entiende la doctrina mejor fundada que el *prélèvement* debe ejer-

cerse, en primer lugar, sobre aquellos bienes de los que se tiene solicitada la atribución y no sobre otros, pues la desnivelación cualitativa que ambas instituciones suponen de ordinario no pueden ir en perjuicio del mantenimiento, en la medida de lo posible, de la mayor igualdad entre los lotes finales, entendiéndose que la actuación en otra forma puede incurrir en abuso de derecho.

La observación de la práctica particional llevada a cabo por los Notariados francés y belga ha llevado a la doctrina de ambos países a opinar que el pago de recompensas debe considerarse bien como «una operación con vocación particional» (42), bien como «un preliminar de la partición» (43) o, con mucha más propiedad, como «una operación inseparable de la atribución preferente» (44), pues es evidente que una y otra condicionan de tal manera la partición que técnicamente es preferible integrarlas. Como dirá CONTIN: «La vecindad técnica entre la partición y el pago de recompensas, concretándose el uno y el otro por la entrega de bienes *in natura*, su sede particional común, el hecho de que las mismas personas participan en ambas y desarrollan en el tiempo simultáneamente o incluso de manera concomitante, en verdad todo concurre a la aproximación de estas dos operaciones y al establecimiento entre ellas de relaciones estrechas, a su interpretación; hacia, como sucede en la práctica, su interpretación» (45). Todo ello sin llegar a la exageración que supone la afirmación del profesor de la Universidad de Lovaina, L. RAUGENT, para quien: «siguiendo el orden legal de materias, la liquidación de recompensas precede a la partición y debería, pues, estar situada entre las operaciones liquidatorias. No obstante, es preciso tener en cuenta el artículo 1.442, según el cual, el abono de recompensas no puede impedir el derecho de atribución preferente reconocido en los artículos 1.446 y 1.447. De manera que el orden de ejecución de las operaciones debe en realidad ser el siguiente: 1) atribución preferente; 2) abono de recompensas; 3) partición propiamente dicha. En la práctica, estas tres operaciones se encuentran confundidas en la partición» (46).

La experiencia franco-belga sirve aquí no sólo para relativizar la separación teórica de las distintas operaciones de liquidación-partición en presencia de las atribuciones preferentes, sino más prácticamente para poner de manifiesto, en primer lugar, que la existencia de barreras jurí-

(42) PATARIN MORIN: *La réforme des régimes matrimoniaux*, t. 1, núm. 317, París, 1966, pág. 265.

(43) RONAST: *Les partages de succession et de communauté*, pág. 129.

(44) R. SAVATIER: *La communauté conjugale nouvelle*, núm. 112, pág. 223.

(45) R. CONTIN, *op. cit.*, pág. 443.

(46) L. RAUGENT: *Droit patrimonial de la famille. Les régimes matrimoniaux (Loi du 14 juillet 1976) et formules d'application*, Bruselas, 1978, págs. 363 y 364.

dicas entre liquidación de recompensas y atribución preferente supondrá para un gran número de casos la imposibilidad del pleno ejercicio de estas últimas; en segundo lugar, que es necesario delimitar en la ley, pues ésta no es tarea apropiada para ser construida por la doctrina y la jurisprudencia, cuándo una atribución preferente es de derecho, y, por tanto, debe recibir una protección especial frente al ejercicio por los otros copartícipes de otros derechos que pueden llegar a imposibilitarlas, y cuándo meramente facultativa, y entonces debe encomendarse al Juez la delimitación de su extensión y la oportunidad de su ejercicio, valorando los intereses encontrados en juego y el de la familia, y, por último, en tercer lugar, que debe entenderse que la puesta en venta de un bien atribuible por diferencias en su valoración entre los coparticionarios constituye un auténtico abuso de derecho, cuyo remedio eficaz no es otro que el de introducir en nuestro ordenamiento una norma del mismo tenor que el artículo 1.442 del Código Civil belga, en el que se dispone: «El cónyuge a quien se le debe una recompensa puede, de acuerdo con su cónyuge, o en su defecto, con la autorización del Tribunal, predetraer en pago —*prélever*—, al tiempo de la partición, bienes comunes hasta la concurrencia de lo que se le debe y cuyo valor será, en caso de discrepancia, determinado por el Tribunal».

La atribución preferente, concebida como una operación particional aislada y separada por barreras jurídicas (proclives a ser utilizadas como armas en los casos de conflicto o incluso de meras discrepancias) de las operaciones liquidatorias, no puede llegar a cumplir los fines sociales que con ella ha pretendido alcanzar el legislador, introduciéndola precisamente en la sociedad de gananciales. Dadas las circunstancias, parece que en nuestro sistema la atribución preferente es una guinda que corona un pastel, y que sólo se puede alcanzar cuando hay suficiente tarta para repartir y no a cambio de uno de los trozos.

1. *La posibilidad derivada de la aplicación de la ratio del artículo 1.405 del Código Civil*

Una de las vías que se ofrecen para paliar este inquietante panorama y ampliar, dentro de un marco razonable, las posibilidades de ejercicio de la atribución preferente puede venir dada por la posibilidad de aplicación analógica del artículo 1.405 del Código Civil a los supuestos del artículo 1.403, cuando el consorcio carece de numerario, en lugar de acudir a las reglas del artículo 1.400 y del 1.062, 2.º, del Código Civil; pero para ello habrá que demostrar, tarea difícil, por cierto, que entre ambos preceptos se da una identidad de razón, conforme a la exigencia

del artículo 4, 1.º, del Código Civil. Para lo que es preciso analizar el contenido y la función del citado artículo 1.405.

En fase legislativa de redacción del documento previo de trabajo para la Comisión de Codificación, se propuso para este precepto la siguiente redacción: «Si uno de los cónyuges resultare en el momento de la liquidación acreedor personal del otro podrá exigir que se le satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes». A este texto, que pasó sin modificaciones, se le añadió por la citada Comisión: «salvo que el deudor pague voluntariamente», sin duda para poner de manifiesto el carácter ordinario del crédito, que su origen es ajeno a la gestión misma de la sociedad de gananciales y para resaltar que nos encontramos ante una relación crediticia entre las masas patrimoniales privativas. Es decir, se trata de que un cónyuge es acreedor del otro, pero que la génesis de la relación crediticia es extraña y ajena al régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales entre ellos vigente, bien porque el crédito es anterior al establecimiento del régimen, bien porque el desplazamiento patrimonial se ha producido de una masa privativa a otra también privativa. Si el deudor no satisface la deuda en dinero o en la especie pactada, frente a este impago el cónyuge acreedor o sus herederos pueden quedarse con bienes comunes a precio de justa regulación, evitando de este modo bien un proceso ejecutivo, bien uno declarativo, si el crédito no tenía aparejada ejecución. El artículo 1.405 del Código Civil puede así calificarse de una especie de privilegio irregular.

El precepto, independientemente de la utilidad que pueda llegar a tener en el futuro, es verdaderamente insólito. De una parte, no existe antecedente legislativo alguno para la solución acordada, pues en el régimen matrimonial legal francés, el artículo 1.479 dispone que «los créditos personales que los cónyuges puedan ejercitar el uno contra el otro no dan lugar a *prélèvement* —a pago en bienes comunes— y no producen interés sino desde el día de la disolución». En el régimen de comunidad legal italiano no se recoge el supuesto, en tanto que en el belga, el artículo 1.450 prevé exactamente todo lo contrario al texto español, al decir: «los créditos de los que uno de los esposos sea titular frente al otro no podrán ejecutarse, durante la vigencia del régimen legal, más que sobre los bienes privativos del deudor», y, consecuentemente, de este problema tras la disolución en fase de liquidación y partición del régimen, ya que el acreedor podrá hacer lo mismo sobre un patrimonio privativo ampliado, pues los bienes comunes que le correspondan al cónyuge deudor han dejado de ser comunes.

De otra parte, no puede resultar más paradójico que en el único

sistema económico-matrimonial europeo (47) de entre los de carácter comunitario que no acoge la posibilidad directa por norma de abono *in natura* sobre bienes comunes de los créditos de recompensas —institución del *prélèvement*—, sea, a su vez, el único que ofrece la posibilidad —en su primera redacción no como mera facultad, sino como verdadero derecho— de hacer efectivo el pago, por deudas personales entre cónyuges, *in natura* sobre bienes comunes.

La conjunción de los dos antecedentes contradictorios en una misma sección y el exceso de originalidad que aportan al régimen resulta singularmente sospechosa. El aludido cobro *in natura* sobre bienes comunes de los créditos personales se sitúa en sede de partición en medio de un vacío de regulación propiamente dicha, pues no sólo no se nos dice cómo deba llevarse a la práctica, sino que además, al no existir entre nosotros la institución del *prélèvement* y adicionalmente reconocerse el derecho de uno de los copartícipes a promover la venta de un bien ganancial para con su producto pagar en dinero (arts. 1.400 y 1.062, 2.º, del Código Civil), no resulta fácil aducir razones para impedir que el cónyuge deudor personal del otro no pueda pedir exactamente lo mismo que se predica para el pago de terceros acreedores o para el abono de recompensas: forzar la licitación de los bienes comunes necesarios para satisfacer el crédito del otro, y entonces no puede negarse a tal venta el carácter de pago voluntario, a que hace referencia el inciso último del artículo 1.405 del Código Civil.

Creo que, desde el punto de vista puramente especulativo, puede tener algún interés el plantearse diferentes hipótesis de trabajo a partir de la primitiva redacción proyectada para el artículo 1.405, sin perder de vista que desde los primeros trabajos de la Comisión de Codificación, el precepto a que nos venimos refiriendo se encuentra situado entre el que fija, o mejor, reitera, el principio general de que el remanente neto ganancial de la comunidad, la verdadera ganancia, debe partirse por mitad (artículo 1.404), y los artículos que introducen en el régimen el derecho de atribución preferente y no al final de la sección, como ocurre en Francia y Bélgica. Estas hipótesis podrían ser las siguientes:

Primera.—El redactor incurrió en error material y pretendió reafirmar el principio del sistema de que el pago debe ser en dinero o en la especie debida impidiendo la entrada en el régimen de un complejo sistema de dación en pago, es decir, quiso decir: «no podrá exigir que se le satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes». Parece de todo punto inverosímil que esto haya podido suceder, pues bastaba para ello

(47) En ninguno de los sistemas comunitarios españoles.

con mantener el silencio en esta materia, tal y como acontecía en el régimen anterior de gananciales, y dejar operar los propios fundamentos de un régimen que no acoge el sistema del *prélèvement*.

Segunda.—El redactor pretendió introducir en nuestro sistema de liquidación el pago *in natura* como posibilidad generada por el propio régimen y no como forma derogatoria, siempre dependiente de la existencia de acuerdo o no de los copartícipes en tal sentido. Esta hipótesis puede construirse a partir de la fuerza intrínseca que hay que reconocer a la expresión verbal utilizada: «podrá exigir»; igualmente, sacando las debidas consecuencias que brinda la situación del precepto dentro de la ordenación sistemática seguida, que viene a subrayar que en el nuevo régimen de la sociedad de gananciales, la igualdad cualitativa es tan sólo un *desideratum*, pues en tanto se mantenga la igualdad cuantitativa de los lotes en la partición interesa al ordenamiento el mantenimiento del *statu quo* de los cónyuges, cualquiera que fuere la causa desencadenante de la disolución del consorcio; y, por último, es patente la intención de que la partición deba ser aprovechada para poner fin a todas y cada una de las relaciones de crédito-deuda nacidas durante o con ocasión del consorcio entre los cónyuges, tengan que ver o no directamente con la existencia entre ellos de un régimen de gananciales.

Esta hipótesis me parece claramente presente en la posición doctrinal de Díez-PICAZO, cuando después de afirmar que el artículo 1.405 del Código Civil contiene una clara norma particional, llega a afirmar que: «El cónyuge acreedor puede exigir que su crédito se le satisfaga en bienes comunes en el momento de procederse a la división de éstos. Para que el crédito se satisfaga en bienes comunes es menester que él tome de los bienes comunes el equivalente de su crédito, que formará un *plus* en su lote, y que el cónyuge deudor tome de menos. La única manera de evitar el derecho de satisfacción mediante la adjudicación de bienes comunes es el pago voluntario en dinero cuando la deuda sea pecuniaria, o en la especie pactada cuando sea de otro tipo» (48).

Esta sería, a mi modo de ver, la interpretación correcta de la primera versión del artículo 1.405; la adición del «salvo que el deudor pague voluntariamente» entiendo desvirtúa radicalmente tal hipótesis, y el raciocinio que de ella se deduce orienta la interpretación del texto resultante hacia los derroteros marcados por la tradición hispánica en la materia, presentes hoy, creo que desafortunadamente, en el nuevo régimen en los artículos 1.400 y 1.403, y en la remisión global del 1.410 del Código Civil, «a lo establecido para la partición y división de la herencia».

(48) Díez-PICAZO, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, artículo 1.405, vol. II, pág. 1800.

El «podrá exigir», que se mantuvo en la redacción definitiva del inciso primero del artículo 1.405, queda condicionado a que la deuda sea líquida, vencida y exigible y a que se dé una clara negativa del deudor a cumplir lo que le incumbe, y aun así pueden plantearse problemas nada desdeñables en torno a la valoración de los bienes adjudicados si los copartícipes no están concordes con los valores fijados en el inventario para los bienes con cuya dación en pago se pretenda saldar el crédito pendiente.

Tercera.—El redactor no quiso referirse a las relaciones de crédito generadas entre las masas privativas de cada uno de los cónyuges entre sí sin conexión con la ganancial, como lo hacen el artículo 1.479 del Código Civil francés y el artículo 1.450 del Código Civil belga, sino a las resultantes de las propias operaciones liquidatorias, bien sean generadas por el pago a terceros acreedores de la comunidad y de uno de los cónyuges privativamente, bien por el abono de indemnizaciones y reintegros efectuado *in natura*, por acuerdo entre los copartícipes con un bien que excedía del montante de la deuda. A ello parece referirse el texto objeto de examen al emplear la fórmula verbal en futuro de subjuntivo: «resultare», en vez de una forma explícita y directa, como «es», o menos directa, pero no menos explícita: «resulta ser».

Con ello entiendo debería interpretarse que, siempre en función de la ordenación sistemática del texto y tomando como objeto de análisis la redacción originaria proyectada del precepto, los desplazamientos patrimoniales en más a que dé lugar cualquier operación puramente liquidatoria, deberán ser corregidos en la propia partición sin dar lugar a regulaciones posteriores a ésta, y en este caso concreto, la relación de crédito se antepondría a la atribución preferente, que se regula en los artículos siguientes.

Esta hipótesis, de carácter mucho más limitado que las anteriormente expuestas, me parece, pese a tener un sentido eminentemente práctico, no estuvo en la mente del proponente del texto y, en todo caso, no hubiera requerido la adición del «salvo que el deudor pague voluntariamente», pues aquí el pago por el saldo de diferencia o por el pago hecho a un tercero, si bien compensable, tendría la desventaja de operar un desequilibrio cualitativo de signo contrario, pues reforzaría la percepción de bienes *in natura*, recibiendo, en cambio, numerario, aspecto éste que el sistema en su conjunto, probablemente por inercia, trata de evitar.

De todas formas, la adición efectuada en fase de Comisión en el *iter* legislativo de la reforma viene a restablecer el sistema en toda su integridad, y desde el punto de vista del deudor, renacen en la satisfacción de las deudas personales para con el otro cónyuge, todos y cada uno de

los problemas que para la atribución preferente se presentaban en el abono de reintegros y reembolsos y en la satisfacción de créditos para con terceros a la sociedad.

La utilidad práctica directa del precepto será, en todo caso, muy limitada, pues, como advierte Díez-PICAZO, «la hipótesis normal de aplicación del artículo 1.405 es que el crédito que se trate de satisfacer por adjudicación o por pago esté ya vencido» (49), lo que supone que el artículo no contiene una norma puramente particional, como afirman el propio Díez-PICAZO y DE LOS MOZOS (50), sino que más bien tiene un carácter mixto, en la que el aspecto particional es tan sólo residual, si el deudor se negare a pagar, o incluso mejor, desatendiere el requerimiento de pago, pues para impedir la predetracción le basta con pedir, por su parte, la venta de bienes comunes con este fin, que, como sabemos, equivale al pago voluntario.

En la actual configuración, la norma contenida en el artículo 1.405, de singular parecido en cuanto a su construcción gramatical al artículo 1.470, 2.º, del Código Civil francés, consagrador del pago *in natura* en la liquidación de recompensas, si bien, en nuestro caso, la elección de la modalidad de satisfacción queda en manos del deudor, y en el caso francés, en las del acreedor, el precepto sirve para poner de manifiesto que, en todo caso, la satisfacción de los créditos conyugales, cualquiera que sea su naturaleza y origen, tiene preferencia sobre las atribuciones preferentes, y que en las comunidades deficitarias o en las que se liquidan con defecto de liquidez, estas atribuciones dependen en gran medida de la colaboración de los copartícipes en la liquidación de la misma. Es decir, a pesar del énfasis que ponen los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil en presentar la atribución preferente como un derecho presente en el conjunto de todas las operaciones liquidatorio-particionales, éste sólo tiene eficacia en esta última fase; su relevancia en las otras fases queda relegada a un mero no entorpecer o imposibilitar voluntariamente, que daría lugar a la intervención judicial por mala fe o abuso de derecho, según los casos.

Creo que puede decirse con propiedad que la posición de los partícipes no atributarios respecto del derecho de atribución es, para el ámbito del Código Civil, igual a la prevista en la Compilación aragonesa para las ventajas y las atribuciones preferentes, que en el inciso final del apartado 3.º de su artículo 56 previene: «Si para esta operación o las precedentes —recompensas, deudas de la comunidad y pago de la dote— fuera necesario vender o dar en pago bienes consorciales, se respetarán,

(49) Díez-PICAZO, *op. y loc. cit.*

(50) DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, págs. 494, 495 y 503.

en tanto sea posible, los mencionados en los artículos siguientes»; se está, evidentemente, a una gran distancia formal y material del artículo 1.471, inciso último, del Código Civil francés, y 1.442, 2.º, del Código Civil belga, en los que se obliga al predetrayente a respetar las atribuciones reclamadas por el otro cónyuge cuando la atribución sea de derecho, y aun en las concebidas como meramente facultativas puede darse la intervención judicial para resolver conforme a los intereses de la familia.

2. *La posibilidad derivada de la aplicación de la ratio del artículo 1.432 del Código Civil*

La reforma del Derecho de familia de 1981 ha introducido en el elenco de regímenes económico-matrimoniales capitulares el régimen de participación, en el que, como sabemos, a la disolución del mismo, uno de los cónyuges o sus herederos resulta acreedor del otro por la mitad de la diferencia de ganancia experimentada entre el patrimonio del cónyuge que ha ganado menos y el que ha ganado más, siendo el primero, en su consecuencia, acreedor del segundo y ser esta deuda, por razón del sistema, pecuniaria.

Pues bien, en este sistema, en el que el crédito final resultante de las operaciones liquidatorias debe entenderse: vencido, líquido e inmediatamente exigible, el legislador admite no sólo la posibilidad de que el deudor pueda beneficiarse de una moratoria que no exceda de tres años cuando el Juez aprecie dificultades graves para el pago inmediato en el patrimonio del deudor (art. 1.431), sino también, como reza el artículo 1.432, que «el crédito de participación podrá pagarse mediante la adjudicación de bienes concretos, por acuerdo de los interesados, o si lo concediese el Juez, a petición fundada del deudor», aspectos éstos que no se han tenido en cuenta en absoluto en la liquidación y partición de la sociedad de gananciales, y menos aún en la regulación de las atribuciones preferentes. Ahora bien, y aun teniendo muy presentes las radicales diferencias que separan a la nueva regulación de la sociedad de gananciales del novísimo régimen de participación en las ganancias, creo que cabe preguntarse si el contenido del artículo 1.432 del Código Civil puede aplicarse o, al menos, alegarse para forzar la admisión del pago *in natura* de los créditos por recompensas en presencia del derecho de atribución preferente cuando el titular de ambos es el mismo cónyuge y la disociación de ambos derechos imposibilite el ejercicio de la atribución. Como puede apreciarse, no intento tan siquiera plantear la aplicación analógica del precepto, sino que creo que aquí interesa más la ejemplificación normativa como argumento analógico, a través del cual pueda integrarse, ante el silencio de la norma, la verdadera posición jurídica del cónyuge.

a un tiempo acreedor por recompensas y tributario preferente frente al otro cónyuge o sus herederos.

Podrá aducirse en contra de tal planteamiento teórico que lo que se protege en los artículos 1.431 y 1.432 del Código Civil es precisamente la posición deudora, en tanto que con la traslación argumental lo que se pretende es precisamente lo contrario: posibilitar a un acreedor para que acumule el ejercicio de otro derecho del que es también titular. Esta argumentación contraria entiendo carece de verdadero fundamento, en primer lugar, y como ha puesto de manifiesto CONTIN, los créditos entre esposos nacidos como consecuencia del funcionamiento de su régimen matrimonial no pueden ser tratados como si de créditos entre extraños se tratase: en la liquidación de un régimen matrimonial, el rigor debe ceder ante las «consideraciones de buen sentido y oportunidad» (51); es más, añadido por mi parte, deben ceder primordialmente ante los intereses de la familia, entre los que se encuentra la estabilidad patrimonial de cada uno de los cónyuges, con independencia de que en la liquidación del régimen de que se trate devenga acreedor o deudor; en segundo lugar, porque no se trata de una norma inspirada en el principio obligacional clásico del *favor debitoris*, estamos en presencia de una norma moderadora de otra de carácter particional y no satisfactoria de una pura deuda pecuniaria generada por relaciones de tráfico; por ello, las condiciones que se requieren para obtener el aplazamiento o el pago *in natura* forzado por decisión judicial son o deben ser muy liberales, pues, como ha puesto de manifiesto CORNU: «Si, por hipótesis, el esposo deudor ha obtenido más beneficios que su cónyuge, puede ser puesto en dificultades sumamente graves, aun siendo solvente, desventajosas por carecer de liquidez, si se ve forzado a realizar ciertos elementos de su patrimonio en condiciones desventajosas o a deshacerse de un bien necesario para el ejercicio de su profesión o para su alojamiento» (52).

Como vemos, la orientación de la doctrina francesa gira en torno a las mismas motivaciones que dan lugar a la introducción del derecho de atribución preferente en el sistema de comunidad legal.

El pago *in natura* acordado por el Juez en el supuesto de nuestro artículo 1.432 del Código Civil, y aunque el texto legal no sea parco, sino más bien mudo, a la hora de orientar la decisión judicial, no puede responder a un puro arbitrio y habrá que tener presente, como advierte A. MORALES (53), que en los casos de conflicto, el otro cónyuge habrá rechazado los que le hayan sido ofrecidos, por lo que en su determinación

(51) R. CONTIN, op. cit., en *RTOC*, 1977/3, pág. 446.

(52) CORNU, op. cit., págs. 778 y 779.

(53) A. MORALES: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, artículo 1.432, vol. II, pág. 1905.

deberá tomar en consideración tanto los intereses del deudor solicitante del pago *in natura*, cuanto los del acreedor que esperaba la percepción de un numerario que ahora se toma contra su voluntad en bienes, y con bienes de difícil realización o que con ella desmerecen, para lo que habrá de guiarse por las consideraciones que han dado lugar a la introducción de las atribuciones preferentes en los nuevos sistemas matrimoniales. El recurso extraordinario a la *dación en pago*, como forma admisible y legal de liquidación del crédito de participación, no acerca precisamente estos extremos al régimen de las relaciones crediticias ordinarias, sino que acrecienta la dimensión del Derecho de familia del régimen, puesto que en una situación de solvencia del deudor se contrarían las expectativas del acreedor nacidas de la propia norma por dificultades graves, pero no de puro orden económico, pues recordemos que no es solvente, sino de carácter personal. La intervención judicial, que cambia el objeto debido y lo designa contra la voluntad del acreedor, se funda en el interés protegido por la norma de garantizar la continuidad y la estabilidad de la profesión, modo de vida e incluso nivel económico del cónyuge que en el momento de la liquidación resulte deudor del otro o de los herederos de éste. Por ello se puede afirmar que no nos encontramos, en puros términos jurídicos, ante una verdadera dación en pago, sino ante una adjudicación de bienes producto de una partición judicial de un régimen económico-matrimonial que es de esencia comunitario a la disolución del mismo, y por ello el Código Civil francés puede disponer con entero acierto en su artículo 1.576, 3.º, que «la liquidación *in natura*... se considera una operación de partición cuando los bienes atribuidos no formaban parte del patrimonio originario (privativo en términos del régimen de gananciales) o cuando el cónyuge atributivo es llamado a la sucesión del otro».

Los términos «crédito de participación» o «dación en pago», sustitutiva del pago en metálico en este régimen matrimonial, no son enteramente equivalentes con el significado de estas voces en el Derecho de obligaciones, pues el primero es más bien la medida en términos monetarios del haber del cónyuge que ha obtenido menos ganancias en la comunidad que genera el régimen, y el segundo, una de las formas, la extraordinaria, de partición de dicha comunidad generada. El cónyuge que ha ganado más es mucho más el cónyuge que tiene bajo su posesión la masa ganancial que debe ser liquidada, que un puro deudor pecuniario.

Este pago *in natura*, en función de su íntima naturaleza participacional, no puede calificarse de privilegio del deudor de la participación, es más bien una forma excepcional de liquidación de la ganancia obtenida bajo la vigencia del régimen, de la misma manera que las atribuciones prefe-

rentes son una modalidad de partición de la masa ganancial, no un privilegio de uno de los cónyuges coparticionarios. Bajo esta perspectiva entiendo que el artículo 1.432 del Código Civil puede servir de pauta para la solución de los dos problemas más graves con que se encuentra el atributario preferente, que puede ver frustrada su expectativa de atribución cuando es acreedor, a su vez, de recompensas y el cobro en metálico de éstas impide la atribución, o cuando la discrepancia en la valoración fuerza la licitación del bien atribuible. Entiendo que el contenido de este precepto puede ser aplicado, con mucha más razón que en su propia sede, en el régimen de gananciales, en favor del acreedor de recompensas titular del derecho de atribución preferente, de la misma manera que acontece en el parágrafo 1.383 del BGB, en el que se reconoce un derecho de predetracción al titular del crédito de participación en idénticas circunstancias objetivas a las contempladas en los artículos 1.431 y 1.432 del Código Civil, pudiendo así el acreedor percibir su crédito *in natura* sobre bienes gananciales de los que tiene solicitada la atribución, así como que puede judicialmente fijarse el justo precio de los bienes atribuibles, sin que la remisión global a las reglas de la partición hereditaria puedan servir para frustrar derechos que se reconocen en el régimen económico-matrimonial que se regula.

Parece así que en presencia del derecho de atribución preferente no debe poderse alegar como norma supletoria el artículo 1.062, 2.º, y sí precisamente el 1.062, 1.º, cuando el exceso de adjudicación se cubra con el crédito de recompensas que se ostenta frente al consorcio dividendo.

Las sustanciales diferencias que separan al régimen de participación del de gananciales no son de tal envergadura que priven de sentido la traslación de la *ratio* del artículo 1.342 del Código Civil a la conjunción del artículo 1.403 con los supuestos de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil; es más, la ausencia de las atribuciones preferentes en nuestro Derecho sucesorio entiendo obliga a mirar con cautela la remisión global que se contiene en el artículo 1.410, pues es evidente que existe una mayor identidad de razón entre ambos regímenes matrimoniales que entre la partición de la masa ganancial neta y la hereditaria. Por ello entiendo que el artículo 1.432 del Código Civil puede aplicarse al supuesto problemático que nos ocupa y admitir el pago *in natura* de recompensas cuando con él se posibilita el ejercicio del derecho de atribución preferente.

g) A MODO DE CONCLUSIÓN

En el régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales surgido de la reforma de 1981 se ha mantenido la línea tradicional de liqui-

dación del consorcio, lo que, a mi personal juicio, hace incoherentes las operaciones liquidatorio-particionales respecto del resto del sistema, desgajándolas del contexto social para el que se diseña el conjunto del régimen. Y, en concreto, por lo que hace referencia a las atribuciones preferentes, tiende a convertirlas en una mera operación o modalidad particional del remanente neto surgido precisamente de unas operaciones de inventario, avalúo y liquidación que han sido estatuidas ignorando esta posibilidad, por lo que con el esquema de los artículos 1.396 y siguientes, la atribución preferente quedaría reservada para los patrimonios familiares singularmente saneados.

Como hemos podido-observar a lo largo de esta exposición, es patente el estrecho parentesco que debe ligar la atribución preferente con la posibilidad incontestable de los acreedores de reintegros y reembolsos de hacer efectivos estos créditos *in natura*. Sin esta posibilidad de regulación entendida como derecho, las atribuciones preferentes quedarán, por lo general y en el mejor de los casos, como un respeto en cuanto sea posible a una mera expectativa del tributario (54), sujetas a todos los avatares, problemas y miserias familiares que se suscitan en un sistema matrimonial que no termina únicamente por la muerte de uno de los cónyuges y tan sólo excepcionalmente por otras causas, en el que la natural divergencia de intereses puede fácilmente degenerar en conflicto generalizado y en el que el aspecto patrimonial es un arma más con la que dirimir la desavenencia. Si tenemos en cuenta, al respecto, que la separación y el divorcio sin pronunciamiento de culpabilidad para uno de los cónyuges, ya no pueden reputarse como causas excepcionales de disolución del consorcio, nos encontramos con que ese ideal de «respeto en cuanto sea posible» es totalmente inadecuado por lo utópico para una correcta y aséptica regulación de las atribuciones preferentes, e incluso, me atrevo a decir, para el sistema de liquidación en su conjunto, tal y como éste se prevé en el Código.

De igual o similar forma, me parece que para que las atribuciones puedan llevarse ordenadamente a la práctica resultaría conveniente, tal vez necesario, que los bienes inventariados se valoren conforme a estimaciones lo más cercanas posibles a los precios corrientes de mercado, de forma que el activo responda a los mismos criterios de medida que la requerida para las recompensas y las deudas respecto de terceros ajenos al consorcio, y que se formalicen con el concurso de todos los coparticionarios, y, lo que es más importante y decisivo, que las discrepancias sobre el valor del bien o del conjunto de bienes no queden some-

(54) Este es el alcance y el sentido del artículo 56, 3.º, inciso último, de la Compilación aragonesa.

tidas a la disciplina de los artículos 1.400 y 1.062, 2.º, del Código Civil, que, como hemos visto, obedecen precisamente a una idea particional que niega la posibilidad de existencia de las atribuciones preferentes. Es decir, el recurso de acudir a la licitación para fijar el verdadero precio de un bien atribuible solicitado por un cónyuge con tal derecho, debe entenderse como verdadero supuesto de abuso de derecho, para lo que debe abrirse y potenciarse la vía para que se ordene judicialmente la oportuna valoración, como se dispone en el artículo 1.442 del Código Civil belga, y para lo que entiendo puede apoyarse tal orientación en las previsiones y circunstancias que rodean a nuestros artículos 1.431 y 1.432, aunque sean propios del régimen de participación; pues por la vía de la venta será muy difícil llegar a probar que el desacuerdo es más bien producto de la mala fe de uno de los coparticionarios, supuesto nada excepcional en estas forzadas licitaciones. Es por ello por lo que en Francia y Bélgica, países de clara tradición divorcista, en las disoluciones de la comunidad por causa de separación judicial o el divorcio, las atribuciones preferentes jamás son de derecho, y su ejercicio y la valoración de los bienes quedan, desde su solicitud, en manos de los poderes soberanos del Juez, que deberá guiarse primordialmente por los intereses de la familia, que deben quedar lo más salvaguardados posible.

La ausencia formal de estos requisitos en nuestro régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales determina que las atribuciones preferentes pueden ser consideradas en plenitud como posibilidad que se ofrece al atributario de preordenar la partición propiamente dicha, y en forma mucho más matizada, como contenido de un derecho subjetivo más amplio condicionante de la forma de liquidación y de partición del consorcio diviendo.

VI. EJERCICIO Y EFECTOS DE LA ATRIBUCION PREFERENTE

A. Aspectos generales

Si la proximidad material y temporal de las operaciones liquidatorio-particionales del consorcio permitían, como hemos visto, que la mera presencia de un derecho de atribución preferente condicionase la actuación de los coparticionarios en las operaciones liquidatorias, en el momento de la partición propiamente dicha la atribución preferente es la que impone su ley, pasando de esa posición de obtener un simple respeto a tal expectativa en tanto sea posible, a la actuación propia de un

verdadero derecho subjetivo, por el que el beneficiario del mismo puede incluir en su lote los bienes atribuibles a los que se extienda su derecho por su verdadero valor, dando paso a las compensaciones a que haya lugar y condicionando con ello la composición del otro u otros lotes. Es decir, en la fase de partición, la atribución preferente despliega toda su eficacia determinativa influyendo directamente en la atribución de titularidades plenas o creando derechos reales limitados concretos sobre bienes en los que sólo existía una titularidad abstracta propia del derecho por cuota.

Esto, que es así en todos los ordenamientos que admiten tal institución, es más evidente en el ordenamiento español, en el que la atribución sólo despliega su eficacia atributiva en la partición propiamente dicha, si bien, aun en esta fase, se encuentra, en los supuestos previstos en los apartados 1.º y 2.º del artículo 1.406 del Código Civil, condicionado también a que el valor del bien atribuible sea igual o menor al haber reconocido en favor del atributario, dado que el abono del saldo de diferencia en metálico queda restringido, por el artículo 1.407 del Código Civil, a los supuestos 3.º y 4.º del artículo 1.406. Lo que aporta dificultades de aplicación también en la fase de partición propiamente dicha, que deben ser tomadas en consideración y analizadas en este epígrafe.

La configuración de las diferentes posibilidades de atribución, que se regulan en los repetidamente citados artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil, permite hablar de diversas *modalidades de atribución*, como recogen las doctrinas francesa y belga, pero, como ya sabemos, con un sentido radicalmente distinto, pues en tanto allí la diferenciación proviene del reconocimiento de la atribución, unas veces, las menos, como verdadero derecho subjetivo, y otras, las más, como mera facultad, que el Juez de instancia acordará o negará soberanamente, aquí la distinción debe girar en torno al saldo de diferencia. Así podemos hablar de la modalidad de atribución con abono de saldo real limitado de uso o habitación, lo que ofrece una perspectiva muy diferente a nuestro sistema de atribución, en la que es prácticamente imposible verter la experiencia adquirida por estos países de nuestro entorno y en la que las dificultades de orden teórico y práctico se multiplican en caso de simple desacuerdo entre las partes, para llegar a la casi imposibilidad en los frecuentes casos de disolución conflictiva del consorcio.

Una y otra vez venimos insistiendo que la originalidad de nuestro ordenamiento no está justificada, ni ha sido prudente ni probablemente se deba al resultado de una profunda reflexión sobre el tema en la Comisión de Codificación. Buena prueba de ello es el laconismo con que

se acoge tal innovación en la Exposición de Motivos que encabezaba el Proyecto de Ley de Reforma (55), en la que se describen simplemente sus efectos diciendo: «... el derecho de aquél a que se incluyan en su lote la empresa que ha llevado con su trabajo, el local donde ejerce su profesión o la vivienda habitual». Más revelador, si se quiere, es que en este párrafo transcrito de la Exposición de Motivos, la referencia como «derecho de aquél» no se hace a cualquier cónyuge, sino tan sólo al supérstite, aun cuando en el texto articulado que se presentaba al Congreso de los Diputados, la posición especial del cónyuge supérstite sólo se reconocía para la vivienda habitual, y no para las restantes atribuciones contempladas, que podían ejercerse por cualquier cónyuge, y sin distinción de la causa que provocaba la disolución de la sociedad de gananciales. Creo que no nos encontramos ante un anecdótico caso de *lapsus calami* en el que han incurrido los redactores de la referida Exposición de Motivos, sino más bien ante una, desde luego involuntaria, explicitación del verdadero contenido que para ellos debiera tener la atribución preferente, como institución reservada para el caso de disolución del consorcio precisamente por muerte de uno de los cónyuges. Lo que, lejos de ser una incongruencia, era el tratamiento que cuadraba y concordaba con la regulación que ofrecen los artículos 1.406 y 1.407, con lo que se hubiera acercado nuestro sistema de atribuciones preferentes al estatuido en el Código Civil belga tras su reforma de 1976, tal vez, y desde luego en mi personal juicio, el mejor de los sistemas de cuantos ofrece el Derecho comparado.

B. La atribución preferente como operación particional

Para nuestro recortado sistema de atribuciones preferentes resultaría impropio, por lo exagerado, como puede deducirse de las páginas que anteceden, hablar de las distintas *formas de partición*, para asignar una de éstas a la que viene configurada por la presencia de la atribución preferente, como vienen haciendo con propiedad los tratadistas franceses y belgas. Parece evidente que para alcanzar tal sustantividad este derecho debería proyectar su fuerza vinculante y condicionar todas y cada una de las operaciones que se siguen a la conclusión de la sociedad conyugal, como finalidad específica de la ley (56), y esto no es así en el contexto en que se sitúan las atribuciones preferentes en nuestro ordenamiento. Nosotros, como mucho y de forma más pedagógica que analítica,

(55) *Boletín Oficial de las Cortes Generales* —Congreso de los Diputados—, serie A, 14 septiembre 1979, pág. 316.

(56) L. RAUCENT: *Les régimes matrimoniaux*, pág. 364.

podríamos llegar a exponer diferentes *modalidades* que puede adoptar la partición, pues la presencia del derecho de atribución preferente no interfiere prácticamente en el curso de las operaciones liquidatorias de las deudas del consorcio para con terceros ajenos al mismo; no se prevé en la norma la mínima imbricación exigible entre liquidación de reintegros y reembolsos y la atribución preferente, que, en todo caso, puede llegar a ser deducida del conjunto sistemático de la reforma de 1981: ni puede decirse que la atribución preferente debe anteceder al pago de deudas estrictamente personales entre los cónyuges, dada la posición sistemática del artículo 1.405. Todo ello inclina a que la atribución preferente antes de abrirse el procedimiento de partición propiamente dicho, sea tratada como una mera expectativa de derecho y sea sólo protegida por el ordenamiento en cuanto tal; su consideración como propio y verdadero derecho subjetivo no le alcanza sino desde el momento de proceder a la confección de los distintos lotes particionales, por lo que puede decirse que su naturaleza es estrictamente particional.

Su esencial caracterización como derecho subjetivo reside en que, llegado el momento oportuno de su ejercicio, permite al atributario «conseguir por su voluntad que determinados objetos se incluyan en la partición en su hijuela o parte» (57), pero ello en forma potencialmente distinta según se trate de un tipo u otro de bienes atribuibles de los contemplados en el elenco del artículo 1.406 del Código Civil, pues en tanto que para unos la atribución no puede sobrepasar en valor el haber en que se materializa la cuota del atributario en el consorcio, en otros puede llegar a dar lugar a un saldo en contra del atributario, que debe ser abonado por el mismo en metálico.

El ejercicio del derecho de atribución preferente no requiere, para condicionar el contenido material de su lote, de la colaboración del titular o titulares de la otra mitad de la masa dividenda, pues la atribución no tiene carácter negocial. El atributario puede imponer la inclusión del bien atribuible de que se trate en su lote, y para ello puede pedir, ante la obstrucción de la otra parte, la intervención judicial. Intervención no exenta de problemas, pues los juicios divisorios de abintestato o testamentaria, a los que hay que acudir a falta de normas procesales específicas en la materia, no están concebidos para esta nueva modalidad de partición; más bien su orientación es la contraria, y debe tenerse en cuenta que en el artículo 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se prevé que ante la falta de conformidad de las partes respecto de la división prevista procederá el juicio que por la cuantía corresponda; lo que resulta claramente desproporcionado y poco coherente con la finali-

(57) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 493.

dad social que se predica respecto del fundamento de las atribuciones preferentes, para las que los ordenamientos francés y belga han acomodado los procedimientos judiciales de partición respectivos.

La atribución preferente, configurada en este momento como derecho a que se incluya un bien en el lote correspondiente al atributario a su petición, se corresponde con un dejar hacer del otro cónyuge o de sus herederos que presupone que no pueden hacer valer, ante la disparidad de criterio o abierta divergencia sobre el valor de los bienes adjudicados, el derecho que parecé reconocerles el artículo 1.062, 2.º, del Código Civil, es decir, la facultad de pedir la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños. Este comportamiento del coparticionario, que entiendo puede aceptarse, aunque en mi personal criterio entienda es contrario a la esencia misma de la institución, dada la estructura legal de la liquidación del consorcio, frente a la pretensión de un cónyuge de cobrarse *in natura* su crédito por recompensas frente al consorcio, aunque fuese, además, potencial atributario preferente del mismo —lo que he juzgado en su momento como un grave defecto técnico de la liquidación en la nueva regulación de la sociedad de gananciales—, no puede reconocerse como factible, en absoluto, en fase de partición propiamente dicha, porque ello es contrario a la propia función y significación de la atribución preferente; de admitirse, ésta quedaría, en todo caso, a la libre anuencia de la otra parte en cuanto a su efectividad, por lo que no pasaría de ser una simple recomendación legal y en ningún caso un verdadero derecho subjetivo del cónyuge atributario.

La posición del atributario, tal y como la veo, guarda poco parecido con la del heredero al que se adjudica «una cosa indivisible que desmezce mucho con su división», a que se refiere el artículo 1.062, 1.º, del Código Civil, pues esta operación tiene que ver con la integridad cuantitativa de la herencia y no con las circunstancias personales del adjudicatario respecto del bien, que son, en todo caso, indiferentes al supuesto que contempla el precepto; es mucho más parecida, aunque no análoga, al supuesto a que se destina el artículo 1.056, 2.º, del Código Civil, referido al «padre que en interés de la familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril», pues si bien en la atribución preferente la voluntad de conservar procede del propio atributario, en ambas la ley ampara una conservación de bienes con miras a un interés superior, al que se protege con la igualdad cualitativa.

Si en el caso del artículo 1.056, 2.º, lo que prima es la *conservación* de la empresa, pues ésta está en relación directa con el *interés de la familia* sobre el derecho de los legitimarios a la integridad cualitativa

de la legítima (58), en el de la atribución preferente se dan también las mismas circunstancias y con idéntica finalidad, con la ventaja para ésta de que el interés no es medido por el sujeto determinante, sino por la propia ley. En uno y otro casos ni los legitimarios no adjudicatarios ni el cónyuge no atributivo o sus herederos pueden promover la licitación de la empresa o del bien ganancial atribuible, respectivamente, como método para averiguar prácticamente su verdadero valor —como autoriza el artículo 1.062, 2.º, del Código Civil para otro supuesto, como hemos visto—, porque tanto el heredero adjudicatario de la empresa familiar, como el cónyuge atributivo, tienen un derecho sobre la cosa, aunque se deba computar en su haber o cuota por su valor real, por lo que la averiguación de este último tendrá que realizarse, ante la discrepancia, por peritación judicial o extrajudicial, pero en ningún caso por licitación, ni el heredero adjudicatario designado en testamento ni el cónyuge atributivo tienen que correr el albur que supone el concurrir a una subasta para adquirir aquello a lo que tienen derecho, pues lo adquieren, uno por la aceptación de la herencia con la carga de abonar la legítima en metálico, y el otro por atribución, es decir, por su derecho a configurar su propio lote particional con los bienes que la norma declara atribuibles preferentemente.

La institución de la atribución preferente en nuestro Derecho no supone cambio respecto de la naturaleza especificativa o determinativa que para la partición hereditaria y por extensión para la partición consorcial defiende con razón nuestra más moderna doctrina en la materia —LACRUZ, PEÑA, ROYO MARTÍNEZ, MARÍN LÁZARO, etc.—, más bien viene a confirmar tal posición doctrinal. Si la división no consiste en otra cosa que en reemplazar unas cuotas abstractas sobre el conjunto de una masa hereditaria o consorcial, expresadas en términos porcentuales por unas titularidades concretas sobre cosas y derechos individualizados, la atribución preferente no tiene otra función que la de proveer a un particionario de título suficiente para convertir parte o todo su haber, en términos porcentuales de cuota, en bienes a su elección dentro del marco de los que son personalmente atribuibles, y que hasta ese preciso momento permanecían en el consorcio bajo el régimen propio de la indivisión posmatrimonial, continuación esencialmente inestable de lo que era inmediatamente antes la comunidad o consorcio conyugal. O sea: la atribución preferente, como modalidad de la partición, se concreta en el derecho legalmente conferido a un cónyuge o, en mi opinión, a un here-

(58) Ver, sobre esta argumentación, ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR: «El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria», en *RCDI*, 1947, páginas 585 y sigs.

dero partícipario, para autodeterminar el contenido material de su lote con bienes a los que la misma norma declare preferentemente atribuibles y bajo las condiciones personales que de ella se deducen para cada caso.

Ahora bien, en algunos supuestos —los contemplados en el artículo 1.406, 2.º y 3.º, del Código Civil, la atribución preferente puede tener excepcionalmente eficacia traslativa, cuando el valor del bien atribuido excede del montante del haber reconocido en favor del atributario y éste opta, conforme a la facultad que le reconoce el artículo 1.407 del Código Civil, por el valor de la diferencia en dinero. No nos encontramos aquí con una atribución de carácter mixto, puramente partícipal por la cuota y una verdadera compra por el exceso. No hay tal acto negocial, pues no se precisa del consentimiento de la otra parte, sino del ejercicio de un derecho que tiene como límite objetivo el mantenimiento del equilibrio cuantitativamente, lo que se logra por el procedimiento artificioso de incrementar la masa con la aportación de dinero privado del atributario, por lo que el dinero que se desembolsa no tiene la consideración, a ningún efecto, de precio; la otra parte, la que recibe el dinero, no está obligada a la evicción y al saneamiento por vicios ocultos, como se derivaría necesariamente de un negocio de carácter oneroso, y por ello le cuadra perfectamente el término de compensación en metálico, abono del saldo o de la diferencia.

Por último, y como ha venido señalando la jurisprudencia francesa, la atribución preferente no tiene eficacia retroactiva, los beneficios producidos por los bienes atribuibles en el tiempo correspondiente a la indivisión corresponden por entero al consorcio, aunque hayan continuado siendo gestionados o se hallasen bajo la posesión directa del atributario, hasta el punto de que, en el caso de una vivienda, se ha reconocido un derecho de indemnización por la ocupación en favor de la masa dividenda (SCCC de 2 de diciembre de 1975) (59), así como se ha negado al atributario, antes de la partición propiamente dicha, poderes de extraordinaria administración en la empresa sobre la que se ha pedido la atribución sin contar con la anuencia de los demás indivisarios —por ejemplo, despedir con indemnización al gerente de la misma— (SCCC de 20 de diciembre de 1976) (60). Estas experiencias entiendo son enteramente aplicables al sistema español de atribución preferente y un ejemplo claro de la naturaleza determinativa de la partición del consorcio.

(59) Dalloz, 1976, 50.

(60) Dalloz, 1977, 151. Comentario a esta sentencia de R. SAVATIER en la *RTDC*, 1977, pág. 353.

C. La formación de los lotes en presencia del derecho de atribución

Como mera modalidad particional que es, la atribución preferente agota su propia virtualidad y fuerza jurídica en el momento en que el atributario ha logrado introducir en su lote los bienes atribuibles a los que tenía derecho, pero este derecho no se ejercita ni materializa por la vía de sacar de la partición misma los bienes atribuibles, para después dividir el resto de los bienes conforme a las reglas igualitarias que establece el artículo 1.061 del Código Civil, como ocurre con el *préciput* en Francia y Bélgica, o con las *ventajas* del artículo 1.321 entre nosotros, que no entran en la partición, sino que la atribución condiciona desde dentro la operación particional.

La desigualdad de la atribución preferente, en la que tanto ha insistido la doctrina, tan sólo es consustancial a la misma en cuanto a la posición jurídica de los particionarios en las operaciones de la partición; el atributario tiene derecho a que se incluyan en su lote aquellos bienes sobre los que tiene el derecho de atribución preferente, en tanto que la otra parte no puede sino tolerar y cooperar en esta acción y, desde luego, verificar la existencia de las circunstancias personales y objetivas que dan lugar al reconocimiento de este derecho, así como comprobar el montante económico de las mismas a los efectos de impedir nuevas atribuciones cuando las realizadas saturen o sobrepasen el haber señalado para el atributario, pero esta posición típicamente pasiva sólo se debe dar para el señalamiento de bienes atribuibles.

La desigualdad cualitativa, que la doctrina más generalizada acoge como efecto necesario del ejercicio del derecho de atribución preferente (61), no pasa de ser un efecto que de ordinario acompaña a este derecho, pero en modo alguno una manifestación necesaria y esencial a la institución misma: el atributario tiene derecho a preferir unos bienes sobre otros, aunque ello suponga desigualar cualitativamente la partición, pero no se concibe la institución como un derecho a la desigualdad, como del exceso pedagógico-literario de la mayor parte de los tratadistas parece desprenderse.

La producción de este efecto derivativo depende exclusivamente de la composición material de la masa dividenda; de la repetición o no de bienes de una determinada naturaleza y especie, de la que depende la posibilidad de reconstruir o, al menos, paliar la desigualdad que se genera por la posición del atributario a designar, y de la interpretación más

(61) CORNU: *Les régimes matrimoniaux*, págs. 566 y sigs.

o menos rigurosa que se dé al límite objetivo del artículo 1.406 del Código Civil, «hasta donde éste —su haber— alcance», en relación con la posibilidad que ofrece el artículo 1.407 de sobrepasar este límite, para la atribución de determinados bienes (1.406, 2.º y 3.º, del Código Civil), abonando la diferencia en dinero, todo ello, claro está, para el supuesto muy frecuente de que el atributario tenga derecho a una pluralidad de atribuciones preferentes.

El cónyuge no atributario o sus herederos no está frente al atributario o atributarios en la posición que se deriva de un *pati*, en el cual no cabe sino soportar pacientemente la acción del sujeto activo del derecho, pues la atribución preferente no convierte al atributario en el sujeto facultado exclusivamente para llevar a cabo la partición con exclusión de la otra parte; el no atributario no deja de ser parte activa de la partición, y ello no sólo para aquellos bienes que no son objeto de derecho de atribución preferente alguno, sino también y de forma determinante para reconstruir, en la medida de lo humanamente posible y con las posibilidades que ofrezca el consorcio que se divide, la igualdad que sigue siendo un objetivo deseable de la partición, en sus dos aspectos cualitativo y cuantitativo, pudiendo dar lugar a una partición dirigida, en la que el elemento aleatorio de las suertes desaparece o puede desaparecer totalmente.

a) DEFENSA DEL EQUILIBRIO CUALITATIVO

La doctrina europea más significativa ha venido prestando, por lo general, poca o marginal atención a la defensa del equilibrio cualitativo, ya que propiamente no puede hablarse en términos de igualdad, en abierto contraste con la actual doctrina española, que se muestra interesada en este concreto aspecto (62), probablemente debido a que ésta es una de las pocas excepciones que la reforma ofrece respecto del férreo tratamiento igualitario entre los cónyuges que la inspira.

Esta diferencia de atención se debe, además, a la propia concepción de la atribución preferente, pues al ser en el ordenamiento francés, y en menor medida en el belga, la mayor parte de las atribuciones preferentes que se reconocen meramente facultativas, la defensa del equilibrio cualitativo se desplaza respecto de las partes para quedar subsumida, como un elemento más, en la actuación judicial; en tanto que en nuestro ordenamiento, al haber prescindido, creo que erróneamente, de la importante diferenciación entre atribución de derecho y la meramente facultativa, la

(62) Se han ocupado de este aspecto LACRUZ, DE LOS MOZOS, Díez-PICAZO y GARCÍA CANTERO.

citada defensa debe ser promovida y actuada por la parte no atributaria; de ahí la preocupación doctrinal en tan concreta materia.

La defensa del equilibrio cualitativo puede operarse, en el estrecho margen que ofrecen los artículos 1.406 y 1.407, por la vía de la configuración de los propios lotes, de una parte, y de otra, por la aplicación rigurosa que ofrece el límite del *quantum* del haber del atributario en los casos de atribución múltiple.

a') El profesor LACRUZ apunta certeramente a la raíz del problema al afirmar: «en tanto sea posible habrán de asignar al otro cónyuge o sus herederos bienes de semejante naturaleza o, en todo caso, valorados con el mismo criterio» (63). Quiere ello decir que el no atributario puede procurar el retorno a la situación de equilibrio por la vía de pedir que su lote sea compensado, a ser posible, con bienes de la misma naturaleza, calidad o especie (art. 1.061), pues la atribución preferente sólo permite que sea el atributario quien inicie la configuración de un lote, precisamente el suyo, situando en primer lugar el bien o bienes sobre los que la ley le reconoce tal derecho, lo que supone una técnica de partir que le garantiza la entrega de unos bienes concretos, pero que abre, a su vez, podríamos decir, el turno de petición para que la otra parte pueda señalar bienes que igualen en cierto modo la separación inicial por el atributario.

Hay que tener presente que nos movemos en el terreno de la atribución *preferente*, y no en el de una atribución exclusiva o excluyente; el atributario tiene, por su derecho, la precedencia legal para detraer de la masa común neta e integrarlo en su lote el bien o bienes para los que exclusivamente se le reconoce tal derecho, pero no tiene que efectuar él la partición de los demás bienes conforme a cualquiera de las modalidades tradicionales admitidas por la práctica jurídica, sino que, de traído el bien, el turno debe pasar a la otra parte hasta que se compense, al menos, en valor de lo detraído por el atributario, pues, en cierto modo, puede decirse que la elección del atributario abre el turno de elección del no atributario. Es en este contexto donde alcanza sentido pleno el vocablo «predetracción» que emplean LACRUZ y GARCÍA CANTERO (64).

Es precisamente en esta línea en la que se mueve la jurisprudencia francesa cuando, a la vista de una comunidad conyugal en la que en el momento de la partición existían dos inmuebles de características similares y de valor prácticamente equivalente, entendió que, concedida la atribución preferente facultativa al marido sobre uno de los citados inmuebles, por efecto de la misma atribución acordada, era improcedente

(63) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 493.

(64) LACRUZ, *op. y loc. cit.*, nota anterior; GARCÍA CANTERO, en la décima edición de CASTÁN: *Derecho civil español...*, t. V, vol. I, págs. 474 y sigs.

e inútil sortear el otro inmueble, pues debería situarse directamente en el lote correspondiente a la mujer (STC Grenoble, 27 de enero de 1965) (65).

Entiendo que el automatismo del que hace gala el razonamiento compensatorio de la sentencia citada se presta a sembrar la confusión (bien es verdad que de forma más aparente que real, pues en el caso al que se refiere la sentencia la mujer, cónyuge no atributario, pedía precisamente lo que acordó el Tribunal de Grenoble), pues su contexto formal supondría el convertir al atributario en configurador absoluto no sólo de su propio lote por derecho propio, sino también del de la otra parte, al convertirlo, en la medida de lo posible, en un simple reflejo del primero. Y si bien esto tiene que ser así en la mayoría de los casos, pues no queda para la otra parte más que la otra mitad totalmente determinada por la vía de ser el residuo, no tiene ello que ser siempre así y en todo caso.

La presencia de dos inmuebles similares no obliga, a mi personal juicio, a que, atribuido preferentemente uno, la otra parte deba, sin remisión, recibir el otro que no quiere; más bien creo que puede pedir, siempre, naturalmente, después de realizar las atribuciones que procedan, el bien que quiera de los todavía comprendidos en la masa dividenda, con derecho a que se le valore con el mismo criterio que el empleado en las atribuciones que por ley ha sido obligada a tolerar.

No creo que el mecanismo expuesto se deba admitir por puras razones de orden equitativo, que a todas luces lo es más que la admisión de un puro mecanismo reflejo de la atribución, sino a la pauta particional que marca la propia atribución, trasladada aquí al nivel de pura técnica de reparto. Pues si una de las formas tradicionales de partición, admitida sin recelo en la práctica, consiste en que un particionario confecciona los lotes y el otro, en evitación de fraudes, elige; en la atribución preferente, concebida instrumentalmente, el atributario elige para sí frente al otro y sus particulares intereses que no alcanzan igual protección legal, pero si con ello no alcanza la mitad, pasa a elegir el otro sin que el atributario pueda oponer intereses o preferencias personales no amparadas por el derecho de atribución.

Lo que ocurre, en el caso de la sentencia citada y en la mayor parte de los supuestos que la realidad ofrece, es que las masas dividendas no suelen ofrecer dónde elegir el no atributario o con la amplitud que se requeriría para poder llegar a un equilibrio cualitativo, pero ello no es razón suficiente para convertir la necesidad en regla.

(65) Dalloz, 1965, 330, nota de GERVÉRIE. Comentario de R. SAVATIER en *RTDC*, 1965, 684.

b') Me parece obvio afirmar que el restablecimiento del equilibrio cualitativo depende de las posibilidades materiales de compensación que ofrezca, para el no atributario, la masa dividenda tras haberse practicado las atribuciones preferentes que correspondan, y que estas posibilidades serán menores cuantos más sean los bienes atribuibles que puede detraer el cónyuge atributario, sobre todo contando con la posibilidad que se le ofrece de combinar atribuciones que no pueden dar lugar a abono de la diferencia en más en metálico con otras que sí llevan emparejada tal posibilidad legal, con lo que el atributario, según se interpretan las posibilidades que ofrecen los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil combinados, podrá o no traspasar la frontera del «hasta donde su haber alcance», sin que al otro u otros partíciparios quepa más opción que recoger lo que reste más el metálico que corresponda por la diferencia.

Parece oportuno afirmar al respecto que en estos casos límite para la norma, pero no tanto para la realidad económica de muchos de los matrimonios regidos por la sociedad de gananciales, requieren el establecimiento de una prelación de atribuciones de forma tal que la limitación objetiva, que sirve para la especie de definición legal que abre el artículo 1.406 del Código Civil, debe actuar no como un puro límite del derecho de atribución preferente, lo que acarreará en el futuro dificultades que más adelante trataremos de exponer, sino precisamente como defensa del equilibrio cualitativo que debe respetarse en la medida de lo posible, y como criterio equitativo básico de toda partición, tratando en definitiva de que el derecho de atribución tan sólo sea un instrumento de defensa del atributario que sirve a la continuidad en su vida personal y profesional, a pesar de la disolución del consorcio, y en modo alguno un mecanismo para facilitar el que la atribución preferente llegue a ser un arma ofensiva de la que se sirve el atributario para su servicio exclusivo y excluyente, e incluso contra el interés de la familia.

Para ilustrar cuanto vengo afirmando cabe imaginar el siguiente supuesto: un cónyuge supérstite al tiempo de la disolución de la sociedad venía gestionando la empresa X, formada íntegramente por capital ganancial, y residía habitualmente en vivienda de titularidad ganancial. Liquidado el consorcio con abono de deudas y recompensas, se fija el valor de la masa dividenda en 50.000.000 de pesetas, compuesta por la empresa y viviendas citadas, un piso en la playa y acciones de diversas empresas con cotización en Bolsa. Hay acuerdo entre los partíciparios herederos de la esposa y el cónyuge supérstite sobre el valor de cada uno de los bienes, según el siguiente detalle:

Empresa X	19.000.000 ptas.
Vivienda habitual	15.000.000 ptas.
Piso en la playa	5.000.000 ptas.
Acciones según cotización al día de la partición	11.000.000 ptas.
TOTAL	50.000.000 ptas.
Haber correspondiente al cónyuge supérstite	25.000.000 ptas.

Dos son los posibles modos de entender la atribución preferente, dada la redacción de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil: primera, el cónyuge supérstite notifica en tiempo y forma el ejercicio de la atribución preferente sobre la empresa X, y, como no alcanza el tope de su haber, también sobre la vivienda en que reside, por lo que pone a disposición de los herederos la suma de 9.000.000 de pesetas, como abono de la diferencia en que excede la atribución sobre su cuota; segunda, el atributario notifica el ejercicio sobre la vivienda como primera atribución y sobre la empresa X, a lo que se oponen los herederos, que trabajan también en la empresa, porque las atribuciones exceden del haber que corresponde al cónyuge supérstite.

A primera vista la cuestión parece debe resolverse en favor de la tesis particional primera, pues el derecho a la atribución nace coetáneamente para los dos tipos de bienes en los que se ejerce, y la norma prevé sin ninguna limitación la posibilidad de abonar el saldo diferencial negativo cuando lo que le atribuye es la vivienda o el local profesional; pero esta segunda posición, en mi opinión, y según veremos, es errónea.

De la estructura del artículo 1.406 del Código Civil, amén de la idea misma de desigualación que en todo caso se quiere evitar, se deduce que el límite de «hasta donde el haber alcance», debe referirse, en primer lugar, a los supuestos subsumidos en los apartados 1.º y 2.º del artículo 1.406 del Código Civil —para éstos el límite parece absoluto—; y, en segundo lugar, a la suma que produzca la adición de cualesquiera atribuciones de las previstas en el mencionado artículo 1.406, en el que no podemos olvidar figuran el local profesional y la vivienda habitual, como conjunto y no como simple repertorio de los distintos objetos sobre los que puede nacer el derecho de atribución preferente. La posibilidad que se ofrece al atributario de «abonar la diferencia en dinero» debe entenderse referida tan sólo para el caso en que la atribución del local profesional o de la vivienda por sí sola y separadamente rebase ya el límite del haber del atributario, es decir, encaminada a que como mínimo pueda detraer preferentemente una o la otra, y en ningún caso sobrepasando el límite del haber que le corresponda por ambas o por una

sumada a las previstas en los números 1.º y 2.º del 1.406 del Código Civil.

Por ello entiendo que el inciso último del 1.407 contiene un error gramatical cuando se refiere a «bienes» en plural, pues no se guarda la debida concordancia con el segundo término de la disyuntiva: «derecho», que se mantiene en singular; además, no debería referirse a «bienes» en forma genérica, pues en este caso procedería la omisión de toda referencia al local profesional y a la vivienda habitual en el artículo 1.406 del Código Civil, para mantener la coherencia interna del conjunto del sistema, por lo que de ser así nos encontraríamos ante dos sistemas netamente diferenciados de atribución preferente. Entiendo por ello que el mencionado inciso final del artículo 1.407 debería decir: «Si el valor de uno de estos bienes o del derecho que se establezca supera al del haber del cónyuge adjudicatario deberá éste abonar la diferencia en dinero.»

b) LA IGUALDAD CUANTITATIVA EN LA ATRIBUCIÓN PREFERENTE

La construcción de las atribuciones preferentes en el sistema introducido por la reforma de 1981, y por cuanto a su contenido económico se refiere, además de atenerse como era necesario a la exigencia de que los lotes en que se materializa la partición sean iguales en su dimensión contable expresada en términos de numerario, como imponen innecesariamente el artículo 1.344, al tratar de definir la sociedad de gananciales, y con acierto técnico el artículo 1.404. La concepción de la atribución preferente que se deriva del artículo 1.406 se orienta de forma tal que la igualdad cuantitativa que debe mantenerse se logre *in natura* y sólo excepcionalmente —como opción limitada del artículo 1.407 del Código Civil— mediante la apropiada compensación en dinero propio del atributario que recibe en exceso. Lo que supone, considerada la institución en su conjunto, la adopción de un sistema muy rígido de atribuciones preferentes, tal vez excesivamente rígido.

El haber adoptado esta posición normativa se debe, en mi opinión, a la confluencia de varios factores de muy diferente significación y que han influido decisivamente, para mi gusto en exceso, en la configuración de un modelo de atribución preferente original o atípico —no sé qué calificativo le cuadra más—, que ha devenido en norma, sin que en las varias instancias de elaboración legislativa haya dado lugar a controversias ni a excesivas discusiones. A mi juicio, estos factores son principalmente los siguientes:

1. El interés demostrado del legislador en no hacer distinciones en materia de atribución, ni en ninguna otra de contenido patrimonial en

sede de régimen económico-matrimonial, que viniera condicionada por la causa que haya dado lugar a la extinción del régimen de que se trate, aquí de la sociedad de gananciales. Se quería que, como principio, resultara indiferente que la conclusión del régimen se siguiese de la muerte de uno de los cónyuges, de la decisión judicial acordada ante la mala gestión o el fraude de uno de los cónyuges, de la nulidad del matrimonio, del cambio de régimen económico-matrimonial por nuevas capitulaciones, o del fracaso de la vida matrimonial al que sigue la separación judicial o el divorcio. Como si el ignorar la causa hiciera que los motivos que la producen y las consecuencias que se derivan no influyeran ni debieran influir en el ánimo de los partícipes.

2. Consecuentemente con lo anterior, el legislador no introduce en nuestro sistema la decisiva diferenciación entre atribución de derecho y atribución meramente facultativa, diferenciación ésta que a mi modo de ver constituye la espina dorsal de los ordenamientos francés y belga y la vía de amortiguación de los potenciales conflictos. De esta forma la intervención judicial para los supuestos presumiblemente conflictivos se abre tan sólo cuando el conflicto ha hecho ya acto de presencia y se plantea ante un Juez desprovisto de auténticos poderes arbitrales tan necesarios en materias como las propias del Derecho de familia, en las que los elementos tan sutiles como el afecto o el desafecto generado pueden adquirir una importancia tal que conviertan lo que debiera ser puramente económico en instrumento de exteriorización de ese afecto o, por qué no, del odio que se profesan los partícipes, en el caso que nos ocupa. Esta renuncia a someter los casos hipotéticamente conflictivos a la decisión arbitral del Juez contrasta vivamente con la facilidad con que se puede acudir a tal instancia en los casos de desacuerdo en el gobierno de la sociedad durante la vigencia de la misma (art. 1.376 CC).

3. La introducción en el ordenamiento de una atribución preferente exclusivamente concebida para la partición del consorcio conyugal ganancial, sin referencia ni influencia en la disciplina de la partición de la comunidad hereditaria, lo que da lugar a la creación de problemas de índole técnica y de consecuencias importantes en las operaciones liquidatorias de la sociedad de gananciales —debe recordarse de nuevo que el art. 1.410 CC efectúa una remisión legal, en cuanto a lo no previsto en las normas de esta sección, precisamente a las que regulan las operaciones sucesorias equivalentes—. La falta de armonía que supone la introducción de las atribuciones preferentes entre uno y otro sistema liquidatorio-particionales presupone la generación de un vacío, pues a nadie se le oculta que los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil están llenos de lagunas en aspectos fundamentales que no pueden colmarse

con normas inspiradas en el mantenimiento a ultranza de la igualdad cualitativa y cuantitativa (art. 1.061) o en la desconfianza radical entre los partíciparios (art. 1.062, 2), que debe ser colmado por la exégesis e indagación doctrinal al menos hasta que en su día contemos con adecuada y suficiente jurisprudencia.

4. A mi personal juicio, un elemento clave de la rigidez normativa reside en la ausencia en la regulación de la conveniente y necesaria integración e interrelación entre el ejercicio del derecho de atribución y la ejecución de las operaciones liquidatorias de deudas y recompensas del consorcio, pues, aunque se encuentran reguladas en la misma sección, no hay entre ellas ningún parentesco de origen, ya que responden a sistemas liquidatorio-participacionales muy diferentes, cuando no radicalmente antagónicos. No es preciso profundizar aquí en que el origen histórico de la atribución preferente se encuentra en la reacción de signo contrario operada frente a un sistema de liquidación y partición de la herencia entre personas iguales en abstracto, para el que procede una división puramente aritmética sin acepción de las personales circunstancias de los partíciparios y para el que toda vinculación entre familia y bienes constituía un vicio propio de una concepción feudal de la economía y de la familia.

5. Por último, no es desdeñable la influencia que sobre el resultado ha supuesto el hecho de que el legislador se haya inspirado en gran parte en los textos de la reforma del Código Civil belga de 14 de julio de 1976 para la concepción estructural del derecho de atribución preferente, en tanto que para la fijación de los objetos atribuibles se haya acogido la experiencia francesa debida a las reformas de su Código Civil de 19 de diciembre de 1961 y 13 de julio de 1965, pues ambas legislaciones, desmintiendo su tradicional similitud cuando no plena coincidencia, divergen en esta materia en aspectos sumamente importantes, con lo que el resultado de este proceso acusa señaladamente su origen híbrido.

Por cuanto antecede podemos decir que en el sistema de atribución preferente del Código Civil se encomienda a la igualdad cuantitativa una doble función: una necesaria, la de hacer patente que el destino del remanente, de la verdadera ganancia, debe ser dividido por mitad, con identidad de valor para uno y otro lotes; y otra secundaria, adjetiva si se quiere, pero decisiva en muchas de las peticiones de atribución, la de servir de límite, como ya hemos tenido ocasión de ver más arriba, a la desigualdad cualitativa que suele acompañar al ejercicio de la atribución preferente, al prever, como supuesto ordinario, que esta igualdad

cuantitativa debe alcanzarse *in natura*, reservando la compensación dineraria para los supuestos excepcionales.

El sistema de reconstrucción de la igualdad cuantitativa *in natura* sirve de contrapeso al propio derecho de atribución de uno de los cónyuges o de los herederos a falta de específicos límites cuantitativos, pues como expresará GARCÍA-CANTERO (66) «de esta suerte podría ocurrir que agotaran prácticamente el haber ganancial y la otra parte se limitaría a un derecho de crédito en dinero, lo que no parece equitativo». Entiendo y comparto hasta cierto punto la preocupación que subyace en este tratamiento limitador del posible expolio de todo bien productivo que se encuentre en el patrimonio consorcial en división, pero creo que el remedio es enteramente inadecuado. Al respecto podemos reflexionar sobre un ejemplo deducido de un supuesto nada infrecuente para nuestra sociedad: un matrimonio de labradores adquieren en los primeros años de su vida conyugal unas tierras en el pueblo en el que viven; llegado el momento de dar estudios a sus hijos comprueban que ello no es posible con los rendimientos de las tierras, teniendo que vivir separados de ellos, por lo que deciden trasladarse a la ciudad, en donde, con unos ahorros y varios préstamos, abren una tienda que lleva el padre, en tanto la madre se ocupa de la casa y de los hijos. Tras varios años en los que el agobio de las deudas han enturbiado las relaciones conyugales, concordes con los hijos, deciden separarse; al llegar el momento de la partición el marido, bien aconsejado, reclama, al amparo del artículo 1.406, 2.º, del Código Civil, la atribución preferente de la tienda, que alcanza el 50 por 100 del consorcio, por lo que la esposa no tiene más opción que quedarse con el lote integrado por las tierras que adquirieron al inicio de su sociedad conyugal, teniéndolas que explotar ahora por medio de aparceros o personal asalariado, sin contar con los conocimientos necesarios para llevar a cabo una buena gestión, lejos de su residencia habitual y con unos herederos que se han orientado hacia profesiones o medio de vida no agrícolas.

La línea argumental del ejemplo puede parecer, lo es sin duda, melodramática, como no deja de serlo la realidad subyacente en casi todos los casos de separación y divorcio, pero no por ello deja de ser un exponente de lo que puede acontecer sin excesiva dificultad con el sistema acogido de atribución preferente, y una patente demostración, al menos a mí así me lo parece, de que el «hasta donde su haber alcance» del artículo 1.406 del Código Civil no tiene por qué aportar un verdadero equilibrio en la partición, o, lo que es lo mismo, el empleo como límite del derecho de atribución preferente, en toda circunstancia, la intangibi-

(66) GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 476.

lidad *in natura* de la igualdad cuantitativa de la partición, no puede servir para alcanzar los mismos efectos en orden a obtener una partición real y formalmente equitativa como la que en principio se obtendría ordenando para estos casos no tan excepcionales que fuera el Juez quien declarase o denegase la posibilidad y alcance de estas atribuciones, declarándolas la norma como meramente facultativas. en todo caso, como ocurre en Francia y Bélgica (67); con lo que se podría, a su vez, sin merma de la equidad, abandonar la actual rigidez que caracteriza al modo elegido de mantenimiento de la igualdad cuantitativa. De esta igualdad no puede decirse con propiedad más que las mitades no homogéneas sólo pueden llegar a serlo cuando la equiparación se alcanza en valor, por lo que intentar construir sobre ella algo que vaya más allá de su contenido significativo sólo puede ser una forma de argumentación negativa. La posición que venimos analizando supone que, concedido un derecho, tal vez si se quiere de contenido extraordinario, para la obtención de unos fines «sociales» concretos, pero del que pueden derivarse también resultados adversos o contrarios a los previstos y queridos por el legislador, se decide modalizar su ejercicio con multitud de dificultades técnicas, pero que en última instancia sólo aleatoriamente pueden servir para alcanzar el propósito inicial querido.

Parece claro que, excepción hecha de los casos en que la disolución del consorcio se debe a la muerte de uno de los cónyuges, en todos los demás supuestos la atribución preferente situada al margen del adecuado sistema de tutela judicial difícilmente llegará a alcanzar su propia y justificativa finalidad: proporcionar estabilidad y continuidad al atributario sin detrimento material del otro u otros particionarios y sin contrariar el interés de la familia, como pone de manifiesto con claridad y acierto el artículo 1.447, 2, del Código Civil belga para todos los casos en que el atributario no sea el cónyuge supérstite: «El Tribunal la declara —la atribución preferente— en presencia de los intereses sociales y familiares en juego y de los derechos de recompensa o de crédito en provecho del otro cónyuge.» Es evidente que sin tutela judicial todos esos extremos no se tendrán siempre en cuenta y, sin atender a estos condicionantes de orden moral, la atribución preferente se constituye en un verdadero privilegio en interés de uno sólo de los cónyuges y en una eficaz arma de chantaje puesta en manos del marido normalmente, dada la despreocupación existente en favor de los varones en el ámbito profesional y empresarial.

Creo que al no conocer los legisladores con el necesario detalle, al tiempo de la elaboración de la reforma de la filiación, patria potestad y

(67) 'Art. 1.476, 2, del Código Civil francés, y art. 1.447 del Código Civil belga.

régimen económico del matrimonio, de 15 de mayo de 1981, la inmediatamente futura regulación de la separación y el divorcio, hubieran debido restringir el ámbito de las atribuciones preferentes, planteándolas de forma similar a como lo hace el artículo 58, 2, de la Compilación aragonesa, es decir, reconociendo tan sólo el derecho de atribución en favor del cónyuge superviviente, si no se quería someter el ejercicio de este derecho a la tutela arbitral de los Jueces. No creo que pueda alegarse razonablemente que la Compilación aragonesa se redactó así, en este punto, porque el ordenamiento no admitía el divorcio, pues no puede negarse la existencia y la relativa facilidad con que se alcanzaba la separación judicial, que a estos efectos puramente patrimoniales responde con iguales efectos que los atribuidos al divorcio, y, dado el realismo jurídico tradicional en Aragón, ya se conocía muy bien una subespecialidad de los contratos matrimoniales denominada popularmente «capitulaciones de divorcio». Insisto de nuevo en que atribuir preferentemente, sin prever la posibilidad general de las debidas compensaciones en dinero, es legislar para una minoría, pues la mayor parte de las economías familiares se ven obligadas, en contra del sentido común acogido en el refranero, a guardar todos o casi todos los huevos en la misma cesta, con lo que del artículo 1.406 del Código Civil puede muy bien decirse que aunque contiene la respuesta a una necesidad hondamente sentida, para las clases medias españolas, no llega, por lo general, a proveerlas de los medios adecuados para satisfacerlas.

D. El artículo 1.407 del Código Civil y su problemática

El nuevo artículo 1.407 del Código Civil dispone: «En los casos de los números 3.º y 4.º del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al haber del cónyuge adjudicatario deberá éste abonar la diferencia en dinero.» La configuración literaria del artículo 1.407, por su referencia a los casos contemplados en los números 3.º y 4.º del artículo anterior, así como la propia ordenación sistemática, inducen a pensar que nos encontramos ante un precepto que confiere un trato de excepción en favor del cónyuge atributivo y frente a la regla general, o, como dice Díez-PICAZO, «este artículo contiene una norma particional de carácter muy especial» (68).

(68) Díez-PICAZO: *Comentarios.*., cit., pág. 1803.

a) ¿NORMA EXCEPCIONAL O RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN RESTRINGIDO A DETERMINADOS SUPUESTOS?

Si para el estudio de las atribuciones preferentes partimos, como parece obligado por la novedad que suponen, de los ordenamientos europeos que las venían acogiendo, pero especialmente con referencia en las regulaciones francesa y belga —únicos referibles a los regímenes económicos comunitarios—, no es fácil ver y sostener el carácter excepcional del régimen contenido en el artículo 1.407, porque en todas ellas, sin excepción, se considera como resultado ordinario del ejercicio del derecho de atribución preferente el que dé lugar a un desequilibrio en los haberes de los partíciparios, tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo, viniendo el atributario obligado a corregir este último desequilibrio mediante el desembolso en metálico y correlativo abono al otro u otros partíciparios del saldo de diferencia entre el valor del bien atribuido y la cuota teórica que le correspondía; la excepción estaría, para los ordenamientos francés y belga, en que, siendo estas atribuciones de derecho, la diferencia deba ser abonada de inmediato en el momento de la materialización de la partición, sin poder contar con un prudencial aplazamiento para hacerla efectiva. Por lo que cabría preguntarse si no debería tomarse, en materia de abonos por la diferencia, al artículo 1.407 como regla general de las atribuciones preferentes y al 1.406 como excepción, y de ahí la cautela limitativa del «hasta donde el haber alcance», impidiendo el abono de las mencionadas y no menos naturales diferencias.

Tampoco, desde el punto de vista que da la referencia francesa (que queramos o no está en la base misma de la institución de las atribuciones preferentes), puede considerarse excepcional la existencia de una opción en manos del atributario en propiedad o bajo un derecho real limitado, pues partiendo del artículo 761 del Código Civil francés, que dispone: «El cónyuge puede ejercer este derecho —el de atribución sobre los bienes previstos en el art. 832— cuando el llamado a la sucesión por aplicación, bien del artículo 759, bien del artículo 767, y puede, en todo caso, ejercerlo solicitando una atribución preferente sobre estos mismos bienes si bien solamente en usufructo», la doctrina dejó al respecto bien sentado que el cónyuge que es llamado a título de usufructuario tan sólo puede ejercer la atribución preferente como tal usufructuario, pero ha manifestado también la conveniencia de admitir, cuando la vocación se produce a título de propietario, que el atributario puede pedir los bienes de que se trate, bien en usufructo, bien en propie-

dad (69), y aunque la jurisprudencia ha sido remisa a aceptar tal interpretación, siendo por ello objeto de duras críticas de R. SAVATIER (70), ha aceptado finalmente tal tesis en Sentencias de 21 de enero de 1979, 12 de enero de 1971, 7 de julio de 1971 y 26 de octubre de 1971, entre otras muchas (71). Aquí la excepcionalidad de nuestro artículo 1.407 vendría marcada por el tipo de derecho real limitado elegido, el derecho de uso o habitación, en vez de referirse al más amplio del usufructo.

Desde estas perspectivas que nos ofrece el Derecho comparado parecería lógico que nuestro sistema de atribuciones preferentes se hubiera estructurado sobre el modelo de *atribuciones de derecho* que aporta el Derecho belga, conforme al contexto que ofrece el artículo 1.446 de su Código Civil, teniendo, el nuestro como éste, por sujeto atributario, al cónyuge superviviente; por objeto, la vivienda familiar y el inmueble dedicado al ejercicio de la profesión u oficio; y por contenido, la facultad de incluir en su haber tales bienes, bien sea en propiedad, bien constituyendo sobre ellos un derecho de uso o habitación, pudiendo compensar a la otra parte, si se produjese un desequilibrio cuantitativo, en dinero. Y se hubiera reconocido adicionalmente un derecho de atribución preferente más amplio subjetiva y objetivamente, pero, como tal ampliación de la esfera de configuración de la partición por un particionario, constreñido al límite infranqueable del haber estricto que correspondiere a quien fuera atributario.

Esta puede haber sido aproximadamente la regulación de las atribuciones preferentes en el Código Civil; es más, en mi personal opinión, es la normativa que más se adecúa a la concepción rigurosamente igualitaria y matrimonialista que inspira la nueva sociedad de gananciales. Además, contaría con lo que entiendo es una ventaja, de enlazar directamente con el artículo 58, 2.º, de la Compilación aragonesa, primer sistema de Derecho civil español que incorporó las atribuciones preferentes y con la posibilidad de enlazar con la jurisprudencia y la doctrina francesas y belgas de indudable interés y valor en la materia. Pero no es así en el sistema adoptado en el Código Civil, en el que el marco general e institucional se establece desde su planteamiento con el carácter de verdadera excepción legal a una partición que sigue fiel, más bien anclada, a los criterios fijados en el Código Napoleón y a la que se hace una excepción adicional con el artículo 1.407 del Código Civil para facilitar la posición atributaria del cónyuge en muy precisas y, al parecer, excepcionales circunstancias.

(69) AUBRY Y RAU, por P. ESMEIN, *op. cit.*, t. 10, parágrafo 624 bis.

(70) R. SAVATIER: «Comentarios a la jurisprudencia», en *RTDC*, 1949, 435; 1954, 131.

(71) R. SAVATIER, en *RTDC*, 1972, 622.

Para invertir la dirección dominante en el Derecho europeo en esta materia suponemos que habrán existido razones de peso que no han sido desveladas en ninguna de las instancias del complejo *iter* legislativo, pero me atrevo a poner en duda que éstas, de existir, hayan sido tan poderosas y trascendentes como para dar lugar al giro copernicano que se ha operado, haciendo de la excepción, regla, y de la regla ordinaria, excepción; es más, no descarto que todo ello se deba a un error, en cuyo caso creo sería prudente rectificar cuanto antes.

Pero con todo es preciso analizar y estudiar el contenido del artículo 1.407 del Código Civil y de lo que supone como excepción al régimen ordinario del 1.406, del que nos hemos venido ocupando.

b) LA ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO 1.407 DEL CÓDIGO CIVIL

La regla general en materia de atribuciones contenida en el artículo 1.406 se caracteriza, sumariamente y conforme a cuanto hemos venido exponiendo, por admitir la atribuibilidad sobre una amplia gama de objetos, pues parece evidente que, a pesar del carácter extraordinario y privilegiado que la doctrina atribuye a las atribuciones preferentes, los objetos a que se refieren los números 1.º, 2.º y 3.º del 1.406 deben entenderse de forma meramente demostrativa, de igual manera a como la doctrina ha venido entendiendo el contenido material del artículo 1.056, 8.º, del Código Civil (72), constituido por objetos que pueden ser solicitados por el atributario para ser introducidos en su lote patrimonial por su verdadero valor, pero fijando un límite institucional que se sitúa en los confines mismos del consorcio de cuya división se trata, ya que no se puede contar para efectuar la división con más bienes que los que forman la masa ganancial convertida por efecto de la liquidación en verdadera ganancia, y consecuentemente el atributario no puede incluir en su suerte o lote más bienes que aquellos que le permita su haber expresados en términos monetarios de valor, para convertirse tales bienes en propiedad exclusiva del atributario.

La regla particular del 1.407, por el contrario, pone el acento en posibilitar la continuidad del uso y disfrute por el atributario de la vivienda familiar y del local en que venga ejerciendo su profesión. Para ello, de una parte, introduce una facultad de opción, a fin de que esa continuidad se lleve a efecto en plena propiedad o a través de un derecho real de uso o habitación, lo que ensancha considerablemente para

(72) ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR: «El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria», en *RCDI*, 1947, págs. 585 y sigs.; PUIG BRUTAU: «El testamento del empresario», en *RD*, 1960, págs. 845 y sigs.

el atributario las posibilidades de ejercicio de su derecho; de otra, suprime para estos concretos objetos atribuibles con las limitaciones que hemos apuntado en los epígrafes anteriores el límite objetivo institucional del «hasta donde su haber alcance», con lo que la amplitud de la atribución no depende ya directamente del haber del atributario, sino más bien de la composición patrimonial del consorcio dividiendo y de las disponibilidades líquidas del atributario al tiempo de materializar la partición. Pero todo ello se introduce en el ámbito de la atribución preferente por vía de excepción, por lo que todos los elementos diferenciales del artículo 1.407 del Código Civil deben interpretarse estrictamente y sin posibilidad de ampliación.

Su excepcionalidad precisamente nos obliga a resaltar la interdependencia de las facultades ampliadas (no podemos decir extraordinarias, pues verdaderamente no lo son en el marco europeo de la institución) que ofrece al atributario el artículo 1.407, así como la propia caracterización del sujeto titular del derecho de atribución y de los objetos atribuibles.

La finalidad del artículo 1.407 tiene un matiz mucho más personalista si cabe que el que caracteriza a la institución en su conjunto, pues si en ésta es claro a través de su origen y evolución a lo largo del presente siglo en Francia que lo que se intenta conseguir es el mantenimiento del patrimonio familiar con los menores fraccionamientos posibles, de forma tal que sirva a la estabilidad de la familia rural, artesana o de los pequeños industriales, evitando, en cierto modo, la proletarianización de sus componentes, en la primera el interés que defiende el legislador con facultades de excepción es el mantenimiento de los bienes atribuibles específicos de la misma bajo la posesión del cónyuge atributario, y para ello no duda en desigualar las posiciones en que pueden actuar el cónyuge y los herederos que con él concurren en la partición.

c) EL SUJETO ATRIBUTARIO

La configuración de los derechos que se reconocen en el artículo 1.407 y la propia finalidad a que creo atiende la ampliación de facultades del atributario obligan a entender que tan sólo puede ejercitarlas, como ya pusimos de manifiesto al tratar de los sujetos, el cónyuge, conforme a la letra del precepto. O sea que sólo el cónyuge supérstite, cuando la atribución recae sobre la vivienda habitual, y el cónyuge profesional, cuando del local destinado a tal fin se trate, pueden ejercer la atribución en su modalidad de uso o habitación y puede, en su caso, sobrepasar su haber procediendo a compensar la diferencia en dinero.

La estructura propia del precepto y su clara inspiración en el artículo 1.446 del Código Civil belga parece propiciaban una designación del sujeto atributario más restringida, pues, dadas las características que se configuran, nuestra atribución preferente ordinaria, la desigualación en la posición del atributario es más propia de una partición entre cónyuge supérstite y los herederos del otro, que entre cónyuges o ex cónyuges. No es fácil encontrar, como veremos más adelante al tratar de forma genérica la posibilidad de atribución de una explotación que sobrepase el haber del atributario, una justificación lógica para el tratamiento diferente en cabeza de un cónyuge para el supuesto del artículo 1.406, 3.º, con respecto del número 2.º del mismo artículo (73), diferencia que quedaría suavizada y, desde mi punto de vista, justificada si tan sólo se reconociesen tales facultades al cónyuge sobreviviente tal y como se prevé en el sistema belga de atribuciones preferentes. Porque es natural que cónyuge y herederos sólo tengan que ser necesariamente iguales en el *quantum* respecto de una masa de origen ganancial, a la que de ordinario el primero ha ganado y gestionado con el otro cónyuge y de la cual era titular, en tanto que los otros, en principio, no han tenido un papel en su gestación, pues su titularidad es derivativa como herederos que son.

No parece en absoluto lógico, en términos generales, que por efecto del artículo 1.407 el cónyuge atributario, en cuanto profesional, pueda ser titular de un derecho real limitado de uso constituido sobre un inmueble destinado a local profesional del que sea nudo propietario el otro cónyuge; pero lo es mucho menos que tal supuesto llegue a producirse en los casos de separación o divorcio. Un sistema que acoge un precepto como el artículo 1.405 del Código Civil, por el que se procura, arbitrando medios extraordinarios, que se extingan las relaciones crediticias personales entre cónyuges, aprovechando la partición del consorcio, con la exclusiva finalidad de evitar que estas relaciones se prolonguen *a posteriori*, no es, a mi modo de ver, muy coherente al propiciar el establecimiento de relaciones jurídicas que puedan prolongarse de por vida a través de la constitución de un derecho real limitado de goce de marcado carácter personalista.

Todo ello conduce a que entendamos que el aspecto subjetivo del

(73) A CANO TELLO le ha parecido tan indiferenciable el régimen aplicable a los números 2.º y 3.º del artículo 1.406 que ha llegado a afirmar, según creo, erróneamente: «Si entre los bienes gananciales existe una explotación agrícola, comercial o industrial que uno de los cónyuges hubiera llevado con su trabajo o el local donde hubiere venido ejerciendo su profesión, podrá, según el artículo 1.407, pedir que se le atribuya, bien en propiedad, bien en régimen de uso o habitación, sin perjuicio del abono, en su caso, de las diferencias en dinero». *La nueva regulación de la sociedad de gananciales*, pág. 88.

artículo 1.407 del Código Civil es sólo parcialmente adecuado y que debió, o bien reservarse exclusivamente para cuando el atributario es el cónyuge sobreviviente, porque concurre a la partición con los herederos del cónyuge premuerto, o bien debió haber recibido igual tratamiento la explotación agrícola, comercial o industrial. Ahora bien, dadas las coordenadas en que se desenvuelve nuestro sistema de atribución preferente, la admisión del primer supuesto señalado únicamente, con categorización de atribución de derecho, aportaría coherencia al conjunto institucional y lograría un tratamiento equitativo para todos los supuestos previstos, lo que en su actual configuración no se logra en absoluto.

d) INTERRELACIÓN ENTRE LA OPCIÓN DEL ATRIBUTARIO
Y EL ABONO DEL SALDO DE DIFERENCIA

Es la estructura finalista del artículo 1.407 del Código Civil la que da verdadera unidad de tratamiento al conjunto de mecanismos atributarios que se contemplan en este precepto: opción, liquidación del haber y abono de la diferencia en metálico.

Esta potenciación de las facultades del atributario le permiten prácticamente calibrar y colmar sus más importantes necesidades, cualesquiera que sean sus personales circunstancias, pudiendo ejercer la atribución teniendo en cuenta su situación económica personal, su posición en el consorcio, su esperanza de vida y sus proyectos personales y profesionales de futuro. Todo ello hasta un punto tal que resulta sorprendente, pues de la comparación de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil no cabe sino llegar a la conclusión de que los planteamientos de ambos artículos se sitúan, respectivamente, en las antípodas de los sistemas posibles de atribución preferente. En tanto que el sistema ordinario —el del art. 1.406 CC— es un casi no ser, por lo mínimo de las posibilidades que ofrece, por lo que no he dudado en calificarlo de estrecho, poco social y, en definitiva, muy poco práctico por las dificultades que encontrará en la práctica, privado en principio de la posibilidad de abonar saldo alguno de diferencia, constreñido a la medida del haber del atributario, por su parte el sistema excepcional del artículo 1.407 del Código Civil es pródigo en posibilidades unilaterales otorgadas sin medida de la realidad al cónyuge atributario. Hay que tener presente que el derecho de opción que se acoge puede llegar a ser innecesariamente gravoso para el otro cónyuge, en los supuestos de separación y divorcio y en los de disolución judicial del artículo 1.393 del Código Civil, y parece evidente que la transferencia de un sistema pensado para el supuesto singular de ser exclusivamente atributario el cónyuge sobreviviente a otro en el que la atribución del local profesional puede ejercerse cual-

quiera que sea la causa de la conclusión de la sociedad conyugal, tiene que resultar, en principio, forzosamente desacertado, por ser fuente de resultados contrarios a la equidad y a la igualdad entre los cónyuges. No puede existir la menor duda de que la posición en que sitúa el artículo 1.407 al cónyuge profesional respecto de la contemplada en el apartado 2.º del artículo 1.406 es de absoluto privilegio, hasta tal punto que hace pensar en que los dos artículos corresponden a propuestas o proyectos distintos alternativos que se aprueban conjuntamente por error, pues es difícilmente imaginable que un régimen matrimonial en el que la igualdad es siempre el paradigma pueda llegar a discriminar después por razones profesionales.

La concepción misma del precepto invita a forzar una interpretación de sentido restrictivo, mucho más cuando no prevé una actuación judicial que en los casos potencialmente conflictivos valore los contrapuestos intereses en presencia, tanto sociales como familiares, como viene exigiendo en parecidísimas circunstancias el artículo 1.447 del Código Civil belga, al que nos venimos refiriendo reiteradamente. Restricción que entiendo pasa por una valoración de la interrelación opción-abono de la diferencia en metálico, a la vista de las circunstancias en que se produce la disolución del consorcio conyugal.

Ya argumentamos más atrás cómo entendíamos que el abono del saldo de diferencia no debería, mejor, no podría servir para forzar abiertamente el límite objetivo común a toda la regulación, cual es el del haber del atributario, y, en su consecuencia, no podría emplearse para alzarse el atributario con todos o la mayor parte de los bienes del consorcio, abonando la diferencia en metálico. De igual manera entiendo que no puede acumularse la atribución de la vivienda y del local profesional cuando la suma del valor de ambos bienes excede notablemente del haber del atributario, o pretender combinar las facultades del 1.407 con el ejercicio de atribuciones de los apartados 1.º y 2.º del 1.406, con idéntico resultado de sobrepasar desmesuradamente el haber, o pretender la atribución de un bien en propiedad y otro por la vía de constitución de un derecho de uso o habitación, acumulando así varias atribuciones que de otro modo no serían posibles, porque entiendo que la ampliación de facultades que se opera en el artículo 1.407 del Código Civil tiene un sentido finalístico que no puede desviarse para alcanzar un nivel de privilegio en favor de uno de los cónyuges —el profesional—, en detrimento del que no lo es, o del supérstite, sobre los herederos del otro. La opción y el abono del saldo de diferencia se conceden de consuno para facilitar la atribución de uno de los bienes, la vivienda o el local profesional, pero no para, sirviéndose de ellos, acumular atribuciones

frente al otro cónyuge, como mínimo, e incluso frente a los herederos, pudiendo constituir tales maniobras un caso patente de abuso de derecho.

Es claro que de la letra del precepto puede deducirse la posición contraria a la que sostengo, y podría afirmarse con Díez-Picazo que «el hecho de que el valor de los bienes o el valor del derecho real constituido supere la cifra en que se ha fijado el haber del cónyuge adjudicatario no impide por sí solo el derecho de éste, con tal que se abone la diferencia en metálico» (74). Ahora bien, esta interpretación, sin duda contraria al sistema general de atribuciones, para el que no constituiría una verdadera excepción, sino un régimen enteramente distinto, lo que podría justificarse si se tratase del cónyuge supérstite sólo y, por lo tanto, frente a los herederos, pero no desde luego de un derecho del cónyuge preferencial frente al otro que no lo es, o lo que es peor, siéndolo, ejerce en un local arrendado al efecto o en otra situación. Es igualmente contrario radicalmente al principio de igualdad entre los cónyuges que inspira la totalidad del nuevo régimen de sociedad de gananciales, que llevado a su extremo da lugar a un precepto tan duro como el artículo 1.403 del Código Civil.

Por todo ello parece que la relación opción-saldo debe entenderse circunscrita a uno de los bienes o al derecho de uso o habitación sobre uno de ellos, y eso cumulativamente. Si para ello debe traspasarse el límite objetivo del sistema, el saldo negativo para el atributario puede producirse cuando con tan sólo la inclusión de uno de estos bienes —la vivienda o el local profesional—, bien sea en propiedad, bien sea en uso, se sobrepasa ya el haber asignado, y para este caso y no para otro entiendo se concede la excepción propiamente dicha, que es la de abonar la diferencia en metálico.

e). LA OPCIÓN

El artículo 1.407, sin más condicionamientos que el de la limitación de objetos —la vivienda y el local profesional—, dispone que «podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación». Esta elección incondicionada que hemos venido criticando da a la partición una adicional naturaleza constitutiva a su ordinario carácter determinativo y cuya mecánica formal debe estudiarse.

(74) Díez-Picazo: *Comentarios...*, vol. II, pág. 1803.

a') *Presupuestos de la opción*

La posibilidad de pedir la atribución de la posesión de la vivienda o del local profesional por constitución de un derecho real limitado de goce presupone que el atributario tiene la facultad atípica de configurar la partición situando un bien en el lote del otro u otros copartícipes en nuda propiedad, reservándose para él el uso del mismo, posición que ya hemos combatido para supuestos menos intrincados al estudiar la formación de los lotes en presencia del derecho de atribución preferente. El atributario no puede, cualesquiera que sean las circunstancias del consorcio, imponer al otro cónyuge qué bienes y a qué título deben integrar su lote, porque una cosa es pedir con preferencia, es decir, elegir para sí, y otra muy diferente configurar la composición del lote del otro, aunque ello sea muchas veces, las más absolutamente inevitable, pero no como efecto directo de la atribución, sino, en todo caso, como consecuencia indirecta.

Por ello, la opción que el artículo 1.407 presenta como contenido ordinario del derecho de atribución del cónyuge supérstite por la vivienda o del cónyuge profesional sobre el local en que se presta el ejercicio entiendo que es una pura apariencia; creo que la opción a que se constituya en favor del atributario un derecho real de uso o habitación tan sólo procede cuando uno de estos bienes sobrepasa por sí solo el haber que le corresponde al solicitante; si el valor de este bien no sobrepasa el referido haber creo que el otro cónyuge o sus herederos pueden oponerse eficazmente a la constitución de tal derecho real limitado, pues, como ya he puesto de manifiesto, el empleo de las facultades extraordinarias del artículo 1.407, encaminado a la acumulación de atribuciones, constituye un abuso de derecho por desviación arbitraria de la finalidad de la norma, pues la excepción al límite genérico institucional de no sobrepasar el haber reconocido para cada una de las partes consistente en admitir el abono de la diferencia no es más que una forma de reconocer su función limitativa y, a la vez, equilibradora, que también debe estar presente en la interpretación del artículo 1.407 del Código Civil.

Existe, pues, una clara interrelación interna entre la opción y la facultad de abonar la diferencia en metálico que hace contemplar aisladamente la atribución de la vivienda y la del local profesional, y, desde luego, impide combinar facultades para acumular atribuciones, tentación que brinda la construcción asistemática de los artículos 1.406 y 1.407, que pecan por defecto y por exceso, impidiendo ejercicios ordinarios de atribución en los consorcios deficitarios o con problemas de liquidez o facilitando, al menos, aparentemente atribuciones expoliatorias, respectivamente. Con la fórmula empleada por el legislador en el artículo 1.407

del Código Civil sucede que ha venido a potenciar en un supuesto singular y aislado —el del cónyuge profesional— aquellos efectos que quería evitar, cual es el de sobrepasar el haber reconocido, no como puro hecho que da lugar a una compensación en metálico, situación común en todas las legislaciones que han enfocado la regulación de las atribuciones preferentes de forma realista, sino al situar este dato fáctico como límite externo hasta el que puede llegar la desigualdad cualitativa que se pretende corregir automáticamente, pues es evidente que, llevado más allá de unos límites razonables, aquí entiendo sirve plenamente la orientación de GARCÍA-CANTERO (75), parece contrario a la equidad que debe presidir la partición.

b') *Mecánica de la opción*

Entendida la opción como ampliación de las facultades del cónyuge atributario para facilitar la adjudicación de la vivienda familiar o el local profesional, no requiere de especialidad alguna si esta adjudicación es en propiedad, pues el problema queda trasladado al espinoso y clásico asunto de la valoración; pero sí si en la elección recae bajo la forma de derecho de uso o habitación. La atribución en este caso, además de suponer una liquidación de la propia partición, requiere de una valoración especial y de la constitución de tal derecho en la escritura particional.

En cuanto a la valoración del derecho real limitado, apunta Díez-PICAZO como posibilidad, el empleo de la técnica seguida por Hacienda para la liquidación del impuesto correspondiente (76), pero creo que este sistema de valoración atiende exclusivamente a dos elementos: la edad del atributario (y por tramos de diez en diez años) y el valor de la cosa en venta, lo que resulta excesivamente genérico para los particulares, para lo que a mi entender sería preferible aplicar las técnicas propias del seguro de vida para la duración y el precio de los alquileres de la zona para el cálculo del valor y no el del valor en venta de cosa sobre la que recae el derecho real limitado; de todas formas en esta materia las bases a emplear serán siempre muy variables y muy discutibles.

El derecho real se constituirá teniendo por título la propia partición, y es un caso claro de interversión del título posesorio. El cónyuge que era poseedor de la vivienda o del local profesional a título de dueño, pues el objeto atribuido era ganancial, continúa en la posesión del mismo

(75) GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 476.

(76) Díez-PICAZO: *Comentarios...*, V, II, pág. 1803.

por efecto de la partición, pero ahora como titular de un derecho real limitado de goce, pasando la nuda propiedad a corresponder al otro cónyuge o a los herederos del cónyuge premuerto, pero ambos títulos nacen coetáneamente por efecto de la partición y no es creado el derecho real limitado por los nuevos propietarios del inmueble. Es decir, el acuerdo particional o la correspondiente declaración judicial aprobatoria de la partición es la que divide las titularidades sobre la cosa, declarando una nuda propiedad y un derecho real de uso o habitación para cada uno de los particionarios, respectivamente, por lo que en este caso la partición adquiere una especial y atípica naturaleza constitutiva.

c') *¿Puede efectuarse la atribución a otro título?*

GARCÍA CANTERO (77) se pregunta, sin respuesta, si no podrá solicitarse la constitución de un derecho de usufructo o de arrendamiento. La respuesta entiendo debe ser negativa por dos diferentes razones: Primera, porque la propia opción ya es en sí misma una excepción a la excepción; es decir, es la manifestación de una modalidad de atribución verdaderamente privilegiada para el cónyuge atributario y singularmente en el caso del profesional que solicita la atribución del local en el que viene ejerciendo, por lo que el precepto debe interpretarse en este punto restrictivamente y la posesión a que puede tener derecho sólo podrá ser bien en propiedad, bien como titular de un derecho de uso o habitación constituido al efecto. Qué duda cabe que el atributario puede pedir la atribución por cualquier título inferior en plenitud de facultades al de propiedad, pero ella será con vistas a un acuerdo particional *inter partes* que tendrá que alcanzar su plena validez por aplicación directa, por remisión del 1.410 al artículo 1.058, conforme al cual, adaptado al caso «si los particionarios fueren mayores de edad y tuvieran la libre administración de sus bienes, podrán distribuir los bienes que integran la masa consorcial neta de la manera que tengan por conveniente»; pero ante el desacuerdo de los coparticionarios, el cónyuge no atributario o sus herederos no tienen por qué consentir la creación de otro derecho diferente al de uso o habitación.

Segunda, porque el régimen jurídico del derecho de uso y de habitación (arts. 523 a 529 del Código Civil) es el que le cuadra a esta modalidad singular de atribución. Bien es verdad que el artículo 524 define el uso como derecho a percibir frutos de la cosa, y el bien atribuible en uso —el local profesional— no es de especie fructífera natural; los frutos que podría producir son civiles vía arrendamiento u otro derecho que

(77) GARCÍA CANTERO, *op. y loc. cit.*

le está especialmente vedado al usuario (art. 525), pero nada impide la constitución del derecho de uso sobre un bien que sólo sea susceptible de ser ocupado. Lo que interesa para la atribución es limitar al máximo los poderes y facultades del atributario sobre la cosa atribuida de este modo, y ello se logra del mejor modo posible de esta forma.

La elección de la figura por el legislador, y en este aspecto hay que subrayar su sensibilidad jurídica, está fundada esencialmente en ser derechos específicamente destinados a cubrir las necesidades más perentorias del titular del derecho y de su familia y limitados a estas estrictas necesidades (arts. 524 y 525), con obligación de conservar, reparar o abonar gastos y contribuciones (art. 527), así como con un régimen de extinción a la muerte del atributario y por abuso grave sobre la cosa (artículos 513 y 529). Además, al inicio del disfrute del derecho, el titular tiene la obligación de otorgar inventario y de prestar la correspondiente fianza (art. 525). Todos estos elementos esenciales del derecho de uso y de la habitación resultan sumamente apropiados y cubren suficientemente las necesidades que quieren preservarse en la atribución del artículo 1.407 del Código Civil; cualquier otra ampliación quedaría fuera de lugar hasta resultar exorbitante.

Este sistema aplicado exclusivamente a la vivienda familiar haría del artículo 1.407 un régimen modélico de atribución preferente; su extensión al local profesional me parece desafortunada, pues este tipo de interés está igualmente presente en la atribución de la explotación agrícola, industrial o mercantil y no recibe tal protección, a pesar de contar con antecedentes patrios tales como el artículo 56, 2.º, de la Compilación aragonesa y el artículo 1.056, 2.º, del Código Civil en sede de sucesiones, en los que el abono en metálico de la diferencia es admitido y normal.

f) EL ABONO DE LA DIFERENCIA EN METÁLICO

Esta posibilidad, característica básica de los derechos de atribución preferente de todas las legislaciones que los acogen, tiene carácter de excepción en el sistema del Código Civil, lo que no sólo resulta excesivamente reductor de las posibilidades de ejercicio ordinario del derecho, sino que dificulta su tratamiento en los concretos supuestos en que es admitido por la norma.

El régimen normal de las atribuciones preferentes en Francia y Bélgica no sólo alcanza al abono de la *soulte*, sino que permite que por el Juez se fijen, en defecto de acuerdo *inter partes*, plazos para su abono y fijación de la cuantía de los intereses que deban abonarse —situación que en el Código Civil se admite con menos justificación para el abono

del crédito de participación (art. 1.431)—, es decir, con la atribución preferente de derecho suele nacer un derecho de crédito con interés y aplazado en fracciones del que es titular el cónyuge no atributario o sus herederos, y la excepción consiste en que el Juez, valorando las circunstancias e intereses presentes en el caso, deniegue tal posibilidad obligando al atributario a abonar el saldo de diferencia en el momento mismo de materializarse la partición. Igualmente en las atribuciones facultativas sobre el abono de diferencia en metálico, si bien, como dispone el artículo 832, 9.º, del Código Civil francés: «Salvo acuerdo amigable entre los coparticionarios, el saldo eventualmente debido debe pagarse al contado». Para evitar la pervivencia abusiva de estas situaciones crediticias después que el atributario se desprenda del bien atribuido dispone el artículo 832, 1. 3.º, del mencionado Código, que «en los casos de venta de la totalidad del bien atribuido, la fracción del saldo que queda debida deviene inmediatamente exigible; en los casos de ventas parciales, el producto de éstas será vertido hacia los coparticionarios e imputado sobre la fracción de saldo aún debida», lo que nos proporciona la visión del carácter ordinario, que tiene la posibilidad de ejercer la atribución sobre bienes que excedan del haber del atributario.

El tratamiento español de este importante aspecto, amén de no admitir en los supuestos ordinarios de atribución el abono de la diferencia en metálico, impone —en ello se encuentra concorde la mejor doctrina: LACRUZ, DÍEZ-PICAZO, DE LOS MOZOS, ALBALADEJO, GARCÍA CANTERO— que en los supuestos del artículo 1.407 en que esta compensación tenga lugar, el atributario deberá hacer efectiva en metálico la diferencia en el momento mismo de ejecutarse la partición.

Es evidente que el legislador ha querido evitar las situaciones de crédito personal, no admitiéndolas sencilla y llanamente, o en los casos excepcionales en que las admite, convirtiéndolas en una compensación entre lotes, de forma tal que el atributario *in natura* en exceso respecto de su cuota reconocida vierte en el consorcio la diferencia, agrandando la masa partible para que en el momento de la división material ambos lotes sean iguales en valor efectivo y no llegue a nacer siquiera una relación de crédito-deuda entre los coparticionarios.

Creo, al respecto, que el legislador ha adoptado una visión irreal y simplista de las atribuciones preferentes y de los problemas que se derivan de la partición del consorcio, pues en esta materia era preferible facultar al no atributario que deviniese acreedor para exigir la constitución de una garantía real suficiente sobre el bien atribuido respondiendo del crédito y fijando tipos de interés corrientes en el mercado en relación con el aplazamiento que se otorgue —con el límite de los tres años del

artículo 1.431 del Código Civil—, pues sin este mecanismo realista lo que se logra es hacer de la atribución una mera posibilidad y no una vía eficaz de protección de intereses que el legislador estima son dignos de tutela por el ordenamiento jurídico; es más, en Francia se amplía cada vez más esta posibilidad, porque entienden que partir por mitad aritméticamente equivale las más de las veces a vender en malas condiciones o a liquidar patrimonios fruto de los esfuerzos de quien la norma reconoce como atributario.

g) LA OPCIÓN DEL ARTÍCULO 1.407 DEL CÓDIGO CIVIL
Y LA EXISTENCIA DE UN DERECHO DE USUFRUCTO VIDUAL
CAPITULAR O TESTAMENTARIO

Dada la creciente práctica entre los matrimonios de Derecho común de concederse los cónyuges recíprocamente por capítulos, o más frecuentemente por testamento, un derecho de usufructo vidual sobre los bienes del premuerto en su totalidad o sobre los que corresponderían a su cuota de gananciales, y dada asimismo la naturaleza finalística, prácticamente coincidente con la función del citado usufructo, de las atribuciones preferentes, y en especial las contempladas en el artículo 1.407 del Código Civil, cabe preguntarse si ambas instituciones son compatibles y, por tanto, ejercitables acumulativamente o no.

La cuestión es de carácter secundario y adjetivo al problema nuclear que plantea el artículo 1.407 del Código Civil; la incompatibilidad debería plantearse tan sólo para uno de los términos de la opción del artículo 1.407: el de la constitución de un derecho real de uso o habitación, pues es evidente que la atribución del usufructo vidual en nada entorpece el ejercicio del derecho de atribución para adquirir la propiedad de la vivienda-residencia habitual o del local profesional, ambas posibilidades institucionales conviven en perfecta armonía en la Compilación aragonesa. Tal armonía y su consecuente compatibilidad acumulativa puede predicarse también respecto de un usufructo vidual convencional de ámbito material más amplio y el derecho de uso o habitación sobre los concretos bienes a que se refiere el artículo 1.407. Hay que tener en cuenta al respecto que el derecho de uso o habitación, aunque más limitado en facultades y más personalista que el de usufructo vidual, tiene una duración incondicionada por el tiempo de vida del atributario, en tanto que el usufructo vidual está condicionado al mantenimiento por el favorecido de su estado de viudez, por lo que cabe entender que esta diferencia esencial supone que obedezcan ambas instituciones a distinta finalidad, por lo que el favorecido atributario entiendo podrá hacer uso

pleno de la opción del artículo 1.407 del Código Civil con independencia de aceptar el derecho de usufructo para el resto del patrimonio si existe, pues la finalidad del usufructo viudal se orienta al mantenimiento de las rentas que percibía el consorcio matrimonial en favor del cónyuge superviviente en tanto mantenga el estado de viudez, y la del uso o habitación, el disfrute personal de la vivienda o del local profesional en tanto viva, siendo indiferente para su continuidad que permanezca viudo o contraiga nuevas nupcias. Por ello no cabe sino pronunciarse por la compatibilidad, pues se trata de derechos y finalidades distintos, aunque muy próximos y con un mismo origen.

E. La posibilidad de ejercer la atribución preferente «ordinaria» sobre bien consorcial que sobrepase el haber del atributario

a) EL ARGUMENTO LEGAL NEGATIVO

La estructura normativa de la atribución preferente «ordinaria», tal y como se nos muestra en el inciso primero del artículo 1.406 del Código Civil, se corresponde con la de un derecho de alcance limitado, doblemente limitado en este caso, pues, de una parte, su ejercicio sólo puede recaer sobre un elenco muy determinado de bienes: los que en el precepto se enumeran y, en su caso, los que en iguales circunstancias cumplan para el atributario una función análoga a los expresamente señalados; en tanto que, de otra parte, el *quantum* atribuible —ya sea con un solo bien, ya sea por la adición de varios— no puede sobrepasar en valor real el fijado para la cuota que, en cada caso, corresponda al atributario.

Como ya sabemos, este último límite de carácter cuantitativo se erige, en esta particular concepción de nuestro Código, en límite objetivo del derecho de atribución preferente, y a través del mismo se pretende que la igualdad cuantitativa, que debe respetarse a todo trance en la partición, y a pesar de la propia atribución preferente, se alcance *in natura*, es decir, conformando las hijuelas con bienes existentes en el consorcio, con exclusión de otra posible compensación a cargo del patrimonio privativo del atributario.

Esta singular concepción, sin equivalente en los restantes ordenamientos, especialmente rígida, que proporciona el análisis directo del artículo 1.406, se refuerza, si cabe, con la que proporciona, por la vía del argumento *a contrario*, el estudio del artículo 1.407 del Código Civil, que hemos efectuado más atrás. El abono en metálico del saldo de diferencia, que en el mismo se reconoce como facultad del atributario, tiene, como todos los extremos del 1.407, un claro carácter de excepción, por lo que

su interpretación tiene que quedar constreñida a las circunstancias personales y materiales que en él se contemplan, sin que quepa ampliarlas a otros supuestos.

Si a las razones expuestas añadimos que los legisladores han evitado cuidadosamente toda posibilidad de intervención judicial directa en la determinación de la posibilidad de ejercicio de la atribución, es decir, han descartado la introducción en nuestro ordenamiento de la denominada atribución facultativa, que desempeña un papel capital en los sistemas que nos ofrece el Derecho comparado, en orden a la adecuación de fines y medios en el ejercicio de esta modalidad de partición, y que aquí podría poner de manifiesto su virtualidad eminentemente armonizadora de los diferentes intereses contrapuestos, todos ellos dignos de defensa, es menester concluir que no es posible, con el juego que ofrecen los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil, ejercer la atribución preferente «ordinaria» cuando el bien atribuible tiene un valor superior al que representa la cuota íntegra del tributario en la masa consorcial dividenda.

b) LA SITUACIÓN PARADÓJICA A QUE CONDUCE ESTA CONCLUSIÓN LEGAL

La radical diferenciación entre el régimen especial de atribución del artículo 1.407 respecto del general del artículo 1.406 resulta comprensible para la vivienda familiar, en cuyo tratamiento confluyen elementos subjetivos y objetivos que justifican sobradamente el régimen excepcional resultante, pero deviene difícil de entender, y mucho más de explicar, cuando la diferenciación tiene un puro carácter objetivo, o mejor, deducido de la naturaleza del objeto atribuible, quedando del lado, podemos decir con propiedad, privilegiado el local profesional, y del otro lado, del ordinario, las explotaciones agrícolas, comerciales o industriales.

Parece evidente que dada la expresión literal de los apartados 1.º —éste en su versión del Proyecto de Ley, ya que la adenda modificativa efectuada en el Congreso de los Diputados carece de sentido práctico, por lo que entiendo debería tenerse como no puesta—, 2.º y 3.º del artículo 1.406 del Código Civil y la clara orientación finalista dada a la atribución preferente en pro de la estabilidad profesional de tributario, especialmente por cuanto se refiere a estos tres primeros apartados, no puede sostenerse razonablemente, me parece, que para el legislador resulte más digno de protección el interés del profesional liberal o del que desempeña un oficio, en el que el local profesional juega un importante papel en la proyección profesional, que el que indudablemente tiene el labrador sobre su tierra, el comerciante sobre el conjunto de su negocio, el industrial sobre su fábrica o taller o el mismo profesional con-

templado en el artículo 1.406, 3.º, del Código Civil sobre los instrumentos propios del oficio o profesión que desempeña y que deban ser considerados gananciales; es, creo yo, una posición teórica de partida sencillamente insostenible. No puede llegarse, de ningún modo, a tal conclusión, pues quienes introducen en el ámbito del Código Civil la institución de la atribución preferente no podían tener una idea tan parcial sobre cuáles eran los intereses que efectivamente requerían tal tipo de protección y qué circunstancias deberían darse para que tal protección llegase a adquirir una u otra amplitud —la general del artículo 1.406 o la excepcional del 1.407—, por lo que es preciso indagar en otras explicaciones más plausibles para tratar de razonar el tratamiento radicalmente diferente que se deduce de la normativa aprobada.

Este resultado, entiendo, puede deberse a cualquiera de las explicaciones que a continuación trato de esbozar o a la concurrencia parcial o total de las mismas:

1. Al haberse inspirado el legislador, como ya hemos venido apuntando, en muy diferentes fuentes. Así, para designar los objetos potencialmente atribuibles recogidos en el artículo 1.406 del Código Civil, la orientación viene del artículo 832 del Código Civil francés, pero guardándose de recoger, a su vez, ninguna de las peculiaridades propias del sistema francés de atribuciones preferentes contenidas en éste y los siguientes preceptos en sede de sucesiones y en los concordantes propios de la *communauté légale*, en tanto que para la excepción ampliativa de las facultades del tributario contenida en el artículo 1.407 del Código Civil se ha tomado la inspiración, por lo que al ámbito material se refiere, del esquemático sistema de atribución preferente belga contenido en los artículos 1.446 y 1.447 de su Código Civil, pero sin aceptar tampoco la orientación y las peculiaridades propias de este sistema.

En mis reflexiones sobre esta dualidad de criterios aparece cada vez con más evidencia que el legislador español ha incurrido en un error de apreciación en este punto: no ha valorado en su justa medida las diferencias que separan a los regímenes matrimoniales francés de 1965, del belga de 1976, que van hoy mucho más allá del matiz para centrarse en aspectos sustanciales. Uno de estos aspectos es el de las atribuciones preferentes, por lo que la superposición que se da en nuestro sistema, lejos de alumbrar un sistema ecléctico, técnica que ha dominado magistralmente nuestra doctrina, y para la cual ofrecían los sistemas aludidos muchas posibilidades creativas, o de innovar, proponiendo un tercer sistema de atribuciones —lo que no era imposible—, se ha quedado en una adición de elementos heterogéneos que, en mi personal opinión, conducirá a resultados poco satisfactorios en la práctica.

En el fondo del problema late una deficiente representación de qué debe entenderse por *igualdad* en el contexto de nuestra Constitución de 1978 y en la proyección hacia el resto del ordenamiento del artículo 14 de la misma, y que sigue anclada en el más puro doctrinarismo liberal sin las barreras religiosas y morales que atenazaban a los cultivadores de esta filosofía política allá en el segundo tercio de nuestro rico y cambiante siglo XIX. La igualdad, aunque parezca que la traigo aquí por los pelos, o, al menos, el concepto que informa las reformas del Derecho de familia de 1981, ha marcado una secuencia lógica o tenida por tal, que supone que todas las formas habituales de conclusión del matrimonio, y con él, de la sociedad de gananciales, deben caber en la fórmula vaga, ingenua y utópica del artículo 1.392, 1.º, del Código Civil: «La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: 1.º Cuando se disuelva el matrimonio», lo que, a su vez, supone que debe darse el mismo valor jurídico a la muerte de uno de los cónyuges, la separación judicial o el divorcio vincular, sin declaración de cónyuge culpable y sin pérdida de las correspondientes participaciones en la sociedad ganancial, e institucionalizar un sistema de atribución preferente único en el que la distinción «de derecho» y «facultativa» se hubiera juzgado poco menos que de reaccionaria. Pero había que resolver el problema de la vivienda familiar, y había que hacerlo sin contradicción con el sistema de la separación y del divorcio, por lo que se acudió al sistema belga del artículo 1.446 de su Código, y entonces se coló de rondón el local profesional, presente en tal precepto, con lo que se importó un poco más de lo que, en principio, se quería.

2. Tal vez me haya radicalmente equivocado en mi apreciación anterior y la diferenciación se deba a una observación de los objetos atribuibles demasiado apegada a su realidad, de la que puede surgir la idea de que en tanto el local en que se viene ejerciendo la profesión suele ser jurídicamente un objeto indivisible, susceptible de ser objeto de una propiedad indivisa por cuotas, pero no de dar lugar a propiedades divisas materialmente, en virtud tanto de la legislación urbanística y de las limitaciones propias de la propiedad horizontal, en cuyo contexto se piensa a la hora de hablar de «local», como de la propia realidad física, las explotaciones agrícolas, comerciales o industriales, como objetos complejos constituidos por adición de elementos, tan sólo unidos por una finalidad común, no sólo suelen ser fácilmente divisibles, sino también susceptibles de explotación bajo forma social. Con lo que el atributivo preferente de una de estas explotaciones podría prescindir de algunos elementos hasta acomodarse al límite objetivo del sistema y así mantenerse dentro del *quantum* que fije su haber, con lo que nos encontramos de

nuevo bajo la influencia francesa, caracterizada en este punto por dar un tratamiento diferenciado al fondo de consorcio o industrial, de una parte, y al local comercial o a la instalación fabril, de otra.

En el plano práctico es evidente que tal idea no contradice la realidad, pero no por ello deja de tener graves inconvenientes teóricos, e incluso conduce a consecuencias muy difíciles de calcular *a priori*. La divisibilidad o indivisibilidad es un elemento que favorece o entorpece, respectivamente, la partición, y correlativamente, y a la inversa, es más o menos conveniente su susceptibilidad de ser atribuida preferentemente con el correspondiente abono de las compensaciones que procedan; pero no es en este plano en el que se desenvuelven nuestros supuestos de atribución preferente, situación próxima a la contemplada en el artículo 1.062, 1.º, del Código Civil, sino en el de una institución eminentemente finalista de protección de un interés de quien la norma hace atributivo preferente, en un terreno que guarda un indudable parentesco con el artículo 1.056, 2.º, del Código Civil, para el que los criterios físicos de la cosa susceptible de atribución favorecen o perjudican la operación, pero no la determinan, o mejor, no la debieran determinar, pues la relación que guarda la explotación de que se trate y el local respecto de la continuidad de la profesión es, en términos generales, la misma, por lo que mantener al respecto dos criterios radicalmente diferentes sin que concurren más circunstancias que las de la naturaleza del objeto es, a mi personal juicio, una aberración del sistema.

3. Ha podido influir también en este desigual tratamiento una concepción popular del local profesional, como lugar abierto al público, y el hecho de recibir en él la atención que la clientela precise; pero tal acepción interesa también a la mayor parte de las explotaciones de carácter comercial, que están situadas en el ámbito del artículo 1.406, 2.º, y, sin embargo, no son objeto del tratamiento excepcional del artículo 1.407 del Código Civil; además, resulta muy difícil distinguir el carácter de local profesional del de explotación comercial en aquellos contados supuestos en que el local resulta determinante para el ejercicio de la profesión u oficio, por exigir la norma determinadas normas de distancia y reparto geográfico, como podría ser el caso de la farmacia, el estanco o la administración de loterías, establecimientos sujetos a este tipo de regulaciones administrativas y para los que resulta sumamente coherente el especial tipo de atribución que se concibe en el artículo 1.407 del Código Civil.

De todas formas, parece que la búsqueda de las razones que den coherencia al diferenciado tratamiento de las atribuciones preferentes, contempladas en los apartados 2.º y 3.º del artículo 1.406 del Código

Civil, es una especulación estéril, que no puede sacarnos del resultado paradójico que se deduce del tratamiento legal antes examinado, y del que es prácticamente imposible salirse desde la perspectiva que proporcionan las normas. Tan sólo cabe dejar constancia del desigual tratamiento que éstas ofrecen y subrayar que los artículos 1.406 y 1.407 no obedecen a una concepción sistemático-formal propia de las atribuciones preferentes, sino que cada una de las posibles ofrece su propio y particular plano teórico.

c) ¿EL LÍMITE OBJETIVO DEL HABER DEL ATRIBUTARIO CONSTITUYE UNA VERDADERA PROHIBICIÓN?

Ante esta pregunta, de cuya respuesta depende en la práctica la efectividad de la mayor parte de las atribuciones que venimos denominando ordinarias, no se puede ofrecer una postura tajante, fuera de toda duda. Pues si bien, de una parte, no puede reconocerse el nacimiento de un verdadero derecho subjetivo en favor de quien la norma designa como potencial atributario cuando el bien atribuible, siendo de aquellos a los que se refieren los apartados 1.º y 2.º del artículo 1.406, tiene un valor reconocido por las partes superior a la cuota que corresponde al atributario en la partición, es decir, al atributario en estas circunstancias no puede exigir que se le incluya en su lote o hijuela el bien de uso personal —supuesto que será muy infrecuente— o la explotación que hubiera llevado el atributario con su trabajo; de una parte, y en mi opinión, esta modalidad particional no puede entenderse con un rigor típico de la expresión matemática en el que cualquier exceso sobre la cuota impide que la institución opere, sobre todo cuando el interés protegido por ella alcanza verdadera relevancia en sus dimensiones personal y familiar.

La ausencia, a todas luces lamentable, en nuestra regulación de las atribuciones preferentes de la categoría formal utilísima de las atribuciones facultativas omnipresentes en los Derechos francés y belga, parece resultaría conveniente no extremar más aún la dureza de las condiciones requeridas para que pueda ejercitarse esta modalidad particional cuando el exceso es muy pequeño, y para estos supuestos creo que deberían tenerse muy en cuenta esos parámetros, difíciles siempre de concretar, del interés de la familia, de la continuidad profesional y de la estabilidad del cónyuge atributario —no hay que olvidar que se le reconoce tal facultad en cuanto gestor que es de la explotación—, que aunque no están expresamente referidos en el texto, sí forman parte de la norma por cuanto se encuentran en el fundamento mismo de la institución de la atribución preferente.

Además, el rigorismo formal en la interpretación del inciso primero del artículo 1.406, que demandaría una modalidad verdaderamente extraordinaria de partición del haber neto del consorcio conyugal, entiendo debe mitigarse cuando en las propias normas se presentan, sin causa aparente que lo justifique, dos medidas tan dispares para la explotación agrícola, comercial e industrial, de una parte, y para el local profesional, de otra, de forma que la denegación de la atribución de las primeras, haciendo caso omiso a las circunstancias del caso y por imposición de la letra de la ley, devendría en una auténtica injusticia y en una verdadera discriminación en función del tipo de profesión ejercido.

Creo que podría llegarse a entender, partiendo de una interpretación finalista del precepto acorde con su propia razón de ser y con la tradicional admisión europea del abono en metálico del saldo de diferencia, que en ese porcentualmente exiguo exceso de la cosa respecto de la masa se da un supuesto de accesión económica, admitiéndose —siempre que con ello no se lesione el interés de la familia— para el atributario la posibilidad de abonar la diferencia en metálico, sin que con ello parezca se facilite una vía de conculcación de la concepción de atribución preferente que se ha adoptado en el Código Civil.

El problema con esta particular conclusión se traslada a cuál sea la medida aceptable de exceso para que opere esa atípica accesión económica que sugiero, pero entiendo que aquí podría aplicarse la medida utilizada en el artículo 1.074 del Código Civil para la rescisión por lesión en la partición de herencia, es decir, en la cuarta parte, que aplicada como exceso de cuota para el haber del atributario supone el no superar en una octava parte del haber del consorcio neto el exceso de adjudicación *in natura*.

F. Posibilidad de atribución preferente de bienes sobre los que se da el supuesto de comunidad ordinaria al amparo del artículo 1.354 del Código Civil, en especial la empresa fundada con capital mixto

La reforma del Código Civil francés de 13 de julio de 1965 ha venido a introducir un nuevo supuesto de atribución preferente, que opera exclusivamente en la disolución de la comunidad legal y que tiene por objeto aquellos inmuebles gananciales que son anejos o están contiguos a otro privativo, pues el artículo 1.475, 2.º, del Código Civil francés en su nueva redacción prevé: «Si un inmueble de la comunidad es anejo de otro inmueble perteneciente como privativo a uno de los cónyuges o es colindante a este inmueble, el cónyuge propietario tiene la facultad de hacér-

selo atribuir por imputación sobre su parte o mediante abono del saldo que corresponda, conforme al valor del bien al tiempo en que se pida la atribución». La doctrina francesa no ha acogido favorablemente esta nueva ampliación del ámbito material de las atribuciones preferentes, a pesar de que esta figura, ahora incorporada a la norma, tenía una larga tradición convencional, hasta el punto de haber llegado a ser una cláusula de estilo en las capitulaciones matrimoniales que fijaban como régimen económico-matrimonial el de comunidad reducida a la ganancia; la oposición crítica a esta ampliación se dirige, por los más eminentes tratadistas y especialistas en la materia (78), a que introduce en el régimen legal una forma más, de agravación del riesgo de desigualdad cualitativa *in natura* en la partición del consorcio, sobre todo cuando se trata de un inmueble que tan sólo es colindante de otro privativo.

Esta nueva posibilidad de atribución del ordenamiento francés, que traemos a colación (que no ha sido recogida por nuestra reforma de 1981), puede parecer excesiva, sobre todo por no haber establecido ningún límite objetivo para su ejercicio, como elemento de salvaguarda cualitativa en la partición, con lo que es muy posible que se lleguen a dar casos en que el inmueble atribuible sea de mucho mayor valor que el originariamente privativo, que da lugar a la atribución, y con ello se fomente una orientación en la adquisición de inmuebles gananciales, más conveniente para los intereses personales de uno de los cónyuges que para los del consorcio; pero hay que tener en cuenta, al respecto y a la hora de valorar las críticas doctrinales, que esta atribución es siempre facultativa, es decir, sujeta a la petición ante el Juez y a la valoración positiva de éste, aunque aplicable siempre cualquiera que sea la causa de la disolución de la comunidad conyugal.

Al tratamiento español de la atribución preferente, si bien no interesa excesivamente el tipo de problemática concreta que subyace y se resuelve en este artículo 1.475, 2.º, del Código Civil francés, sí le alcanza su esencia, su razón de ser, pues puede servir de pauta analítica para el estudio de la atribuibilidad de aquellos bienes que, por razón del origen de los fondos empleados en su adquisición, resultan ser de titularidad mixta constituyendo un pro indiviso entre la sociedad de ganancias y el cónyuge aportante de diversos privativos con los que se financia parcialmente la adquisición, conforme a lo previsto en el artículo 1.354 del Código Civil.

La concepción que de la atribución preferente puede deducirse de los artículos 1.406 y 1.407 parece excluir, por interpretación *a contrario*,

(78) CORNU, *op. cit.*, págs. 566 y sigs.; PATARIN y MORIN, *op. cit.*, núm. 333, y PONSARD, *op. cit.*, núm. 292.

de su ámbito aquellos bienes sobre los que existe una comunidad ordinaria, pues la atribución preferente parece que por norma sólo puede ejercerse sobre aquellos bienes que constituyen al momento de la partición verdadera y neta ganancia del consorcio, por lo que deberían ser desde su adquisición enteramente gananciales y no tan sólo parcialmente gananciales.

Esta visión restrictiva parece lógica si se contemplan las atribuciones preferentes en un plano teórico y desligadas éstas de sus más inmediatas consecuencias prácticas, lo que resulta poco concorde con su origen histórico y su evolución, su propia razón de ser y su marco institucional: la partición del consorcio. El artículo 1.475, 2.º, del Código Civil francés constituye una buena manifestación de cómo en las atribuciones preferentes convive el interés económico con otros intereses de dimensión mucho más personalista, aspecto aquél que interesa tanto al legislador como éste; desde luego, históricamente ha interesado más su aspecto económico de conservación de unos bienes productivos en manos de quien la hace fructificar que ninguno otro, y por ello no puede obviarse cuando se trata de un supuesto, como en el de los pro indivisos del artículo 1.354 del Código Civil, en el que el trasfondo económico de las adquisiciones constante la sociedad se ha procurado tratar con el mayor realismo posible, pues su función no es otra que la de mantener el equilibrio entre las distintas masas, impidiendo que con recursos privativos unidos a otros gananciales se adquieran nuevos gananciales o viceversa. Por ello, el análisis de la posibilidad de ejercicio de la atribución preferente sobre bienes en los que la titularidad pro indivisa se da al amparo del artículo 1.354 del Código Civil, debe ser abordado desde las diferentes perspectivas que presenta.

En primer lugar, la presencia del *pro indiviso* previsto por la disciplina del artículo 1.354 del Código Civil, en la práctica de la modalidad de la partición con atribución preferente obliga a partir de la consideración de a quién pertenece la porción privativa en el *pro indiviso* (si al cónyuge atributivo, si al otro cónyuge o a los herederos de éste). Si es al cónyuge potencialmente atributivo, conforme a las condiciones y circunstancias personales que se deducen del artículo 1.406 del Código Civil, a quien pertenece, a su vez, la titularidad de la porción privativa en el bien de que se trate, entiendo que no puede alegarse contra esta atribución la existencia de una indivisión, y no existe inconveniente alguno ni en el plano teórico ni en el práctico para que lleve a efecto su derecho a la atribución preferente sobre la porción ganancial indivisa. A este respecto, parece evidente que tan sólo el titular de la porción privativa puede pedir, conforme al artículo 400 del Código Civil, en cualquier

tiempo la división material de la cosa común o su venta si es indivisible (artículo 404 del Código Civil), en tanto que para la porción ganancial se requiere a tal fin el acuerdo de ambos cónyuges o de los cotitulares de la masa consorcial dividenda resultante de la disolución y liquidación del régimen, por lo que la posición de la parte ganancial es la misma que en los supuestos de atribución preferente ordinarios y, en su consecuencia, deben concederse al atributario las facultades que se le reconocen en los artículos 1.406 y 1.407, sin que haya realmente especialidad alguna en el supuesto examinado.

Si, por el contrario, la porción privativa pertenece al cónyuge no atributario o a los herederos de éste hay que entender, conforme a la estructura jurídica de las facultades de los comuneros en la comunidad ordinaria, que éstos pueden promover en cualquier tiempo su disolución o forzar la venta si el objeto es indivisible, y el atributario potencial, por su parte, no puede ejercer la atribución preferente sobre la totalidad, parece evidente que ésta no entraña unos poderes o facultades de expropiación forzosa para ningún elemento perteneciente a la masa privativa de la otra parte. La atribución preferente no es más que un derecho o facultad que condiciona la partición de la masa consorcial, incluso cuando se reconoce la posibilidad de abonar el exceso de cuota en dinero, su virtualidad tiene como frontera absoluta, en principio, el ámbito material de lo ganancial y puede extenderse a todo lo ganancial, pero no más allá; no puede condicionar el pleno dominio que corresponde a cada cónyuge sobre sus bienes privativos de origen o por determinación legal del artículo 1.346 del Código Civil, porque ello sería contrario al planteamiento general del sistema en el que la subrogación real adquiere verdadera carta de naturaleza como elemento básico sobre el que descansa principalmente el equilibrio entre masas.

No obstante lo anterior, hay que tener muy en cuenta, en segundo lugar, que el artículo 1.354 del Código Civil ha sido llamado por obra de los legisladores, al modificar el ámbito de actuación que le es propio y que le fue asignado por la Comisión de Codificación, a desempeñar un papel más general, como se desprende de la referencia hecha al mismo en el artículo 1.347, 5.º, inciso final, a propósito de la ganancialidad o privatividad de la empresa fundada constante la sociedad, pues el texto aprobado dispone que: «Si a la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354», sustituyendo al principio de accesión en favor del capital mayoritario que propugnaba, creo que acertadamente, el Proyecto de Ley.

El cambio de texto, a que nos referimos, resulta determinante para

la disciplina de las atribuciones preferentes, si realmente este derecho o facultad no puede traspasar el ámbito de lo ganancial, pues la orientación dada por la Comisión de Codificación favorecía esta solución de futuro para la empresa, establecimiento o explotación fundada constante la sociedad de gananciales, cuando ésta resultaba ser ganancial íntegramente por serlo la mayoría del capital fundacional. El problema que con la redacción definitiva del artículo 1.347, 5.º; del Código Civil puede resultar más perturbador es el de la empresa creada con capital del cónyuge que personalmente la gestiona y capital ganancial, y al que se adicionó una pequeña parte del mismo de procedencia privativa del otro cónyuge, pues la solución ortodoxa a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior deberá impedir el ejercicio de la atribución preferente sobre la empresa con participación privativa del cónyuge no atributivo, lo que en el planteamiento general del sistema resulta gravemente perturbador en todos sus aspectos.

En la técnica legislativa de la reforma de 1981, los términos «empresa», «establecimiento» y «explotación» aparecen como sinónimos, como bienes de producción compuestos por diferentes elementos heterogéneos, pero dotados, como mínimo, de una elemental cohesión finalística que les confiere unidad y que les diferencia del resto del patrimonio familiar, tanto privativo como ganancial. Y en tanto que su diferenciación los hace idóneos para ejercer sobre ellos el derecho de atribución preferente por el cónyuge que los hubiera llevado con su trabajo (art. 1.406, 2.º, del Código Civil), su unidad los presenta como formalmente indivisibles, de forma que no puede distinguirse dentro de su contexto lo que es ganancial y lo que es privativo; ambas titularidades convergen porcentualmente sobre todos y cada uno de los elementos integrados, por lo que partiendo del texto enmendado y aprobado del apartado 5.º del artículo 1.347 del Código Civil, no es posible la atribución de la empresa, establecimiento o explotación cuya titularidad es de carácter mixto, conforme al artículo 1.354 del Código Civil, si una de las porciones del *pro indiviso* pertenece al cónyuge no atributivo o a sus herederos.

La solución idónea entiendo hubiera sido la de dar a las aportaciones minoritarias el mismo tratamiento que se otorga a las inversiones de mejora hechas en bienes privativos en el artículo 1.359, 2.º, del Código Civil, y ésta es, desde luego, la que debe emplearse para las ampliaciones de la empresa posteriores al acto de fundación, pero no, el texto del artículo 1.347, 5.º, del Código Civil, no puede obviarse a través de una argumentación audaz, pues sus términos son claros y concluyentes para el supuesto tipo de fundación mixta con participación económica privativa del cónyuge no gestor, en el que el titular del capital privativo

minoritario puede ejercer derechos a la división y a la venta que le reconocen los artículos 400 y 404 del Código Civil, respectivamente, sin perjuicio, claro está, de que la petición de división deba ajustarse a los requisitos y exigencias generales de la buena fe y a abstenerse del ejercicio abusivo de su derecho, como imponen los artículos 1.705 y siguientes del Código Civil, aplicables por analogía al supuesto que nos ocupa.

Aunque hay que reconocer que la modificación parlamentaria del artículo 1.347, 5.º, del Código Civil ha sido muy poco afortunada y poco reflexiva, y que el texto finalmente aprobado es técnicamente muy inferior al originariamente previsto por el Proyecto, sólo puede servirnos para fundamentar la crítica a que sometemos el precepto, pero no puede servirnos para sortear sus consecuencias, aunque éstas sean, si no claramente perjudiciales para el régimen económico-matrimonial en su conjunto, sí inconvenientes para el sistema de liquidación y partición con atribuciones preferentes e incluso sin ellas; pero aquí, no como sucede con otras modificaciones, sí está clara la voluntad del legislador de conseguir una titularidad que refleje directamente el origen de la inversión fundacional.

G. Colisión del derecho de atribución preferente con otros derechos ejercitables

a) EL COBRO DE DEUDAS PERSONALES PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1.405 DEL CÓDIGO CIVIL

Ya he puesto de manifiesto más arriba que el artículo 1.405 del Código Civil no tiene carácter ni dimensión verdaderamente liquidatorias y que su función, en el contexto sistemático en que se sitúa, no es coincidente en nuestra regulación de la sociedad de gananciales con la que cumplen los artículos 1.478 y 1.479 del Código Civil francés y 1.450 del Código Civil belga. En estos ordenamientos se subraya que la virtualidad de estas disposiciones se actúa tras la consumación de las operaciones particionales, en tanto que en nuestro artículo 1.405, como pone de manifiesto certeramente DÍEZ-PICAZO (79), su actuación depende de la deuda misma; para poderse hacer valer al tiempo de la partición propiamente dicha, se requiere que reúna todos y cada uno de los requisitos generales de exigibilidad de una deuda ordinaria al tiempo de materializar la partición, sin que, a mi juicio, suponga un vencimiento anticipado en ningún caso, pues pese a la estructura literaria de la norma en su planteamiento, no podría hacerse, en este caso, referencia al pago voluntario, sino a una

(79) DÍEZ-PICAZO: *Comentarios...*, vol. II, págs. 1800 y 1801.

simple opción del deudor sobre la forma de pago, y sería contraria la norma a la independencia de las masas privativas respecto de la ganancial, y a la plena autonomía de gestión de cada cónyuge respecto de su masa privativa, que son principios básicos del nuevo régimen de gananciales; además, se harían privilegiados estos créditos frente a los ostentados por terceros, sin que haya fundamento legal alguno para llegar a tan drástica interpretación.

Lo que sí supone el artículo 1.405 es la constitución *ex lege* de un privilegio irregular que permite al cónyuge o partícipario acreedor privativo del otro cobrarse, si fuere preciso, a través de un *plus* de adjudicación en su hijuela de gananciales por el equivalente de su crédito, si la otra parte deudora no se aviene a cumplir voluntariamente. En este sentido y bajo las específicas circunstancias referidas, esta detracción de bienes gananciales por el acreedor, como operación complementaria de la partición propiamente dicha, puede impedir la atribución preferente de la que sea titular el cónyuge deudor, de la misma forma que, en sentido contrario, puede favorecer la atribución nacida en cabeza del acreedor, cuyo crédito puede ser computado ampliando su haber estricto y pudiendo así sobrepasar el límite establecido por el inciso primero del artículo 1.406 del Código Civil.

De todas formas, la imprecisión de los términos del precepto, la falta de tradición en nuestro ordenamiento del principio de prelación de crédito que en él mismo se sustenta y la separación radical de su contenido respecto de los más próximos antecedentes franceses y belgas suponen un cúmulo de dificultades en su interpretación, necesariamente restringida por la excepcionalidad de su contenido, que lo harán en la práctica inoperante o poco menos. No obstante, la reclamación de deudas privativas al tiempo de la partición de la masa consorcial dividenda debe entenderse antecede a la atribución preferente cualquiera que sea la naturaleza de ésta, pues aquí el precepto desempeña la función de recordar que, incluso para las relaciones crediticias privativas, es antes el pagar que el partir, aspecto éste que debe entenderse potenciado en un sistema matrimonial que se abre «generosamente» a la admisión del divorcio y de la separación como forma de conclusión, al menos, del régimen económico-matrimonial.

b) ATRIBUCIÓN TESTAMENTARIA DE PARTE INDIVISA DE BIEN
ATRIBUIBLE EN FAVOR DE CAUSAHABIENTE DEL CÓNYUGE
PREMUERTO, AL AMPARO DE LOS ARTÍCULOS 1.379 Y 1.380
DEL CÓDIGO CIVIL

El profesor DE LOS MOZOS ha situado en sus justos límites el alcance de la expresión literal del artículo 1.379 del Código Civil —y por extensión la del 1.380— al exponer que «cualquiera de los cónyuges podrá disponer por testamento *de su parte* en el patrimonio común, aunque el texto legal utiliza una fórmula que podría prestarse a confusión, si no fuera así por castiza, y si no pudiera advenirse su verdadero significado con la obligada remisión al artículo 1.344, por lo que: de lo que pueden disponer los cónyuges por testamento no es de la mitad de gananciales, referida a los mismos bienes, sino de su parte en el patrimonio ganancial, que es la mitad de lo que corresponda a su liquidación, una vez deducido el pasivo» (80).

Ello supone que el testamento del cónyuge premuerto no puede interferir en la partición de la masa dividenda resultante de la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta con su muerte, pues su virtualidad plena tan sólo alcanza a la hijuela que corresponda a sus herederos, y no directa o indirectamente a la formación de la parte o lote correspondiente al cónyuge viudo. El cual, incluso ante la presencia de un testamento particional, en el que se dan instituciones *ex re certa* sobre porciones indivisas de un bien ganancial concreto, podrá designar tales bienes para su realización para el pago de deudas del consorcio, detraerlos en pago de deudas privativas conforme a lo dispuesto en el artículo 1.405 o ejercer sobre ellos el derecho de atribución preferente si le corresponde su titularidad, pues como para el supuesto del legado de cosa ganancial, regulado en el artículo 1.380, y como para la antigua sociedad de gananciales dejó establecido CÁMARA, se debe interpretar lo ordenado por el testador tan sólo a cargo de su participación en el patrimonio común, de donde los herederos tendrán el deber de no impedir que el objeto recaiga en la cuota del difunto si ello es posible en términos razonables y sin contrapartidas abusivas (81).

Estos límites de puro orden ético, propios del ejercicio del derecho de partir, con sujeción a los principios de la buena fe y el no abuso del propio derecho, fueron descritos para el antiguo régimen de gananciales, que no conocía de las atribuciones preferentes; en el ámbito actual su

(80) DE LOS MOZOS: *Comentarios al Código Civil*, vol. XVIII, 2, pág. 372.

(81) M. DE LA CÁMARA: «El legado de cosa ganancial», en *ADC*, 5, 1952, páginas 467 y sigs.

presencia sigue siendo válida, lo que ocurre es que lo que debe entenderse de forma razonable y sin contrapartidas abusivas no puede alcanzar al ejercicio de un derecho como el de atribución preferente, cuya esencia se encuentra en la capacidad del cónyuge de prefigurar su lote respecto de unos bienes concretos del consorcio, y si sobre uno de estos bienes se da una designación *ex* testamento que colisiona directamente con el ejercicio de la atribución, deberá ceder la designación testamentaria ante este otro derecho, y entonces la designación testamentaria se entenderá solamente por el valor que la cosa tuviere al tiempo del fallecimiento.

Lo que sí creo debe admitirse es que si la designación testamentaria recae sobre una cosa no atribuible y el cónyuge sobreviviente ejerce otra distinta del derecho de atribución, deberá entonces estarse a lo dispuesto en el testamento antes que a la designación que hicieren los herederos del cónyuge difunto en cuanto partíciparios, porque a ellos sí les obliga la voluntad del difunto manifestada en el testamento, y al supérstite, por el derecho de atribución, no le corresponde, como ya he expresado antes, un derecho de configuración integral de los lotes, sino tan sólo para aquellos bienes a los que alcance la atribución, conforme a los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil.

H. Problemática de la atribución preferente sobre los efectos de la partición

La práctica equivalencia de estructura y régimen de la comunidad posmatrimonial a los de la hereditaria (82) no impide, más bien todo lo contrario, el que debamos interrogarnos acerca de si en la partición del consorcio conyugal se producen los mismos efectos que en la partición de la comunidad hereditaria, y en especial si la aplicación de los artículos 1.069 y siguientes debe hacerse directamente, conforme a la remisión del artículo 1.410 del Código Civil, o si es necesario introducir algunas matizaciones en razón de las diferencias causales que se dan entre una y otra particiones, sobre todo, dado el tema que nos ocupa, en presencia del ejercicio del derecho de atribución preferente.

a) Parece que no ofrece duda que es pertinente la aplicación a la partición consorcial del artículo 1.068. Pues en virtud de la *partición legalmente hecha*, los comuneros dejan de serlo, dejan de tener una titularidad que se extiende a todos los bienes conforme a la cuota que les corresponda como cónyuges o como herederos de éstos, y les *confiere*

(82) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 482.

a cada uno de ellos *la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*. En este sentido, no hay diferencia alguna entre ambas particiones; la naturaleza de la partición del consorcio es puramente *determinativa o especificativa*, como se predica por la mejor doctrina para la de la comunidad hereditaria, ya que el *confiere* del artículo 1.068 no puede entenderse como sinónimo de *transmite*, mucho menos en la comunidad posmatrimonial, en la que los gananciales en esencia son originariamente adquiridos para la sociedad y en los que la cotitularidad no sobreviene, como en la sucesión o sobre los bienes muebles de algunos regímenes económico matrimoniales de signo comunitario. Por ello, la partición se limita a traducir cuotas porcentuales ideales en titularidades concretas, aunque no necesariamente exclusivas, como reza la letra del precepto, pese a ser éste, en efecto, el resultado más común.

El ejercicio del derecho de atribución preferente no modifica ni en un ápice este resultado, al menos en nuestro sistema, en el que el atributario no puede promover la permanencia en la indivisión, pues su virtualidad no origina, como ya he apuntado reiteradamente, una nueva forma de partición, sino una simple modalidad particional que afecta al modo de confección de los lotes o hijuelas, y una vez confeccionados éstos conforme a las previsiones de la misma, no tiene la atribución preferente ningún otro alcance y no llega a modificar este efecto primario de la partición.

Entiendo que esto es así, incluso en los supuestos a que atiende el artículo 1.407 del Código Civil, y se abona la diferencia en dinero. El pago de la *soulte* o diferencia no da a la partición un carácter *traslativo*, no hay un intercambio de cosa *in natura* por dinero, es decir, una compraventa de una parte indivisa de un bien, sino una compensación equilibradora de la cuota que corresponda por adjudicación en exceso sobre el haber teórico del atributario. Se trata más bien de una operación similar a una ampliación de la masa dividenda para hacerla perfectamente divisible por dos, en este caso, sin necesidad de realizar bienes atribuibles, de igual manera a como se disciplina en el artículo 1.056, 2.º, la satisfacción en metálico de las legítimas.

b) La obligación de *saneamiento* debe entenderse en la partición del consorcio conyugal de forma similar a la que se reconoce para la partición de la comunidad hereditaria: pero si para ésta entendía la doctrina que los artículos 1.069 y siguientes debían ser objeto de matización respecto de los preceptos que de forma general regulan tal obligación para las transferencias de bienes con causa onerosa —artículos 1.474 y siguientes del Código Civil—, igualmente debe matizarse la aplicación de aquellos preceptos para la partición del consorcio conyugal.

Conforme a la letra del artículo 1.069 del Código Civil, los coparticionarios de la comunidad hereditaria, que se divide materialmente, están *recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados*. La evidente incorrección técnica del lenguaje en que está redactado el precepto, que nos presenta *la evicción y el saneamiento* como dos cosas distintas y homogéneas (83), ha dado lugar a dos posturas doctrinales netamente diferenciadas: la mayoritaria (SÁNCHEZ ROMÁN, DE BUEN, CASTÁN, ROCA SASTRE, DíEZ-PICAZO, GULLÓN, etc.) sostiene que en la partición de la herencia, la obligación recíproca de saneamiento se extiende a los dos tipos de la misma contemplados en el Código Civil, en sede de compraventa, tanto por evicción como por vicios ocultos; frente a esta posición, el profesor BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO (84) mantiene, con fundamentación de su argumento en los antecedentes históricos (*Partidas*), en el Derecho comparado (art. 884 del Código Civil francés y art. 1.035 del Código Civil italiano de 1865) y en la falta de onerosidad de la partición hereditaria, que la obligación recíproca que se establece en el artículo 1.069 debe entenderse limitada al supuesto de *saneamiento por evicción*, con exclusión del derivado de vicios o defectos ocultos. Aún entiendo como más adecuada la tesis mayoritaria si debe servir la postura discrepante para tener presente, como advierte LACRUZ (85), que, en todo caso, la aplicación analógica de los preceptos de la venta que regulan el saneamiento debe ser prudente, teniendo en cuenta la finalidad de la norma frente a la naturaleza jurídica de la participación, y supeditándola a las normas especiales de los artículos 1.070 y 1.071 del Código Civil. Esta modalización teleológica no impide, desde luego, que la obligación recíproca de saneamiento abarque a sus dos tradicionales tipos, pues, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de octubre de 1960, esta obligación tiene «el fin de mantener la igualdad o proporcionalidad en la partición», y ello no sería posible excluyendo el saneamiento por vicios ocultos que hacen desmerecer el valor de la cosa adjudicada (86).

En la partición del consorcio conyugal no puede oponerse, en la dirección propugnada por BELTRÁN DE HEREDIA, la gratuidad de las adjudicaciones, pues en ella cada coparticionario ya era titular a través de la masa ganancial, por lo que debe entenderse que la obligación recíproca de saneamiento abarca las dos modalidades, aunque por su específica naturaleza y por la posición que los coparticionarios ocupen se deban hacer

(83) LACRUZ: *Derecho de sucesiones. Parte general*, pág. 535.

(84) J. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO: *El saneamiento*, págs. 837 y sigs.

(85) LACRUZ: *Elementos...*, V, págs. 158 y 159.

(86) DíEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, IV, pág. 737.

precisiones en cuanto a la aplicación de los artículos 1.069 y siguientes del Código Civil.

c) Parece claro que el artículo 1.069 del Código Civil, como expresión de una garantía adicional más para el mantenimiento de la igualdad cuantitativa de la partición hereditaria, debe desempeñar un papel prácticamente idéntico en la partición del consorcio conyugal, aunque también aquí, pese a que la atribución no sea gratuita, la aplicación analógica de los preceptos propios del saneamiento tiene que ser atemperada teleológicamente, teniendo en cuenta su peculiar naturaleza y conforme a la posición que ocupen los partíciparios respecto de los bienes adjudicados, en especial cuando se ejerce el derecho de atribución preferente.

Con respecto al saneamiento por evicción es evidente que, conforme al artículo 1.070 del Código Civil, la causa debe ser anterior a la partición y no provocada por el adjudicatario, y que en la indemnización a que puede dar lugar, no se puede aplicar directamente el artículo 1.478 del Código Civil, sino que éste debe adaptarse a las específicas circunstancias de una partición sensiblemente diferente a las de la compraventa para la que está pensado el precepto. La evicción no puede originar la rescisión de la partición, salvo que la pérdida supere el porcentaje del veinticinco por ciento requerido para la rescisión por lesión, ya que, como indica el artículo 1.071 del Código Civil, se trata de una obligación recíproca de indemnización en la que participa el propio eviccionado; consiste, en definitiva, en una reducción proporcional de los haberes satisfechos a todos los partíciparios, porque se contó como propio de la masa dividenda un bien que pertenecía a un tercero.

El saneamiento por vicios ocultos, obviado el supuesto de mala fe de uno de los partíciparios, que daría lugar a la nulidad de la partición, entiendo que puede actuar de forma diferente según se produzca en un bien sobre el que se ha ejercido la atribución preferente o en otro tipo de bien, como consecuencia del nexo que se exige exista entre el atributario y el bien atribuido, pero no en todo caso, puesto que gestión u ocupación no tienen por qué equivaler a conocimiento profesional exigible en el atributario, salvo, claro está, en los útiles de la profesión y en los supuestos de atribución de una explotación, es decir, cuando la atribución se fundamenta en el interés profesional del atributario, en cuyo caso se debe presumir que nos encontramos en el supuesto del inciso último del artículo 1.484 del Código Civil.

En todo caso, y como apuntara BELTRÁN DE HEREDIA, las dos indemnizaciones, en la venta y en la partición, responden a muy distintas finalidades, y en el caso de esta última, a la de mantener el equilibrio cuantitativo de las hijuelas, por lo que debe considerarse como un error

o defecto de la valoración que debe corregirse, bien por la vía de la indemnización, conforme al artículo 1.071 del Código Civil, bien por la de proceder a una nueva partición si se dan las circunstancias específicas de la rescisión por lesión del artículo 1.074 del Código Civil.

Parece evidente que los datos objetivos de la indemnización o de la rescisión por lesión deben ser medidos con referencia al tiempo de la partición y no al de la pérdida total o parcial de la cosa por evicción o de manifestación de vicio oculto, pues no nos encontramos en un supuesto de responsabilidad, sino de reconstrucción del equilibrio cuantitativo de las hijuelas. Por ello, el artículo 1.478 del Código Civil no es de aplicación analógica al saneamiento en la partición; el *quantum* de la indemnización tiene que ser calculado según los mismos criterios que han servido para el avalúo de los bienes de la masa dividenda y para la formación de las respectivas hijuelas, conforme a la finalidad estricta de mantener el equilibrio cuantitativo entre aquéllas.

La conservación, en cuanto sea posible, de la división practicada es, evidentemente, una de las aspiraciones del legislador, conforme a lo previsto en el artículo 1.071 del Código Civil, configurando la obligación recíproca de saneamiento como un derecho a ser indemnizado hasta la reconstrucción de la igualdad cuantitativa desequilibrada por el mejor derecho de un tercero sobre la cosa adjudicada o por sobrevaloración, habida cuenta del vicio oculto que la hacía desmerecer. El término indemnización sólo puede emplearse en un sentido laxo, pues el copartícipe perjudicado debe ser tenido también en cuenta en el momento de la fijación de *quantum* en forma proporcional a los respectivos haberes en el consorcio, por lo que nos encontramos más bien en presencia de un sistema de garantía recíproca de la consistencia de las diferentes hijuelas resultantes de la partición, que ante un verdadero sistema de saneamiento. Lo que ocurre es que el legislador ha tomado en consideración los supuestos fácticos que dan lugar al saneamiento en los contratos onerosos. Ello pone de manifiesto que la técnica de remisión a la institución elegida como vehículo para la garantía recíproca no es excesivamente acertada y da lugar a desajustes no siempre fáciles de cubrir con el sistema analógico; la interpretación teleológica de los preceptos se presenta así como único remedio útil para mantener esta prudente garantía dentro de sus justos límites.

Como medio de conservación de la partición parece que resultará adecuado, en los casos en que haya lugar al saneamiento y se haya dado la atribución preferente con saldo, operar sobre éste reduciéndolo en la cuantía que sea preciso para el mantenimiento tanto de la partición, como de la atribución preferentemente efectuada.

I. El periculum en la atribución preferente

El riesgo en materia de partición y, en particular, tras el ejercicio del derecho de atribución preferente, se sitúa en una de estas dos posiciones antagónicas: una, en la que tal riesgo pesaría sobre el atributario, siguiendo un criterio clásico de que «la cosa debe perecer para quien está llamado a adquirirla», como señala BETTI (87); otra, concordante con los principios del artículo 1.070, 3.º, del Código Civil, a contrario: si se pierde la cosa antes de la ejecución material de la partición y sin culpa del atributario, aunque se encuentre bajo su poder, la pérdida pesa sobre el consorcio dividiendo al que pertenece.

PUIG BRUTAU (88) ha puesto de manifiesto, entre nosotros, con ocasión del estudio de los riesgos en la compraventa, que no se puede resolver el problema a base de dos reglas generales y opuestas: *res perit domino*; *periculum est emptoris*; que lo único que tiene sentido es averiguar cómo ha de repercutir la pérdida. El argumento eminentemente práctico de PUIG BRUTAU tiene razón de ser en la compraventa, en la que la norma con mayor o menor precisión resuelve, aunque se discuta el fundamento de la solución legal, su justicia y oportunidad; pero éste no es el caso de la partición, en el que el acuerdo entre los particionarios o la declaración de ejercicio del derecho de atribución no transfieren titularidades, quedando vacío completamente el conjunto patrimonial que se divide, aquí el consorcio conyugal neto. El atributario no está llamado a adquirir nada, sólo recibe lo que es suyo tras un proceso de concreción o determinación de derechos extendidos sobre toda la masa a objetos concretos de la misma. Aquí sólo puede decirse que la cosa perece para su dueño, pero sí cabe preguntarse cuándo el atributario es dueño exclusivo de la cosa atribuida o hasta cuándo sobrevive la comunidad posmatrimonial.

La notificación de ejercicio de la atribución preferente, aun hecha al tiempo de la partición propiamente dicha, no hace propias exclusivamente del atributario las cosas atribuibles, porque no es título suficiente para materializar la partición, sí para que un bien entre a formar parte de la hijuela del atributario; tal declaración unilateral no puede cambiar por sí sola la disciplina de los riesgos en la partición. Tampoco el hecho de la posesión por el atributario de la cosa atribuible, porque el atributario posee a título de condueño, de comunero, y posee para el consorcio,

(87) BETTI: «Teoría general de las obligaciones», vol. I, pág. 173, edición española por J. L. DE LOS MOZOS, en *Rev. D. P.*, 1969.

(88) J. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, II, 2.º, Barcelona, 1982, páginas 175 y sigs.

aunque lo haga con exclusión de hecho de todo otro copartícipe; aunque sea cierto que los límites entre *usus* y *possessio* tienden a borrarse en el Derecho moderno, como expone DE LOS MOZOS (89), no va más allá tal desdibujación de límites que en la defensa del seguir teniendo, pero no sirve para transferir el riesgo del consorcio al atributario.

El lenguaje usual de los tratadistas cuando describen el ejercicio de la atribución, como «tomar para sí», «incluir en su lote» y otras semejantes rebasa los justos límites del contenido del derecho de atribución, que, como dice el inciso primero del artículo 1.406 del Código Civil, se limita *a que se incluya con preferencia en su haber* un determinado bien consorcial, y este ropaje literario tampoco es suficiente para que se opere una transferencia del riesgo.

Por ello, en tanto no haya adjudicación, la cosa atribuible que se pierda sin culpa imputable del atributario, se pierde para la comunidad, que deberá dividirse sin la presencia de la cosa y sin derecho de atribución, aunque en su lugar ingrese un derecho de crédito, bien sea por indemnización debida por un acto doloso, bien por ser la cosa objeto de un contrato de seguro, porque el derecho de atribución se configura para un objeto determinado y no para un subrogado del mismo.

El riesgo es aquí inseparable de la propiedad, y en tanto la cosa atribuible no sea de la propiedad exclusiva del atributario, no se produce la exclusividad, valga la redundancia, en el *periculum*; es decir, en esta materia el derecho de atribución preferente no modifica la disciplina general de la partición.

VII. NATURALEZA JURIDICA DE LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES

A. Introducción

Parece oportuno, en primer lugar, dar razón del porqué de la ordenación sistemática del estudio de la naturaleza jurídica de las atribuciones preferentes precisamente al cierre del trabajo dedicado a las mismas, al no ser ello usual en la presentación de este género de estudios específicos, sin que por eso sea necesariamente heterodoxo. Se trata de no alterar en la presentación del resultado escrito de esta indagación con voluntad científica, el orden del discurso y mostrarlo en la misma forma en que se ha producido, siguiendo el mismo método de trabajo en un desarrollo que sólo podía, al menos para mí, conducir de lo particular a lo general, de la manifestación individualizada de las virtualidades jurídico-prácticas

(89) DE LOS MOZOS: *Comentarios al Código Civil*, vol. XVIII, 2, pág. 506.

presentes en el planteamiento descriptivo y problemático al apunte o esbozo de una caracterización jurídico-teórica del instituto.

Entiendo que esto debía ser así por cuanto la reflexión sobre los nuevos artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil no se puede apoyar en una constatación jurisprudencial de las circunstancias en que deben y pueden hacerse valer las atribuciones preferentes, ni del alcance formal y material de las mismas. Al mismo tiempo, no puede decirse todavía que el tratamiento por la doctrina española vaya mucho más allá del análisis de urgencia, sin que esto suponga que por mi parte me atreva a poner en cuestión la validez y certeza de lo hasta ahora expuesto por ella sobre el tema. Por último, esta presunción es necesaria cuando se intenta trabajar una institución de la que no puede decirse con propiedad que haya sido importada de otro ordenamiento foráneo tal y como en él se encontrase, sino que el legislador español la ha construido por sí inspirándose, sin duda, en los modelos de los ordenamientos francés y belga, pero sin que pueda hablarse de una traducción o traslación, sino de un auténtico intento de creación a partir de elementos foráneos. Aquí entonces las experiencias extranjeras nos sirven como panorama general: si se quiere, como proposición apriorística de una hipotética casuística práctica, pero en modo alguno como guía segura que nos marque el camino a seguir y nos adelante conclusiones inmediatamente válidas. Es por ello por lo que, en un trabajo que no tiene que amoldarse a los cánones funcionales que señalan el modo de hacer pedagógico, el análisis de la naturaleza requiere contar previamente con los datos esenciales o, al menos, suficientes, y exponerse como proyección fiel del *iter* de la indagación, como conjunto de conclusiones de orden teórico o como pura recapitulación con vocación de construcción dogmática.

La averiguación formal de la naturaleza jurídica de una institución tuvo en el pasado una importancia sistemática capital, sobre todo en dos aspectos: como afirmación de que el Derecho surgido de la Ilustración y de la Revolución francesa participaba, si bien de forma evolucionada, en las constantes históricas de la tradición romano-cristiana formando un cuerpo inmanente en su coherencia lógica interna, y como elemento básico del proceso de elaboración científica del Derecho, pues sobre el estudio de la naturaleza jurídica de las diversas instituciones se cimenta el concepto mismo de sistema jurídico. Esta importancia sigue, en cierto modo, vigente, pero con una visión mucho menos formalista —tal vez podríamos decir más operativa—, ya que el estudio de la «naturaleza» interesa además por otra razón más empírica y a la vez más jurídica, a saber, por cuanto a través de ella se facilita el entronque de la institución de que se trate con el resto del ordenamiento y la labor de com-

pletar su régimen permitiendo, en su caso, la aplicación de directrices analíticas e incluso de otras normas cuando resultan insuficientes las explicitaciones normativas del legislador. Es decir, permite que la doctrina y el juzgador, en última instancia, puedan desenvolver la totalidad de las potencialidades institucionales en el contexto global del sistema, tanto por la vía de la diferenciación excluyente como por la de la asimilación conceptual que sirva de fundamento para la aplicación analógica de normas propias de otra institución con la que la nueva o la que es objeto de estudio se manifieste técnicamente emparentada, a la luz que sobre tales cuestiones aporte el estudio de su naturaleza. Es este último aspecto, sin minusvalorar los otros expuestos, el que más interesa en el estudio de la esencia de las atribuciones preferentes, en las que, por su específica novedad en el ordenamiento y por lo escueto de sus normas, se requiere un tratamiento teórico que cierre su estudio.

B. El interés jurídicamente protegido en las atribuciones preferentes y su proyección institucional

En la casi totalidad de la literatura francesa dedicada a las atribuciones preferentes, llama poderosamente la atención su inicio con una amplia justificación de la introducción de la institución en su ordenamiento, fundada en la protección de una serie de intereses sociales, económicos, profesionales, personales o familiares que se ven ignorados cuando no perjudicados por la existencia y persistencia de los principios ilustrados de igualdad cualitativa y cuantitativa en las particiones de la comunidad hereditaria y del consorcio conyugal surgido de un régimen económico-matrimonial comunitario. La impresión que estos trabajos transmiten al lector, incluso los más ecuanímenes en la presentación de la problemática, como es el caso de J. PATARIN con su artículo «Egalité, finalité économique et finalité sociale dans la loi du 19 décembre 1961 sur le partage et la réduction» (90), es el de una cierta desconfianza acerca de tales fundamentos éticos y sociales, que a la postre se acaban refiriendo casi exclusivamente a las explotaciones agrícolas, para las que se añora, sin que pueda valorarse como reivindicación, la vieja y tradicional disciplina de los mayorazgos y las vinculaciones, en tanto que para las restantes actividades productivas que se contemplan el análisis no pasa de ser meramente comparativo respecto del modelo agrícola. Tal desconfianza se refuerza cuando se constata, con los hechos recogidos en las sentencias de los Tribunales franceses, la gran resistencia que han

(90) *RTDC*, 1962, I.

ofrecido los agricultores a tales medidas legislativas, evidenciándose en muchos supuestos que los intereses económicos y sociales coincidentes con favorecer a uno de los partícipes han primado sobre los intereses de orden familiar, lo que añade frecuentemente tensiones a la vida de la familia.

En el contexto de casi todas las justificaciones doctrinales subyace una contraposición, cuando no una flagrante contradicción, entre la búsqueda de la máxima rentabilidad o utilidad de los bienes que se declaran atribuibles y la posición teórica de igualdad de los coherederos o partícipes del consorcio conyugal, para, por último, inclinarse decididamente en favor de la primera opción, pero revistiéndola moralizantemente como si se tratase de una subespecie de *derecho de la personalidad*, si bien a su vez midiendo las expresiones para que este concepto quede sobreentendido sin llegar a aflorar expresamente en el texto, lo que nos deja ayunos respecto de cuál sea el fundamento que aquéllos predicen para la institucionalización y creciente expansión de las atribuciones preferentes. Puede mencionarse como excepción la posición teórica de J. VIATTE, que, recogiendo las ideas que sirvieron para la reforma de 1938, reivindica la unidad de la explotación sobre los intereses subjetivos del atributario y de la familia campesina (91).

La profundización en esta vía de exploración de cuál sea la voluntad del legislador, a mi juicio, no puede conducirnos al conocimiento del fundamento institucional que tratamos de desentrañar, porque el derecho o la facultad de atribución preferente muestra en forma paradigmática las tensiones de la dialéctica social-personal con la que se enfrenta en nuestra sociedad actual el Derecho y de forma particularmente importante el Derecho de familia. De una parte, se quiere derribar cualquier obstáculo que se interponga para alcanzar la más completa y radical igualdad entre los cónyuges, para lo cual no se duda en hacer de la economía matrimonial un conjunto sujeto a la dirección dual y equiparada de ambos cónyuges. De la misma forma, se quiere que los frutos de la gestión alcancen también por igual a los cónyuges, con independencia de cuáles sean los esfuerzos y el éxito que acompañe a su actuación, para lo que renacen, como el ave fénix de sus anunciadas cenizas, los regímenes comunitarios que parecían casi incompatibles, y en el fondo lo son, con la extensión, facilidades y ausencia de culpabilidad con que se regula en los últimos años el divorcio. A su vez, y de otra parte, se quiere destacar la dimensión individual de cada uno de los cónyuges e incluso se admite un vago e hipotético derecho a la felicidad e intimidad per-

(91) J. VIATTE: «Nouvelles extensions de l'attribution préférentielle», en *Journal des Notaires et des Avocats*, 1979.

sonales que deben quedar por encima de las limitaciones que impone el tradicional concepto de bien común familiar, para lo cual se devalúa en cierta forma la actuación en interés de la familia y se hacen disponibles determinados derechos que venían siendo caracterizados como funciones y, como tales, indisponibles.

Es dentro de esta tensión dialéctica donde puede encontrarse la razón de ser de las atribuciones preferentes concretadas en su función de modo o modalidad de la partición del consorcio conyugal (no en el de la partición de la comunidad hereditaria): la de hacer compatible una comunidad conyugal, que se fomenta por el legislador, con una continuidad personal y profesional amenazadas por las crecientes facilidades de disolución de aquélla; es decir, para evitar que en la medida de lo posible la quiebra matrimonial dé lugar a una quiebra personal y profesional por privación o desviación de los elementos materiales que requiere tal continuidad. A ello, entiendo, atiende la generalización de las atribuciones preferentes en la partición de los regímenes comunitarios.

Es en este sentido en el que se manifiesta enteramente válida la afirmación de GARCÍA CANTERO de que la atribución preferente de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil «puede considerarse como una última proyección patrimonial de los derechos de la personalidad» (92), y la de Díez-PICAZO señalando que «tiene por finalidad satisfacer intereses personales o de afección que podrían verse gravemente vulnerados con una partición formalmente igualitaria» (93), pues éstos son de una u otra forma los elementos de base de los que el legislador ha partido para la introducción de las atribuciones preferentes en la partición del consorcio matrimonial. Pero cabe preguntar: ¿esta *ratio* general debe encontrarse presente en el ejercicio individual del derecho? O, si se quiere profundizar en la materia, ¿debe investigarse la finalidad tomada en consideración por el legislador a la hora de reconocer o negar el derecho subjetivo a la atribución preferente?

a) PROYECCIÓN DEL INTERÉS PROTEGIDO POR LA NORMA

Parece evidente que el legislador ha tenido muy presente a la hora de introducir las atribuciones preferentes en la partición del consorcio conyugal que la defensa en abstracto de determinados intereses profesionales o personales de uno de los particionarios debía anteponerse a la igualdad en la partición, al menos en su acepción cualitativa, no así en su sentido cuantitativo, por lo que el interés que se protege no puede.

(92) G. GARCÍA CANTERO: *Derecho civil...*, de CASTÁN, t. V, vol. 1, pág. 475.

(93) Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, IV, pág. 280.

en modo alguno, ser llevado hasta extremos que den lugar a una desigualación radical entre los coparticionarios, sean éstos los propios cónyuges o uno de ellos y los herederos del otro. En este punto la reforma del Código Civil español debida a la Ley de 13 de mayo de 1981 ha sido mucho más radical que el resto de las legislaciones que conocen el instituto, y al negar en unos casos la posibilidad de igualar los lotes mediante compensación en dinero, y en otros —los menos— en los que se admite —artículo 1.407—, al exigir que esta compensación dé lugar al nacimiento de créditos aplazados, ha evitado el que la atribución preferente llegue a ser una vía indirecta de desigualación también cuantitativa, por corresponder al atributario bienes que de ordinario se revalorizan y ser el no atributario titular de un crédito pecuniario sujeto a los efectos de la inflación, pero ello al precio de impedir precisamente el objetivo propuesto.

Esta configuración finalística de las normas de la atribución preferente no siempre condiciona su interpretación y la aplicación práctica de las mismas al caso concreto. Las más de las veces la estructura finalística no es un elemento determinante del ejercicio del derecho de atribución, aunque su proyección y su *veste* de derecho excepcional o privilegiado hagan que tal elemento se encuentre siempre en la mente del intérprete de la norma, al menos para dar, como ha sido el caso de los Tribunales franceses, una interpretación claramente restrictiva: impidiendo su expansión más allá de los postulados y supuestos recogidos por la norma, frustrando, hasta el presente, todo intento de aplicación analógica, y marcando la titularidad del derecho con signos de eminente carácter personalista. La funcionalidad del elemento teleológico, claramente presente en la configuración legislativa de la institución en cuanto tal, se proyecta con fuerza desigual en dos manifestaciones concretas: la de su caracterización como derecho subjetivo o como mera facultad y su capacidad por el titular de hacerlo valer, de una parte; y de otra, en la exigibilidad del nexo que debe mediar entre el atributario y la cosa atribuible.

Es preciso tener en cuenta, no obstante, que la proyección del interés protegido por la norma se muestra con intensidad desigual en el tratamiento práctico de las atribuciones preferentes y que incluso puede llegar a desdibujarse totalmente, sin que por ello claudique el derecho de atribución legalmente reconocido.

b) CARACTERIZACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN COMO DERECHO SUBJETIVO O COMO MERA FACULTAD

Una de las consecuencias más inmediatas producto de la forma en que se proyecta sobre los supuestos reales la protección normativa del

interés o intereses en juego en la atribución preferente es la de la propia caracterización de la misma, bien como auténtico derecho subjetivo, bien como mera facultad. En tan importante diferenciación caracteriológica influyen múltiples factores subjetivos y objetivos, como ya hemos tenido ocasión de ver a lo largo de este trabajo, pero el que resulta determinante en sede de partición del consorcio conyugal es el de la causa de extinción de la comunidad, cuestión de la que nos ocuparemos más adelante. Baste ahora decir que en los Derechos francés y belga sólo la extinción por muerte de uno de los cónyuges abre para el otro la posición de titular del derecho subjetivo de atribución preferente; también es así para el Derecho aragonés, pero éste no es el caso de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil, aunque también dé lugar esta causa a un tratamiento diferencial del que nos hemos ocupado ya.

La diferenciación, en los ordenamientos que la conocen, entre atribución por mera manifestación de partícipe atributivo (denominada de derecho) y atribución controlada judicialmente (denominada meramente facultativa) radica en que, en la primera, su titular puede hacer valer directamente su posición dominante en la partición, en tanto que en la segunda se requiere, en todo caso, la aprobación judicial, para lo cual el Juez debe investigar no sólo la posición en el consorcio del pretendido atributivo y su relación (nexo) respecto de la cosa atribuible —aspectos éstos comunes para ambas configuraciones de la atribución preferente y en los que debe entrarse cuando cualquier interesado niegue tal posibilidad—, sino también si en la atribución que se solicita se cumple el fin que el ordenamiento se propone dar satisfacción de forma directa con este instituto. Es decir, se requiere que el Juez, a través de una interpretación teleológica, verifique la concordancia de intereses, como dispone el artículo 1.447, 2, del Código Civil belga: *el Tribunal la declarará tomando en consideración los intereses sociales y familiares subyacentes...*, o, lo que es lo mismo, la atribución denominada meramente facultativa sólo puede ser declarada procedente cuando de la inclusión del bien en la hijuela de particionario solicitante se derivan para él las ventajas de carácter profesional o personal consideradas por el legislador como dignas de protección y de tal atribución no se deriva perjuicio para los intereses de la familia en su conjunto, es decir, el otro particionario o los herederos de éste.

La formulación de la norma belga puede parecernos un tanto grandilocuente por su referencia a *los intereses sociales*, pero qué duda cabe de que tras cincuenta años de literatura jurídica francesa de justificación del instituto por referencia a tales intereses y ante la dificultad, también crónica, de explicitarlos, ésta era una fórmula de valor convenido que no

han dejado de entender claramente los destinatarios de la norma y, en especial, la doctrina belga (94); el examen judicial se extiende así a todos y cada uno de los elementos que integran la atribución y son vistos a través de una interpretación teleológica. Este es el sentido que en Francia ha tenido la declaración de una atribución preferente como meramente facultativa y más aún en materia de partición del consorcio conyugal. Baste al respecto recordar el énfasis con que el artículo 1.476, 2, del Código Civil francés dispone: «*Toutefois, pour les communautés dissoutes par divorce, séparation de corps ou séparation de biens, l'attribution préférentielle n'est jamais de droit, et il peut toujours être décidé que la totalité de la soultte éventuellement due sera payable comptant*». En todos estos casos la actuación judicial soberana —no puede modificarse el fallo de fondo— se funda no sólo en el análisis del nexo entre atributivo y cosa atribuible, sino también en la finalidad misma de la atribución, el interés personal a que sirve medido en función de los restantes intereses en juego.

Como ya conocemos, en los artículos 1.406 y 1.407 de nuestro Código Civil no se efectúa la diferenciación formal entre una atribución preferente de derecho —que, conforme a las pautas establecidas al respecto por el Derecho comparado, coincidiría con el ámbito subjetivo y objetivo a que hace referencia el artículo 1.407— y una atribución meramente facultativa para todos los demás supuestos, es decir, para el marco general de la atribución preferente tal y como se institucionaliza en el artículo 1.406, y aunque es evidente que nos encontramos en presencia de elementos que proceden precisamente del contexto en que se funda tal diferenciación en otros ordenamientos —especialmente en los artículos 1.446 y 1.447 del Código Civil belga—, es dudoso que pueda llegarse en nuestro ordenamiento a tal distinción.

Nuestras atribuciones preferentes, probablemente para evitar un tratamiento excesivamente diferenciado en el régimen de la partición del consorcio conyugal en función de la causa de la disolución de la sociedad de gananciales, son todas a voluntad del partícipe, aunque este derecho subjetivo sea evidentemente de diferente alcance según que el atributivo sea cónyuge supérstite o no lo sea. Y lo son porque no existe la posibilidad legal de transformar una mera facultad en una posición directiva en la partición ante la oposición de los restantes coparticiparios. El Juez no puede en nuestro sistema, a falta de norma expresa que lo autorice, valorar los beneficios que pueden derivarse de una atribución preferente y a la vista de los restantes intereses en juego declararla, ni lo contrario, es decir, impedirla cuando del ejercicio de la atribución se derivan lesio-

(94) H. CASMAN y M. VAN LOOK: *Régimen* ..., III, 20, págs. 6 y 7.

nes no específicamente económicas para el conjunto familiar y los restantes coparticionarios. Su función queda limitada, en principio, a la verificación de los datos que ofrecen las propias normas: titularidad del derecho, comprobación de la existencia de nexo según cuál sea el bien cuya atribución se pretende y examen de aquellos otros problemas que, sin ser propios y específicos de la atribución preferente, la facilitan, dificultan o imposibilitan, como son los relativos al inventario, avalúo y demás operaciones liquidatorias propiamente dichas.

La configuración de todas las atribuciones preferentes como de derecho ha dado lugar a múltiples inconvenientes de orden funcional y de orden finalístico. Los primeros giran en torno a la exclusión en los supuestos del artículo 1.406 de la posibilidad de ejercer la atribución preferente cuando ésta excede del haber neto correspondiente al atributario (con las salvedades que ya hemos apuntado más atrás), al no preverse la posibilidad de abonar la correspondiente compensación dineraria recogida en todas las restantes legislaciones en que se postula la institución aquí en estudio, lo que hace muy problemática su aplicación a muchos patrimonios familiares de economía modesta o dedicados a una actividad económica predominante o especializada; de parecida forma las atribuciones preferentes pueden chocar con múltiples inconvenientes derivados de la ausencia de defensas frente a las necesidades de realización de bienes para el abono de deudas que penden sobre la masa ganancial.

Los inconvenientes finalísticos son, a mi modo de ver y entender la institución, los más graves; los que en la práctica pueden llegar a producir una repulsa social frente a las atribuciones preferentes tal y como se han concebido en nuestro Código. El Juez español no puede impedir, a diferencia de sus homólogos franceses y belgas, que el ejercicio de la atribución preferente por el titular de tal derecho, cumpliendo todos y cada uno de los requisitos, tenga como finalidad desviar —por ejemplo, la explotación industrial—, hacia sus hijos extramatrimoniales, explotación que se fundó y desarrolló bajo su dirección desde luego, pero contando con el respaldo crediticio que suponía la hacienda privativa de su cónyuge del que ahora se divorcia, desconociendo la finalidad social y familiar de la institución, lo que en las restantes regulaciones europeas sólo es posible en los reducidos y circunscritos supuestos en que la atribución preferente es de derecho, es decir, en aquéllas en que el titular es un cónyuge sobreviviente y para los específicos bienes a que hace referencia la norma. Algunas veces puede parecer que tan sólo quedan marginados los casos verdaderamente caricaturescos de la situación llevada hasta sus límites, que son los que afloran en los ejemplos, pero no es así; cuando en una partición del consorcio conyugal derivada de una previa

separación o divorcio no se llega a un acuerdo sobre la hijuela a la que deben atribuirse los bienes a que nos venimos refiriendo y los que en compensación deben situarse en la otra, puede afirmarse que ordinariamente ello se deberá a que en la partición están presentes los motivos y problemas que han provocado la quiebra matrimonial, y es que la atribución preferente concebida exclusivamente como de derecho puede convertirse en su ejercicio y en la oposición a su ejercicio en un arma más con la que dirimir desavenencias, que se desgaja por ello de su entronque natural y de su función social, incumpliendo radical y absolutamente su finalidad, su razón de ser, la que sirvió para destacarla como una excepción a la igualdad formal y material, cualitativa y cuantitativa que se predica como principio en el artículo 1.061 del Código Civil.

Entiendo que, al menos, como hipótesis de trabajo, no puede marginarse de antemano, por puro imperativo de la letra de la norma, la posibilidad de que como atribución meramente facultativa se contemple la ampliación finalística de los supuestos previstos en el artículo 1.406 del Código Civil a aquellos otros cuya extensión analógica es perfectamente conforme con los límites que para tal tipo de aplicación de la Ley exige el artículo 4.º, 1, del Código Civil, como ya he puesto de manifiesto en el capítulo de este trabajo dedicado al objeto de la atribución. De parecida forma, aunque con muchos y más graves inconvenientes de carácter formal e incluso de orden material, no parece conveniente marginar de raíz la posibilidad de ampliar la atribución preferente a los herederos del cónyuge premuerto, que hoy hay que entender en pura ortodoxia interpretativa limitada a los cónyuges, en razón de su configuración, en todo caso, como de derecho.

En una y otra posibles ampliaciones, especialmente en la segunda, se está en presencia de la verdadera proyección práctica del interés que la atribución preferente viene a proteger por la vía de excepción a la radical igualdad para los lotes que se predica como regla, puesto que si para la primera hipótesis la realidad de nuestro cada vez más complejo mundo productivo no puede quedar encerrada en las previsiones del artículo 1.406, que puede a su excepcionalidad yo entiendo redactado *ad exemplum* —no así los supuestos del 1.407 del Código Civil—, para la segunda se daría cabida a una proyección realista de la figura del colaborador en la explotación y no en la forma antisocial en que lo hace la Ley de 24 de diciembre de 1981, figura ésta que se halla en la misma fundamentación de las atribuciones preferentes como institución de Derecho de familia, bien se desarrolle ésta en sede de Sucesiones, bien en sede de regímenes matrimoniales comunitarios.

La continuidad profesional e intimidad personal no pueden arbitra-

riamente desconectarse del contexto familiar que las inspira, como remedio en unos casos frente a las adversas consecuencias patrimoniales —únicas atendibles razonablemente por la vía del Derecho— que se suelen derivar de las crisis matrimoniales que se cierran con la separación o el divorcio y en otros frente a la disgregación de un patrimonio cuya razón de ser protegido en su integridad es, fundamentalmente, la de su dimensión familiar, de la que puede ser pieza maestra la figura de hijo-colaborador en la explotación y para cuya permanencia sería condición necesaria, no suficiente, la de reconocerle una expectativa de sucesión en la misma que podría muy bien encarnarse en una atribución preferente meramente facultativa, porque aquí con mayor razón el Juez estaría llamado a valorar, en caso de conflicto, que el interés privativo así protegido no se atienda en detrimento del conjunto familiar y en perjuicio directo de los restantes coparticionarios.

c) EL INTERÉS JURÍDICAMENTE PROTEGIDO Y EL NEXO EXIGIBLE

Ya hemos razonado y expuesto más atrás que con la atribución preferente el legislador quiere resolver o, como mínimo, mitigar los efectos que se derivan, en la esfera puramente patrimonial, de la obligada división de la masa ganancial a la conclusión del consorcio matrimonial, pero no orientando la construcción del derecho de atribución preferente como punto de partida para que uno de los cónyuges o ambos puedan cimentar un futuro profesional o personal, lo que sería bastante utópico y como tal poco realista.

Por el contrario, su finalidad con alcance más modesto, pero, a mi juicio, mucho más eficaz, se concreta en favorecer la continuidad profesional y la personal de uno o de ambos cónyuges, precisamente facilitando el que en el correspondiente lote o hijuela entren aquellos instrumentos profesionales que fueren gananciales por excepción, la explotación agrícola, comercial o industrial que dirija personalmente, o el local en el que viniese desempeñando su profesión, los bienes de uso personal que se reputen gananciales, igualmente por excepción, o la vivienda donde tuviese su residencia habitual para lo que es, pues, necesario que exista un nexo entre atributivo y bien atribuible anterior y coetáneo al tiempo de la conclusión de la sociedad de gananciales, y no proyectado o creado con vistas a la partición propiamente dicha.

Todo ello quiere decir, a mi personal modo de entender la institución, que la finalidad prevista y en cuanto tal protegida requiere que el nexo existente entre la personal del atributivo y el bien declarado atribuible por el artículo 1.406 del Código Civil sea real y comprobable,

anterior y coetáneamente al ejercicio del derecho de atribución, puesto que con la partición deberá convertirse ordinariamente en plena propiedad y, ocasionalmente, en un derecho de uso o habitación.

a') *Caracterización como un ius in re*

La caracterización jurídica de la atribución preferente partiendo del nexo, considerado éste como elemento determinante de la naturaleza de aquélla, ha sido esbozada por GARCÍA CANTERO al afirmar que «en cuanto a su configuración jurídica, este derecho podría incluirse entre los de adquisición preferente de carácter real que se ejercita con ocasión de la liquidación de una comunidad de bienes, mediante declaración unilateral de voluntad dirigida a la contraparte que recae sobre bienes concretos y determinados» (95). La propia expresión «podría incluirse» que utiliza GARCÍA CANTERO sugiere más una forma pedagógica de manifestar una idea de similitud, como apunta en cierto modo DE LOS MOZOS (96), que una afirmación explícita acerca de la que entiende sea su verdadera naturaleza jurídica.

No obstante, ello pone de manifiesto la conveniencia de cuestionarnos si la posición del atributario respecto del bien atribuible, en presencia del nexo exigido por la norma, constituye o no un verdadero *ius in re* sobre éste, configurando una especialidad más dentro de la categoría —constantemente creciente— de los llamados *derechos reales de adquisición*.

La divergencia teórica sobre la naturaleza de los derechos de adquisición como auténticos derechos reales favorece indudablemente la posibilidad de llegar a considerar a las atribuciones preferentes como un subtipo dentro de tal categoría. Ahora bien, entendemos con la doctrina dominante y con expresión de SANCHO REBULLIDA que la «inmediación, característica de los derechos reales, no consiste tanto en la actuación —posible— directa sobre la cosa, cuanto en la actuación sobre ella sin intermediación del propietario... el tanteo, el retracto y la opción pueden estructurarse sobre la posibilidad de ser actuados sin mediación del propietario, sin prestación. Por lo mismo, pueden ser ejercitados cualquiera que sea el propietario actual; pueden configurarse con indiferencia de quién sea el dueño de la cosa, a la cual siguen a través de todas las vicisitudes y cambios» (97). O, como expone de forma sucinta PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que «implican un poder —sin mediación de un obli-

(95) G. GARCÍA CANTERO: *Derecho civil...*, de CASTÁN, t. V, vol. 1, pág. 476.

(96) J. L. DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, XVIII, 2.º, págs. 507 y 508.

(97) F. SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil*, de LACRUZ, vol. 2, parágrafo 51, págs. 237 y 238.

gado— sobre la cosa, protegido frente a todos» (98), lo que supone el contenido mínimo de cualquier derecho real.

Ello nos conduce a la constatación de que las atribuciones preferentes no pueden ser calificadas como un derecho real de adquisición, puesto que en ellas no se da ese grado de intermediación sobre la cosa, el atributario no puede ejercer su derecho sobre el bien fuera del marco patrimonial estricto del consorcio dividendo. La función de la atribución preferente es pura y absolutamente particional; carece de eficacia traslativa frente a los coparticionarios o frente a terceros; su incidencia sobre la masa dividenda es de carácter totalmente determinativo de la atribución—como pone de manifiesto el artículo 1.068 del Código Civil—, es de la propiedad exclusiva o del uso o habitación (en el art. 1.407) de los bienes adjudicados; no se adquiere nada, pues lo que figura en cada hijuela ya era propio de cada particionario, si bien de forma indiferenciada. El derecho de atribución no incide directamente sobre las cosas atribuibles, sino sobre la *mecánica* de la partición propiamente dicha, en virtud de unos supuestos de hecho generadores de determinados intereses a los que la ley les presta una especial protección, y que permite que con esos bienes en los que se dan las situaciones de hecho determinantes del reconocimiento del derecho, se encabece la hijuela del atributario.

La posición del coparticionario no atributario, aunque en términos figurados generalmente admitidos, puede considerarse un *pati*, no se corresponde tampoco con el deber pasivo que es propio de los derechos reales, sino con la posición propia de un coparticionario al que la Ley impone una preferencia en la elección de la que es titular otro particionario. Se trata, a mi juicio, de un deber de cooperación, que como ponen de relieve LARENZ y VON THUR, consiste en la participación en producción de efectos en la esfera de otro sujeto que es titular de un derecho potestativo o de configuración jurídica, como de alguna manera, a su vez, se deduce de los términos del artículo 56, 3.º, *in fine*, de la Compilación aragonesa; su posición de cooperación en nada limita sus acciones en defensa de la integridad cuantitativa de su hijuela y, en la reconstrucción, de ser ello posible, de la igualdad cualitativa.

La configuración sugerida por GARCÍA CANTERO tiene un claro sentido práctico en el ámbito de las atribuciones preferentes del artículo 832 del Código Civil francés, en las que el atributario puede optar por el mantenimiento de la indivisión, o en nuestra Ley de 24 de diciembre de 1981 con muy parecidas consecuencias, pues en éstas hay una verda-

(98) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, pág. 344.

dera expropiación forzosa *ex lege* de partes indiferenciadas de las que son titulares los otros particionarios no atributarios, pero en nuestro caso, incluso en los supuestos del 1.407 del Código Civil, la finalidad sigue siendo la de partir una masa consorcial, si bien por una vía específica en la que se reconoce un derecho de preferencia a una de las partes.

El nexo no llega, pues, a configurar la atribución preferente como un *ius in re* dentro de la categoría de los derechos de adquisición, tan sólo supone un *prius* fáctico necesario, que junto a otros elementos personales condiciona el nacimiento del derecho para un particionario concreto y para un objeto concreto del haber consorcial neto diviendo.

b') *Caracterización como un supuesto de ius ad rem*

La *affectio ad res* —de las que nos habla CÍCERÓN (99) para destacar el personalismo que llegan a adquirir determinadas cosas para determinadas personas—, que está presente tanto en el nexo requerido como en la finalidad misma de la atribución preferente, podría dar lugar a la caracterización de este derecho como un *ius ad rem*, como supuesto que «constituye un estadio en el proceso de adquisición» (100), por lo que creo merece la pena detenerse en su consideración.

Los puntos de partida históricos de construcción de la figura, como ponen de relieve JERÓNIMO GONZÁLEZ, VALLET DE GOYTISOLO, PUIG BRUTAU, FONCILLAS y DíEZ-PICAZO (101), giran en torno a la protección frente a terceros que se concede al feudatario o al beneficiario eclesiástico en el tiempo que media entre la *designatio* o *electio* (*tenue ius*) y la prestación de *pleito homenaje* o *investidura* (*plenum ius*) por la que nacía un verdadero *ius in re* sobre el feudo o monasterio o diócesis: entre uno y otro momentos se entiende que hay un derecho a la cosa (*ius ad rem*) o un derecho real potencial (*werdendes sachenrecht*). Como puntualiza VALLET DE GOYTISOLO, la función de este *ius ad rem* consistía en que «concedía al *electus* la facultad de pedir *erga omnes* el beneficio y éste le era *affectum*, tanto que algunos no dudaron en otorgarle la *actio in re*, si bien por el carácter administrativo de la demanda se optó en definitiva por conceder la *imploratio officii iudicis*, pero con efecto absoluto y, sin embargo, el *ius ad rem* fue contrapuesto al *ius in re*».

El Derecho civil moderno, por influencia de WOLFF y de éste sobre

(99) CÍCERÓN: *De senectute*, III, 2.

(100) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales...*, pág. 17.

(101) J. M.^a FONCILLAS LOSCERTALES: «El *ius ad rem* en el Derecho civil moderno», en *Estudios Jurídicos*, Madrid, 1974, págs. 125 a 126; L. DíEZ-PICAZO: *Elementos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, 1972, págs. 56 y sigs.; J. B. VALLET DE GOYTISOLO: *Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962, pág. 125; J. PUIG BRUTAU: voz *ius ad rem*, en *NEJ*, Seix.

el Derecho prusiano codificado, en 1874 (*Allgemeiner Preussischer Landrecht*), se aplica a la doctrina del título y el modo, como ha puesto de manifiesto JERÓNIMO GONZÁLEZ distinguiendo entre una causa remota (título) del derecho real que genera un *ius ad rem* o un *Recht zur Sache* y una causa próxima (modo) que da lugar a un pleno *ius in re* o a un *Recht auf die Sache*. Entre nosotros se quiere aplicar esta figura intermedia para la aplicación de la eficacia frente a terceros de determinados derechos personales, como son los supuestos del artículo 1.473 del Código Civil y del artículo 42, 1.º, de la Ley Hipotecaria.

No parece que esta vía, de significación mucho más histórica y formal que de contenido real aplicable a nuestro Derecho positivo, sea la adecuada para la caracterización de la atribución preferente a partir del nexo de afección. La presencia del nexo exigible es un requisito esencial para el nacimiento del derecho de atribución en la mayor parte de supuestos que se contemplan en la norma y es posible admitir con DE LOS MOZOS que «existe, además, una vinculación previa y un estado posesorio o cuasiposesorio respecto de unos determinados bienes comunes en relación a uno de los cónyuges» (102), lo que le sirve al autor para destacar la desmesura que supone el entender la atribución como una proyección patrimonial de los derechos de la personalidad, pero la *affectio* no sirve para fundamentar la atribución sobre el nexo o desviarla, como afirma DE LOS MOZOS, de una relación anterior respecto de los bienes de que se trate», lo que podría equivaler en cierta forma relativa a una especie de *ius ad rem*.

Pero creo que no puede entenderse así. Primero, y como apunta el propio DE LOS MOZOS, cada tipo de atribución tiene su fundamento «en razones singulares diversas» y origina una diferente exigencia en cuanto al nexo, su intensidad y forma, que puede llegar a ser una relación puramente espiritualizada en el caso de la vivienda, pues entiendo que para hacerse atribuir el hogar familiar el cónyuge sobreviviente sólo requiere que se haya mantenido el *honor matrimonii* aunque se haya encontrado ausente como emigrante durante largo tiempo, en tanto que para la explotación se exige nada menos que ser «gestor». Segundo, el nexo no puede dar lugar a una situación jurídica intermedia entre el derecho personal y el derecho real, o mejor como un derecho personal que tiene efectos reales, que es, en definitiva, el *ius ad rem*. No hay que olvidar que el cónyuge atributario es ya propietario del bien atribuible porque es titular aunque por cuota y, por tanto, en forma indeterminada, por lo que su relación con la cosa es muy superior a la que puede proporcionar un *ius ad rem*. La *affectio* versa no sobre titulari-

(102) J. L. DE LOS MOZOS: *Comentarios* ..., XVIII, 2.º, págs. 505 y 506.

dad, sino sobre destinación y gestión en la administración de la sociedad conyugal por cumplir una función profesional, por gestión especializada o por destinación personal. El nexo destaca un dato de la historia de la sociedad de gananciales y no una proyección de futuro necesariamente, sino tan sólo cuando cabe el valor de lo atribuible en el haber del atributario. Tercero, tampoco puede entenderse así por la propia estructura del *ius ad rem*. No hay aquí procedencia de una relación obligatoria, no hay una actuación de un derecho potencial que tiende a perfeccionarse como *ius in re*, y finalmente, como destaca JERÓNIMO GONZÁLEZ, nunca históricamente se ha admitido como substrato de los juicios divisorios, cuya esencia es la misma que la de la partición, en cuya dimensión nos interesa aquí y ahora.

c') *Caracterización como derecho de crédito*

Las expresiones «pago del haber» (103) o «la adjudicación preferencial se paga con el crédito que el partícipe tiene por su haber» (104) no pueden tomarse como reflejo literario de la íntima naturaleza jurídica de las atribuciones preferentes, sino figuradamente como forma usual de manifestar la posición de cualquier titular de una cuota del haber, remanente positivo de la masa común dividenda; igual se paga al atributario que al no atributario.

Es cierto que un cónyuge cotitular en la comunidad posganancial puede ser respecto de éste acreedor o deudor por la cuenta de reembolsos y reintegros, y que con posterioridad a la liquidación puede mantener tal posición respecto del otro u otros en el momento mismo de la partición. Pero como ya hemos venido exponiendo a lo largo de este estudio, la atribución preferente de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil no puede ser, en el plano teórico al menos, reconducida a la figura de la predetracción *in natura* en el cobro de los créditos de recompensas de los que un cónyuge es titular. Es más, hemos apuntado tal ausencia como uno de los defectos tradicionales de la sociedad de gananciales a los que no se ha puesto remedio con la reforma de 13 de mayo de 1981. Lo que puede dar lugar en la práctica —nada se opone a ello— a adjudicaciones mixtas en las que una parte del valor de lo adjudicado corresponda a satisfacción del crédito y otra parte del valor a una verdadera adjudicación preferente, pero sin que por ello se confundan las causas de atribución: una sería una *dación en pago* y la otra una *concreción o especificación* de toda o de parte de la cuota

(103) J. L. DE LOS MOZOS, *id.* nota anterior.

(104) L. Díez-PICAZO: *Comentarios a las reformas...*, pág. 1801.

que el atributario preferente tiene en la comunidad posconyugal divida.

La atribución preferente no da lugar a una reproducción del esquema jurídico formal de las relaciones crediticias; el atributario no es un acreedor, de la misma forma que el cónyuge no atributario o, en su caso, los coparticionarios herederos de éste no son deudores. El deber de estos últimos se limita a no imposibilitar el derecho del primero a configurar la composición de la hijuela con uno o varios de los bienes para los que la ley le otorga preferencia, por la vía de determinar no siempre todo el contenido de la partición, sino la modalidad mecánica a seguir, lo que no es suficiente para caracterizar esta posición como *vínculo*. Ni siquiera es de esencia en la atribución preferente la desigualación cualitativa, es decir, la existencia de un derecho a trato diferente, sino que ello es una consecuencia que de ordinario se produce con el ejercicio de tal derecho, pues en la medida de lo humanamente posible y en función de la composición del patrimonio debe ser evitada por la vía de elegir el no atributario, en segundo turno, bienes valorados con el mismo criterio hasta igualar en valor la elección de quien es titular del derecho a la preferencia.

Esta relación derecho-deber no tiene la configuración propia de un derecho de crédito, y buena prueba de ello es que no se manifiesta con fuerza suficiente para incidir en las operaciones liquidatorias previas a la partición propiamente dicha, en donde los no atributarios sólo vienen obligados a un respeto en la medida de lo posible, es decir, el mismo que merece cualquier expectativa de derecho, y no más.

El que en nuestro Derecho los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil no tengan una perfecta correspondencia con las reglas de la liquidación (arts. 1.399 a 1.403) —a diferencia de lo que ocurre con el derecho de atribución belga y en menor medida, pero con suficiente base operativa, en el Derecho francés—, no quiere decir que no puedan calificarse en él nuestras atribuciones preferentes como un derecho de crédito y en los otros ordenamientos sí, sino que con nuestras reglas, por insuficientes, no puede llegarse al grado de realización o de materialización del interés protegido que con aquellas otras podría alcanzarse, sin que ello suponga un cambio de caracterización jurídica, pues en estos ordenamientos la atribución preferente tampoco adquiere la *veste* de derecho de crédito.

d) LA CONDICIÓN DE ATRIBUTARIO Y EL INTERÉS JURÍDICAMENTE PROTEGIDO

La proyección del interés protegido con la atribución preferente sobre la persona del atributario es, como ya hemos advertido, muy diferente cuando ésta se configura como atribución por mera declaración del atributario o petición homologada judicialmente (denominada esta última meramente facultativa), ya que en tanto en esta última se requiere para su reconocimiento una valoración al menos sobre la congruencia del interés personal con el fin social en que se asienta la institución y con el interés de la familia, en la atribución por mera declaración unilateral del atributario (denominada de derecho) tales condicionamientos sólo pueden encontrarse en la norma misma y quedan como elementos presuntos *iuris et de iure* en el sujeto titular: es decir, no ha lugar a la comprobación de oficio de estos aspectos por el Juez, ni siquiera, entiendo, puede hacerse valer la incongruencia de interés por los coparticionarios no atributarios como motivo de oposición al ejercicio del derecho de atribución.

La titularidad de este derecho se discierne, cualquiera que sea el sistema de atribución preferente, por la doble circunstancia de ser partícipario —en una interpretación rigurosa del texto, por ser cónyuge partícipario— y por el nexo de afección que para cada tipo de bien exige la norma. La primera circunstancia no requiere verificación alguna, pero sí la segunda que necesita, ante la oposición de la otra parte, ser probada, recayendo la carga de la prueba en uno u otro partícipe según sea el tipo de bien de que se trate, en función de las presunciones y reglas propias del régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales. Es decir, en los bienes contemplados en el apartado 1.º del artículo 1.406, dada la presunción de ser privativos del cónyuge usuario, la carga de la prueba de la ganancialidad primero y de la falta de destino al uso personal después deberá recaer en el no atributario. Mientras que en los supuestos de los apartados 2.º y 3.º **deberá ser el atributario** quien pruebe que gestiona personalmente la explotación de que se trate o ejerce en exclusiva la profesión en el inmueble atribuible, puesto que como regla de principio la gestión se presume compartida.

Si ambas circunstancias son necesarias para conferir a un cónyuge la condición del titular del derecho, quiere decirse que éste es personalísimo, que sólo nace para quien reúne en su persona las dos circunstancias y precisamente, como finalidad de la norma, para que el titular pueda seguir en su posición después de que se materialice la partición. Por ello se echan en falta reglas que obliguen a la continuación de tal

explotación o ejercicio profesional después de la partición, pues parece fuera de lugar que una norma finalística se construya dejando al arbitrio del atributario la destinación posterior de los bienes atribuidos.

Si el derecho de atribución es personalísimo para el cónyuge atributario y como tal insusceptible de transmisión a terceros adquirentes de la cuota en el consorcio conyugal o para los acreedores subrogados en su posición de partionario, también lo es —naturalmente, si se admite la posibilidad— para los herederos del otro cónyuge en cuanto puedan ser atributarios en su condición, igualmente doble, de partionarios y de colaboradores en la gestión de la explotación o de gestores-delegados propiamente dichos, y, por tanto, la hipotética titularidad del derecho de atribución de estos últimos requeriría de las mismas circunstancias específicas que se deben dar en el cónyuge, y la condición de atributario resultará asimismo intransmisible por personalísima.

Todo ello debe entenderse así, a mi personal juicio, no por tratarse de un derecho excepcional y privilegiado, como ha entendido una buena parte de la doctrina y la primera jurisprudencia francesas (pues creo que aunque se trata evidentemente de una excepción al modo general de partir establecido en los artículos 1.061 y siguientes del Código Civil no se configura con un contenido excepcional y privilegiado), sino por su misma esencia y función. Es decir, el interés protegido por la norma se proyecta no en la función socioeconómica de los bienes objeto del derecho de atribución, sino en la persona misma del atributario, como ha puesto de manifiesto reiteradamente VIATTE en todos sus trabajos sobre atribuciones (105). Si la protección se manifestase fuera del estricto marco familiar, como pretende de *lege ferenda* el prestigioso magistrado francés, sería absurdo defender la condición de personalísimo del derecho de atribución, ya que habría que reconocerlo también en favor del adquirente de cuota ajeno a la familia, siempre que se comprometiese a no dividir la explotación y la gestionase personalmente.

En el fondo, las contradicciones que muestra una parte de la doctrina francesa no son sino manifestaciones, como señala PATARIN (106), de los excesos producidos en la regulación de las atribuciones preferentes por las constantes presiones de determinadas asociaciones de agricultores franceses sobre los poderes ejecutivo y legislativo de aquel país, en las que la unidad de la explotación se lleva a tales extremos que conducen al desconocimiento de los propios fines de la institución y, lo que es más grave, al desprecio más absoluto por los valores de coope-

(105) VIATTE, *op. cit.*, nota 2; para este autor, el objeto debería ser la unidad de la explotación, y por ello podría ser el atributario cualquier titular.

(106) Ver, al respecto, el trabajo a que se hace referencia en la nota 1.ª de este capítulo.

ración y unidad familiar que se tratan de favorecer. En este sentido la Ley francesa de 23 de diciembre de 1970 abandona los principios de la atribución preferente y abre el camino de la amortización de las explotaciones agrícolas, aunque no a la medida todavía de los deseos de VIATTE, para quien sería deseable el regreso al sistema de propiedad agrícola anterior a 1804 (107).

En tanto no se llegue al indeseado e indeseable sistema de vinculaciones, primer paso atrás camino de la recreación de la servidumbre, el interés protegido sólo tiene verdadera significación social entendido en el contexto familiar, y por ello considero desacertado el no haber perfilado nuestro Código una atribución meramente facultativa en la que el Juez, a falta de acuerdo entre los particionarios, examine la compatibilidad entre el interés personal del atributario y el interés más general de la familia, que a mi juicio es el que debe prevalecer en todo caso, por proceder el bien de un consorcio conyugal cuya primera función era la de sostener económicamente a la familia.

C. Configuración formal del derecho de atribución preferente

Las doctrinas francesa y belga han evitado efectuar un tratamiento dogmático de las atribuciones preferentes y se han centrado en el examen casuístico en toda la extensión de sus posibilidades y de sus límites. Tal vez sería lo prudente imitarles en este punto y prescindir aquí de cualquier tipo de especulación teórica, que poco puede añadir a lo ya expuesto, pero las marcadas diferencias que el sistema español presenta respecto de lo que podemos considerar sus más próximos antecedentes aconsejan, a mi juicio, no rehuir tal tratamiento.

Ya hemos hecho constar repetidas veces que la no diferenciación entre la atribución meramente facultativa y la derivada de la manifestación unilateral del atributario, denominada de derecho, la limitación de la posibilidad de abono de la diferencia en metálico y la ausencia de conexión entre el ejercicio de la atribución y las operaciones inmediatamente antecedentes a la propia partición, en especial la de liquidación de los créditos por recompensas entre la comunidad y las masas privativas (pues éstas son en síntesis las más salientes diferencias), traerán como consecuencias difícilmente evitables no sólo una mucho menor operatividad para nuestras atribuciones preferentes, sino también una menos acusada proyección social que se dejará sentir fundamentalmente

(107) Ver el artículo a que se hace referencia en la nota 2.ª de este capítulo.

(108) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 479.

sobre la continuidad y la estabilidad en el ejercicio profesional o desempeño de la actividad empresarial de los cónyuges de economía modesta. Sin embargo, estas notables divergencias no nos sitúan ante fenómenos jurídicos diferentes, sino ante formas y desarrollos normativos claramente diferenciados de una misma institución.

a) EL DERECHO POTESTATIVO DE CONFIGURACIÓN JURÍDICA
DE LA PARTICIÓN

Nuestro sistema de atribuciones preferentes, como también hemos hecho constar ya, circunscribe este derecho, mucho más que cualquier otro sistema, a la partición propiamente dicha, en forma tal que la declaración unilateral y recepticia del ejercicio de tal derecho efectuada en el momento más lógico considerado en abstracto, cual es el de la formación del plan *liquidatorio-particional*, no crea, en la fase de liquidación, más obligación para el cónyuge no atributario o para los restantes coparticionarios que la de no impedir abusivamente la atribución solicitada en el ejercicio de sus propios derechos liquidatorios.

Y es que la conformación de la partición que se actúa mediante la declaración unilateral de atribución no afecta a todo el sistema liquidatorio-particional, como hubiera sido deseable, sino tan sólo a la división material propiamente dicha, es decir, a la formación de lotes y entrega de los mismos.

La afirmación de la doctrina francesa referida al Decreto-ley de 1938, por la que se calificaba a la atribución preferente como un modo legal de partición, conviene hoy más al sistema español que al propio sistema francés actual, puesto que en éste se da una interrelación entre las distintas fases del proceso liquidatorio, entendido este término en el sentido usual amplio, a partir de la declaración formal del atributario, que no encontramos en nuestro sistema y cuya hipotética reconstrucción sólo puede alcanzarse por la vía de un árido discurso interpretativo no exento de riesgos y de posibilidades de incurrir en error, haciendo decir a los textos más de lo que dicen.

Las atribuciones preferentes de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil presuponen, literalmente contempladas, que el atributario hace valer su derecho en presencia de una comunidad liquidada, libre de toda relación crediticia o habiendo previsto la forma de satisfacción de las pendientes en las que resulte deudora tanto respecto de terceros acreedo-

(109) J. L. DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, XVIII, 2.º, págs. 442 y 443.

(110) DÍEZ-PICAZO: *Comentarios a las reformas...*, II, pág. 1784.

(111) DÍEZ-PICAZO: *Comentarios a las reformas...*, II, pág. 1784.

(112) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 479.

res como respecto de las masas privativas de los cónyuges, en la que como remanente neto figuran bienes atribuibles. Es en este marco en el que un cónyuge tiene derecho a que se incluyan con preferencia en su haber tales bienes.

Ya sabemos que esto no es exactamente así; que existen posibilidades más ricas de actuación del derecho de atribución preferente, que hemos intentado aclarar y destacar, pero es innegable que éste es el contenido esencial y caracterizador de tal derecho.

El derecho de atribución preferente se perfila como un derecho potestativo, entendido con MESSINA como «un derecho subjetivo concreto que confiere el poder de *conformar* relaciones jurídicas concretas a través de un negocio jurídico unilateral» (113), que se otorga a un cónyuge con ocasión de la partición de la comunidad posganancial, bajo determinadas circunstancias personales y objetivas que determina la norma, por cuya virtud puede un titular configurar un modo de partición que permita de forma directa la inclusión en su hijuela de un determinado bien con preferencia sobre el otro cónyuge o sobre los otros coparticionarios. Se trata del derecho subjetivo secundario sin pretensión propiamente dicha que confiere *ex lege* al titular la potestad de determinar un efecto jurídico previsto en la norma, como pone de manifiesto FERRARA (114); aquí el atributario tiene por su señorío la voluntad reconocida por la ley, manifestada recepticiamente por la contraparte en la división, de determinar la modalidad mecánica de división conocida como atribución preferente, es decir, una forma específica de división que se configura en atención a un *ius praelationis* nacido para un sujeto y referido a unos concretos objetos y, en nuestro ordenamiento como supuesto ordinario, limitado a un *quantum* específico, el que alcance su haber neto en el consorcio. Como pone de manifiesto VON THUR, frente al titular no se sitúa a un auténtico obligado, sino «un adversario», que tiene que soportar los efectos producidos (115), por lo que, como indica FERRARA, «la singularidad de estos poderes se encuentra en que son derechos sin obligación y sin pretensión». Para el profesor DE CASTRO es dudosa la figura como configuración autónoma, y, en todo caso, puede aceptarse como un derecho subjetivo secundario (116), lo que evidentemente admitimos, puesto que la titularidad de este derecho sólo puede

(113) G. MESSINA: «Sui cosiddetti Diritti potestativi», en *Scritti Giuridici*, volumen V, pág. 3, Milán, 1948.

(114) F. FERRARA: *Trattato di Diritto civile italiano*, vol. I, «Dottrine generali», parte I, págs. 341 y sigs.

(115) VON THUR: *Derecho civil*, I, 1, págs. 203 y sigs.

(116) F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, t. I, libro preliminar, pág. 676.

reputarse de quien tiene el derecho subjetivo de instar y obligar a la liquidación —en sentido amplio— de la comunidad posconyugal.

Esta posición jurídica viene, pues, determinada por unas circunstancias personales, materiales y de relación entre ambas que sirven de presupuesto necesario para el derecho subjetivo secundario de origen legal que denominamos de atribución preferente, pero, como sabemos, no configuran al derecho mismo, sino que son un *prius* para su propio nacimiento. Circunstancias que varían en función de cuál sea el objeto atribuible en cada caso, y por ello no pueden ser incorporadas a la estructura interna del derecho; son, en todo caso, elementos necesarios pero externos y en cuanto tales deben ser calificados como circunstancias condicionantes. Esto es perfectamente claro en el nexo que debe mediar entre el atributario y la cosa atribuible; esta afección —que debe darse de ordinario— ha sido e incluso es el motivo que ha impulsado al legislador a regular las atribuciones preferentes. Sin embargo, puede presentarse en múltiples formas que van desde una ocupación exclusiva y excluyente necesaria para la atribución de explotaciones hasta una relación con la cosa que puede ser incluso compartida con otros coparticiparios con diferente intensidad, diversos fines o mejor título, como acontece con el local profesional, e incluso la afección puede ser totalmente espiritualizada a través del *honor matrimonii* como ocurre con la vivienda familiar; pero entiendo podría darse con la personalidad con que se interviene en la partición, pues si bien la norma habla exclusivamente del cónyuge, es decir, del particionario que concurre a la partición con tal condición, no puede, a mi juicio, desdeñarse como posibilidad el que sean atributarios otros particionarios. Como tampoco cabe predicar, por la vía de considerar la atribución como derecho excepcional o como privilegio legal, que este derecho sólo puede ejercerse respecto de los objetos taxativamente enumerados en el artículo 1.406 del Código Civil, pues, como hemos expuesto, la relación de objetos debe entenderse *ad exemplum*, y, en consecuencia, deben comprenderse todos aquellos otros que cumplen una función idéntica a los enumerados en el precepto.

La presencia de estos elementos de carácter personal y objetivo, en la forma y grado que requiera cada tipo de atribución, constituye un *prius* necesario para el nacimiento del derecho, es decir, para que nos encontremos en presencia de un potencial atributario, pero la suma y reunión de estos requisitos circunstanciales no provocan automáticamente la atribución: el atributario, en función de la posición que ocupa, no puede «adquirir la propiedad de determinados bienes» —de la que nos habla GARCÍA CANTERO (117) en sentido figurado—, sino que está en

(117) G. GARCÍA CANTERO: *Derecho civil...*, de CASTÁN, t. V, vol. 1, pág. 476.

posición de emitir una declaración de voluntad dirigida a la otra parte, es decir, recepticia, por la que esos determinados objetos, para los que reúne las condiciones legales exigidas, deberán incluirse en la partición en su lote o hijuela. Es, pues, la declaración por quien está en condiciones de hacerla la que da lugar al nacimiento y a la actuación del derecho. Sin tal declaración efectuada en tiempo y forma, la división material deberá efectuarse conforme a los principios del artículo 1.061, es decir, conforme a la más estricta igualdad cualitativa y cuantitativa y a un sistema aleatorio de adjudicación de lotes.

La manifestación de voluntad, como corresponde a la categoría todavía hoy poco estudiada de los derechos potestativos o de configuración jurídica, excluye la aplicación de la modalidad de partición ordinaria propia de la comunidad hereditaria y abre otra específica del consorcio matrimonial en presencia del derecho de atribución preferente.

b) MODALIDAD ESPECÍFICA DE PARTICIÓN

El derecho de atribución preferente se concreta en el hacerse incluir un bien con carácter atribuible en la hijuela del atributario como parte o totalidad de su cuota en la comunidad, ordinariamente sin que pueda sobrepasarla, o, en el caso específico del cónyuge supérstite, pudiéndola sobrepasar, pero abonando al contado la diferencia en dinero. Ahora bien, esta concreción no supone que el atributario se convierta en partidor exclusivo o simplemente dominante frente al otro u otros coparticionarios a quienes corresponde una posición pasiva consistente en dejar hacer o en un mero tolerar. Es decir, a estar y pasar por la aplicación de una modalidad de partición configurada por la declaración de voluntad del atributario, para la que el no atributario tiene un deber específico de cooperación del que nos habla LARENZ como correspondiente posición del derecho de configuración jurídica (118). Esta visión negativa se corresponde con la exagerada presentación francesa de la atribución preferente como privilegio y al haber destacado ésta una consecuencia estadísticamente comprobable, cual es la de la desigualación cualitativa, convirtiéndola en un efecto directo de la atribución, cuando ello no tiene por qué ser así de forma necesaria.

La atribución preferente no cambia el sentido, ni la posición de las partes en la división material, sino que lo que cambia necesariamente es el método tradicional por otro adecuado a sus fines de mantenimiento de determinados *status* que podrían verse gravemente comprometidos o

(118) K. LARENZ: *Tratado de Derecho civil alemán*, parte general, págs. 280 y sigs.

directamente perjudicados como consecuencia de una división que obligue al fraccionamiento de determinados bienes o los atribuya sin consideración alguna para con las necesidades, bien humanas, bien profesionales, y por ello esa división se abre colocando un bien concreto en una hijuela concreta, es decir, aplicando para un sujeto y unos objetos predeterminados *ex lege* la técnica que se esboza para la partición de la comunidad hereditaria en el artículo 1.062 del Código Civil, si bien de forma que no pueda ser impedida por uno de los coparticionarios y que no pueda dar lugar al abono del exceso en dinero (salvo, claro está, que se trate de un cónyuge sobreviviente).

Esta modalidad tradicional, como ya hemos puesto de manifiesto, no puede entenderse de forma que cuando la suma en valor de los bienes atribuidos no alcanza para cubrir el haber del atributario se deba abrir una modalidad de división con arreglo al criterio aleatorio tradicional, lo que resultaría sumamente abusivo, sino que debe integrarse la hijuela o hijuelas de los copartícipes con arreglo a un criterio similar, ya que no idéntico, al de la atribución preferente.

D. Elementos para la elaboración de un concepto unitario del derecho de atribución preferente

El casuismo analítico que se impone en el estudio de las atribuciones preferentes, en razón de su propia novedad institucional en el seno de la sociedad de gananciales, de sus dificultades en la caracterización del objeto, de su conexión o desconexión con la dinámica general del *iter* liquidatorio-particional y sus diferenciadas operaciones, entre otras muchas cuestiones de interés, favorece una dispersión de los resultados obtenidos, o, simplemente, sugeridos o esbozados y conduce hacia una constante multiplicación de la problemática surgida de las diferentes interacciones. Todo ello, consecuentemente, hace mucho más difícil llegar a una decantación esquemática en la que pueda afirmarse qué elementos mínimos deben ser considerados esenciales para la integración unitaria de la figura, si es que puede predicarse una unidad institucional para ella.

La unidad institucional, por lo que se refiere a nuestra atribución preferente, a diferencia de lo que ocurre en Francia desde 1961 y en Bélgica, parece venir configurada por el propio texto del artículo 1.406 del Código Civil, de clara vocación conformadora de efectos y supuestos, reforzada si cabe por la redacción del 1.407 que destaca su carácter de excepción a la que se pretende regla general, y confirmada esta orientación por el tratamiento unitario que para la misma da nuestra mejor

doctrina —ALBALADEJO, DíEZ-PICAZO, GARCÍA CANTERO, LACRUZ, DE LOS MOZOS, etc.—.

Hay que dejar aquí constancia de que la unidad institucional no puede encontrarse por el camino hasta el presente más explorado, el del análisis de la relación «exigible» entre atributario y cosa atribuida *versus* finalidad, al que he venido denominando con más o menos fortuna técnica «nexo», pues como hemos podido comprobar al tratar del objeto es el camino que garantiza la dispersión a que antes me refería. El que sea el más estudiado de todos los aspectos resulta enteramente lógico porque es a través de él, de forma más significativa, al menos, como podemos llegar al conocimiento de la virtualidad jurídica de la institución y la verificación de su eficacia finalista, pero no, repito, a la idea de síntesis omnicomprendensiva que interesa en los elementos de definición.

Las líneas de síntesis, en mi personal opinión, corren parejas con las que ya hemos destacado como determinantes de la caracterización jurídica del instituto y no muy lejanas de las de la doctrina francesa anterior a las ampliaciones objetivas, subjetivas y de caracterización que se multiplican desde la promulgación de la Ley de 19 de diciembre de 1961, cuando BOULANGER la definía escuetamente como «una modalidad de la partición que constituye un verdadero derecho para aquel de los coparticionarios que reúne las condiciones exigidas por la Ley» (119), y por ello esta síntesis sólo se puede obtener de los elementos realmente comunes a todos los tipos y supuestos: a) el ser el derecho de atribución un auténtico derecho subjetivo secundario, de carácter potestativo o de caracterización jurídica, del que es titular un particionario de la comunidad posconyugal; b) mediante el cual se actúa una modalidad específica de partición que permite que un bien ganancial de características determinadas por la norma o por extensión de la misma, que se mantiene en el remanente consorcial neto, debe ser incluido con preferencia en la hijuela o lote de aquel coparticionario que reúne, a su vez, las condiciones específicas requeridas para cada tipo de bien declarado atribuible, y c) en todo caso, deberá respetarse la igualdad cuantitativa dentro del montante en valor del total del consorcio, por lo que sólo excepcionalmente podrá alcanzarse la igualdad mediante abono de compensación en metálico; en estos casos excepcionales el atributario, que deberá ser cónyuge supérstite, podrá optar, para el restringido ámbito material previsto en el artículo 1.407, entre la atribución en propiedad o por un derecho real limitado de uso o habitación.

Reunir estos varios elementos en una definición formal y académica es desde luego posible, pero entiendo que en nada ayuda al tratamiento

(119) RIPERT y BOULANGER, t. 4, núm. 3.093.

de una institución poco elaborada en todos los aspectos y que no debe ni puede ser limitada y acotada por su reducción a moldes rigurosos antes de que llegue a desarrollar sus verdaderas y en gran parte ocultas potencialidades.

JOAQUÍN J. RAMS ALBESA

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Curso de Derecho civil*, IV Derecho de familia, Barcelona, 1982.
- AUBRY-RAU: «Droit civil», t. X, en *Successions*, por P. ESMEIN, París, 1954.
- «Droit civil français», t. VIII, en *Régimes matrimoniaux*, por A. PONSARD, París, 1973.
- BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: «Comentario al artículo 1.076 del Código Civil», en *Código Civil*, de Q. MUCIUS SCAEVOLA, t. XXV, vol. 2.º, Madrid, 1948, págs. 177 y sigs.
- BOULANGER, Jean: *La réforme du partage d'ascendant par la Loi du 7 février 1938*, Dalloz Hebd., 1938, chr. 41.
- BOUR, René: «L'extension du bénéfice de l'attribution préférentielle: privilège ou spoliation?», en *Gaz. Pal.*, 1971, 1, 225.
- *Les bénéficiaires de l'attribution préférentielle*, París, 1967.
- BOUTANT: «Les domaines héréditaires en Allemagne», en *BSLC*, 1935.
- CANO TELLO, Celestino A.: *La nueva regulación de la sociedad de gananciales*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981.
- CARBONNIER, Jean: «Le statut des bijoux dans le Droit matrimonial», en *Rep. Prat. Not.*, 1950, págs. 303 y sigs.
- CASMAN, Hélène, y VAN LOOK, Moni: *Régimes matrimoniaux*, Bruselas, 1977.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, V, «Derecho de familia», 1, en *Relaciones conyugales*, por G. GARCÍA CANTERO, Madrid, 1983.
- CLAVERÍA GONSÁLBZ, Luis Humberto: «Las pertenencias en Derecho privado español», en *ADC*, 1976, págs. 3 y sigs.
- COLOMER, André: *Le statut des conjoints d'artisans et des commerçants travaillant dans l'entreprise familiale*, R. N. Defrénois, 1982, págs. 1393 y sigs.
- *Régimes matrimoniaux*, UTEC, París, 1982.
- 68.º Congreso del Notariado Francés, «L'attribution préférentielle», cap. I de la ponencia *De certaines difficultés du partage successoral*, vol. IV, 1971.
- CONTIN, Raphaël: «Les réglemens en nature dans les partages matrimoniaux», en *RTDC*, 1977, págs. 435 y sigs.
- CORNU, Gérard: *Les régimes matrimoniaux*, 3.º édition, PUF, París, 1981.
- CORSI, Francesco: «Il regime patrimoniale della famiglia», en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, dirigido por CICU y MESSINEO, vol. VI, t. I, Milán, 1979, y t. 2, Milán, 1984.
- CHEVALLIER, Jean: «La Loi du 19 décembre 1961 sur le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle», en *JCP*, 1962, I, 1687 y sigs.
- DEKKERS, René: *Précis de Droit civil belge*, vol. III, págs. 472 y sigs., Bruselas, 1965.
- DELNOY, Paul: «L'exploitation agricole familiale et les régimes matrimoniaux», en *RNB*, 1977, págs. 572 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, «Derecho de familia. Derecho de sucesiones», Madrid, 1982.

- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «Comentarios a los artículos 1.375 a 1.410», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984.
- ESMEIN, Paul: «Successions», en *Droit civil*, X, de AUBRY-RAU.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil español*, IV, «Familia», Madrid, 1981.
- FONCILLAS LOSCERTALES, José M.^a: «El *ius ad rem* en el Derecho civil moderno», en *Estudios Jurídicos*, Madrid, 1974.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Derecho de familia*, I, «Relaciones conyugales», en *Derecho civil, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, Madrid, 1983.
- GIRÓN TENA, José: *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: «La teoría del título y el modo», en *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, t. I, Madrid, 1948, págs. 300 y sigs.
- HAMBYE: «Rapport Hambye», en *Documents Parlamentaires. Sénat*, núm. 683 (SE, 1974), núm. 2, 25 noviembre 1975.
- HENRY, Max: *L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux*, Recueil Dalloz-Sirey, 1979, ch. XXX, págs. 179 y sigs.
- IRTI, Natalino: «Del Diritto civile al Diritto agrario», en *R. Diritto Agrario*, 1961, páginas 227 y sigs.
- JUGLART, Michel de: «Régimes matrimoniaux», t. IV, vol. I, de *Leçons de Droit civil*, de MAZEAUD, París, 1982.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961.
- «Derecho de familia», en *El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963.
- «La economía del matrimonio», en *El nuevo régimen de la familia*, II, Madrid, 1981, págs. 123 y sigs.
- *Elementos de Derecho civil*, IV, «Derecho de familia», Barcelona, 1982.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Miguel Angel: «La empresa mercantil y la sociedad de ganancias tras la Ley de 13 de mayo de 1981», en *Revista Jurídica de Cataluña*, páginas 585 y sigs.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis: *El nuevo Derecho de familia*, t. II, «Régimen sobre filiación y sociedad de gananciales», Madrid, 1981.
- MARTY, Gabriel: «Les réformes récentes du droit successoral en vue de lutter contre le morcellement de certains biens et spécialement des exploitations rurales à caractère familial», en *JCP*, 1941, I, 182.
- MAZEAUD, Henri, Léon et Jean: «Leçons de Droit civil», t. IV, vol. 1, en *Régimes matrimoniaux*, por M. DE JUGLART, París, 1982.
- MESSINA, Giuseppe: «Sui cosiddetti diritti potestativi», en *Scritti Giuridice*, vol. V, Milán, 1948.
- MEUNIER, Robert: «Liquidation d'une communauté déficitaire: Ordre de liquidation», en *RNB*, 1981, págs. 6 y sigs.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Comentarios al artículo 1.432 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, págs. 1896 y sigs.
- MOZOS, José Luis de los: «Hacia un Derecho sucesorio agrario (Aspectos de la conservación de la explotación en el Código Civil, en los Derechos forales y en el Derecho de colonización)», en *ADC*, 1974, págs. 523 y sigs.
- *La reforma del Derecho de familia*, en *España hoy*, Valladolid, 1981.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALA-DEJO, t. XVIII, vol. 2, arts. 1.344 a 1.410 del Código Civil, Madrid, 1984.
- PAOLA, V. de, y MACRI, A.: *El nuevo regime patrimoniale della famiglia*, Milán, 1978.

- PATARIN, Jean: «Egalité, finalité économique et finalité sociale dans la Loi du 19 décembre 1961 sur le partage et la réduction», en *RTDC*, 1961, págs. 27 y sigs.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1982.
- «La herencia y las deudas del causante», en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, t. LXI, vol. I, IEJ, Madrid, 1967.
- PONSARD, André: «Régimes matrimoniaux», t. VIII, en *Droit civil français*, de AUBRY et RAU, París, 1973.
- *Comentaire de la Loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux*, Dalloz, 1966, L, págs. 158 y sigs.
- POTHIER, Robert Joseph: «Traité de la communauté», en *Oeuvres complètes*, t. VII, París.
- PUIG BRUTAU, José: «El testamento del empresario», en *RDP*, 1960, págs. 345 y sigs.
- RAUCENT, Léon: «Droit patrimonial de la famille», en *Les régimes matrimoniaux (Loi du 14 juillet 1976) et formules d'application*, 2.^a édition, Fac. de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruselas, 1978.
- RAYMOND, Guy: «L'attribution préférentielle des biens non ruraux en vertu de l'article 832 du Code Civil», en *RTDC*, 1966, págs. 427 y sigs.
- RAYNAUD, Pierre: «Les régimes matrimoniaux», en *Droit civil*, por G. MARTY y P. RAYNAUD, París, 1978.
- ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR: «El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria», en *RCDI*, 1947, págs. 585 y sigs.
- ROBERT, A.: «Le divorce et l'exploitation familiale», en *RTDC*, 1957, págs. 246 y sigs.
- SALEILLES: «Le partage et la succession intégrale dans le Code Civil suisse», en *RTDC*, 1909, págs. 537 y sigs.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco: «Derechos reales de adquisición», en *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 2.^o, en *Derechos reales*, de LACRUZ, Barcelona, 1970, páginas 237 y sigs.
- SANTOS BRIZ, Jaime: *Derecho civil. Teoría y práctica*, V, «Derecho de familia», Madrid, 1982.
- SAUJOT, Colette: «Le fondement des récompenses», en *RDC*, LXVIII, págs. 684 y sigs.
- SAVATIER, René: *Reflexions sur l'attribution préférentielle de l'exploitation familiale agricole dans la Loi d'orientation agricole du 4 juillet 1980*, R. Dalloz-Sirey, 1981, ch. XXV, págs. 187 y sigs.
- *Le régime des récompenses au regard de l'indivision post-communautaire*, R. Dalloz-Sirey, 1975, ch. XXX, págs. 175 y sigs.
- *La communauté conjugale nouvelle en Droit français*, Dalloz, París, 1970.
- SCHLESINGER, Piero: «Della Comunione legale», en *Comentario alla riforma del Diritto di famiglia*, dirigido por CARRARO, OPPO y TRABUCHI, t. vol. I, Padua, 1977, págs. 361 y sigs.
- SIMON, Charles: «Le régime légal: liquidation et partage du patrimoine commun», en *Ann. Dr.*, 1977, págs. 227 y sigs.
- TORRALBA SORIANO, Vicente: «Las recompensas entre las masas patrimoniales y la depreciación monetaria», en *RCDI*, 1971, págs. 558 y sigs.
- «Comentarios a los artículos 1.344 a 1.374», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984.
- VALKENEER, René de: «Evolution des droits de survie du conjoint», en *RNB*, 1978, páginas 66 y sigs.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: *Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962.

- VIATTE, Jean: «L'attribution du domicile conjugal», en *RGLJ*, 1970, págs. 73 y sigs.
— «Nouvelles extensions de l'attribution préférentielle», en *Journal des Notaires et des Avocats*, 1979, art. 49.939.
— «Le Droit au bail et le régime de communauté», en *Gaz. Pal.*, 1975, D, 721.
- VOIRIN, Pierre: *La transmission intégrale de l'exploitation familial depuis la Loi du 2 février 1938 sur le partage d'ascendants*, Dalloz, Hebd., 1938, chr. 29.
— *La technique du phénix (commentaire de l'article 832-2 ajouté au Code Civil par la Loi du 19 décembre 1961)*, Dalloz, 1962, chr. 143.
- WATELER, Pierre: «Le régime légal: dissolution et liquidation», en *Sep leçons sur la réforme des régimes matrimoniaux*, Fac. de Droit, Econ. et Sciences Sociales, Lieja, 1976.
- WIEDERKEHR, Georges: «Le régime matrimonial légal, l'égalité des époux et la protection de l'homme marié contre la femme», en *RTDC*, 1969, págs. 230 y sigs.

NOTAS

La reforma de la reforma

(Comentarios al Real Decreto 2.388/1984 de 10 Octubre)

No es un secreto para los lectores de esta REVISTA (y, por tanto, no es publicidad divulgarlo) que recientemente el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, con motivo del cincuentenario de su creación y de la aparición de importantes reformas en la legislación hipotecaria, ha publicado un libro de *Comentarios a las reformas hipotecarias de 1982-84*, de cuyo autor no queremos acordarnos. Pues bien: fresca aún la tinta de aquél, se ha publicado con fecha 31 de enero de 1985 el Real Decreto 2388/1984, de 10 de octubre, por el que se da nueva redacción a varios preceptos introducidos en el Reglamento Hipotecario de 1947 por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 y se deja sin efecto la derogación de nueve artículos realizada por este último, es decir, se reforma la reforma y se deroga la derogación... Y por si el citado Colegio estuviera en alguna medida obligado a proporcionar un nuevo comentario de los preceptos reformadores y derogatorios, nos permitimos publicar estas páginas, que deben suplir a las pertinentes del aludido libro. En ellas, por el diferente «tamaño» de los Reales Decretos citados, llamamos Reforma a la introducida por el de 1982 y reforma a la producida por el de 1984-85. Y para mayor comodidad del lector transcribimos cada precepto comentado en la redacción de 1982 y en la de 1984 vigente desde el 31 de enero último.

ARTICULO 1 DEL REGLAMENTO

Texto de 1982

Los Registros de la Propiedad tendrán la circunscripción territorial, capitalidad y denominación actuales, las cuales podrán modificarse cuando el interés público lo aconseje, de acuerdo con lo establecido en la Ley y en este Reglamento.

Texto de 1985

Los Registros de la Propiedad tendrán la circunscripción territorial, capitalidad y denominación actuales, las cuales podrán modificarse cuando el interés público lo aconseje, de acuerdo con lo establecido en las Leyes y en este Reglamento.

COMENTARIO

La diferencia entre ambos textos no puede ser más nimia, por no emplear un adjetivo peyorativo. Consiste en que en el segundo se emplea en plural el sustantivo Ley, que en el primero se empleaba en singular. Ante esta diferencia sólo queremos hacer tres observaciones:

1.^a Que la palabra «Ley» es un nombre singular que se usa muchas veces genéricamente para referirse al conjunto de las Leyes, al Ordenamiento jurídico. El mismo artículo 1.º del Código Civil, cuando determina las fuentes del Derecho, no habla de las Leyes, sino de la Ley, a pesar de que el Derecho se origina de más de una ..

2.^a Que aunque con alguna suspicacia se entendiera que el antiguo texto se refería a una Ley, la ordinariamente llamada hipotecaria, ello no impediría la aplicación en cualquier modificación de los Registros de la Propiedad de las Leyes aplicables ni podrían hacerse contrariando sus preceptos.

3.^a Que es extraño que importantes defectos de nuestros Cuerpos legales, vgr.: la famosa contradicción entre los artículos 759 y 799 del Código Civil, pervivan casi un siglo, y el insignificante que pudiera ser el empleo del singular por el plural se haya «resuelto» en menos de dos años.

Y como el «mandato» no va dirigido al Registrador, aunque naturalmente le afecte, podemos hacer caso omiso de las motivaciones políticas de la modificación introducida en este artículo.

ARTICULO 51, 9.º, 2**Texto de 1982**

Si el adquirente fuera casado se harán constar el nombre y apellidos del cónyuge y el régimen económico de su matrimonio si lo acredita o manifiesta. En la misma forma se hará constar, en su caso, la nacionalidad y la vecindad civil.

Texto de 1985

Si el adquirente fuera casado, viudo o separado legalmente, y el acto o contrato que se inscriba afectare a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, se hará constar el nombre y apellidos del otro cónyuge. También se hará constar, en su caso, la nacionalidad y la vecindad civil si se acredita o manifiesta.

COMENTARIO

Este precepto en la redacción que le dio la Reforma de 1982:

1) Sólo exigía la constancia en la inscripción del nombre del cónyuge del adquirente, si éste fuere casado.

2) Exigía tal constancia en todo caso, es decir, cualquiera que fuera el régimen económico matrimonial y cualquiera que fuera el alcance del acto adquisitivo.

3) Exigía igualmente la constancia del régimen económico matrimonial si constaba en el título por demostración del adquirente o al menos por manifestación del mismo.

4) Y exigía la constancia de la nacionalidad y la vecindad en su caso, es decir, si constaba en el título.

La reforma de la Reforma deroga la redacción de 1982 y da otra que coincide exactamente con la anterior de 1947, es decir, que deja sin efecto en este punto la Reforma de 1982. En la nueva redacción:

1) Se exige la constancia en la inscripción del nombre del cónyuge del adquirente, no sólo cuando éste fuera casado, sino también cuando fuera viudo o separado legalmente.

2) Sólo exige la constancia cuando el acto o contrato inscribible afectase a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal.

3) No exige la constancia en la inscripción del régimen económico matrimonial en ningún caso.

4) Y sólo exige la constancia de la nacionalidad y la vecindad civil si se acreditan o manifiestan y en su caso (sin precisar cuál sea ese caso).

Examinemos cada una de estas diferencias y los problemas que plantea esta nueva redacción.

1) Lo primero que se ocurre preguntar es por qué se ha incluido aquí el separado legalmente, siendo así que éste es también casado y cuando la separación legal de los cónyuges produce la extinción de la sociedad de gananciales (y luego se verá por qué traemos a colación esta sociedad), según el artículo 1.392, 3.º, del Código Civil, y la vigencia del régimen de separación, según el artículo 1.435, 3.º (salvo acuerdo en contrario).

Tampoco se explica fácilmente la inclusión del viudo, porque es difícil que el acto de adquisición afecte a los derechos presentes o futuros de una sociedad conyugal disuelta por la muerte. Y si se piensa que puede suceder que la sociedad de gananciales con el cónyuge difunto no se haya liquidado, debía exigirse también la constancia del nombre de los posibles anteriores cónyuges de ese viudo por la misma razón. Y también por la misma razón debía haberse incluido aquí, a la par que el viudo, el divorciado, como la incluye el Reglamento Notarial (art. 159) y como habrá que considerarlo incluido por la asimilación que la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado a los Jueces y Cónsules encargados de los Registros Civiles, de 16 de noviembre de 1984, hace entre viudo y divorciado.

2) La exigencia que nos ocupa se reduce por la reforma al caso de que el acto o contrato afectase a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal. Y aquí lo primero que hay que determinar es qué es la sociedad conyugal, porque con esta expresión podemos referirnos o cabe que el precepto quiera referirse:

a) A la sociedad que se forma entre los esposos que contraen matrimonio, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial que adopten. Esta acepción era la acogida por el artículo 1.315 del Código Civil antes de la reforma de 1981, cuando facultaba a los futuros cónyuges para estipular libremente «las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros».

b) A la sociedad en que se integran los bienes de los cónyuges (privativos o comunes) en los regímenes de comunidad, llámense «sociedad de gananciales» o con denominaciones y contenido parecidos. A este concepto respondían, vgr., las normas de liquidación de la sociedad de gananciales del Código Civil antes de la citada reforma de 1981.

c) A la comunidad que se forma entre marido y mujer sobre deter-

minados bienes (con exclusión de los privativos) en determinados regímenes, como la sociedad de gananciales (art. 1.344 CC).

¿A cuál de estas acepciones se refiere el precepto que comentamos?

No puede referirse a la primera porque si así fuera podía haber dicho «siempre», ya que en todo caso la adquisición afectaría a la sociedad conyugal.

Si se refiriese a la acepción c) querría decir que en la adquisición de bienes con el carácter de privativos no habría que hacer constar el nombre del cónyuge del adquirente. Pero en el caso de que un cónyuge adquiriera un inmueble por herencia, compensando en metálico un exceso de adjudicación o por retracto con dinero ganancial (art. 1.346, 3.º, CC), ¿puede decirse que el acto no afecta a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal? ¿Es que esa afección solamente se produce cuando por la adquisición el bien objeto del acto pase a ser común o ganancial, efectiva o presuntamente? No creemos que pueda aceptarse una interpretación tan estricta del precepto reglamentario.

Por último, si se refiere, por exclusión, a la acepción b), quiere decir que quedan excluidas las adquisiciones en régimen de separación. Pero ¿es tan claro que en este régimen «estorbe» el nombre del cónyuge cuando de «las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges» según el artículo 1.440 del Código Civil, o cuando, según el artículo 1.442, «declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario... que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante» el período *proximum tempus decoctionis*? Por otra parte, pensamos siempre en regímenes matrimoniales puros (unidad, comunidad, separación) y olvidamos que las matizaciones que los cónyuges pueden introducir en el régimen de separación pueden hacer imprescindible la consignación del nombre del cónyuge del adquirente.

Sea de esto lo que fuere, lo que creemos que queda claro es que no es tan fácil determinar, a la vista del precepto, cuándo es necesario consignar el nombre del cónyuge y cuándo no. La decisión de si el acto afecta o no, queda dentro de la facultad calificadora del Registrador, y como antes ha de tomar la misma decisión el Notario para consignar o no en la escritura tal nombre, puede suceder que ambos juicios no coincidan, y en este caso cabe:

— Que habiéndose omitido en la escritura el nombre del cónyuge por considerar el Notario que el acto no afecta a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el Registrador entienda lo contrario. Entonces sólo cabe la subsanación de la escritura o la interposición del recurso gubernativo correspondiente.

— Que en la escritura se consigne el nombre del cónyuge y el Registrador lo considere innecesario. ¿Tendrá el Registrador que solicitar la conformidad del interesado para prescindir de su consignación en la inscripción, a pesar de que el Notario ha podido ponerlo simplemente como circunstancia identificadora o porque es mejor pasarse que quedarse corto?

Ante todo esto, ¿no era mejor exigir que siempre que el adquirente fuera casado se consignase el nombre del cónyuge como hizo la Reforma antes de la reforma?

3) La supresión de la consignación en la inscripción, del régimen matrimonial del adquirente creemos que es irrelevante; queremos decir que a pesar de la supresión hay muchas ocasiones en que es imprescindible la consignación para justificar la actuación del Registrador, es decir, para que conste en la inscripción que no ha actuado caprichosamente. En cónyuges sometidos al Código Civil, ¿cómo va a inscribir el Registrador la adquisición de un cónyuge como privativa sin acreditar la privatividad de la contraprestación, si no es haciendo constar que se le ha acreditado la vigencia del régimen de separación? Y tratándose de cónyuges catalanes, ¿cómo va a inscribir como ganancial la adquisición sin que se le acredite la vigencia de tal régimen ganancial?

Y, en todo caso, ¿estorbaba tal exigencia limitada al caso de que se acredite o manifieste en el título que se inscriba el régimen de que se trate? Creemos que no, ya que la constancia del régimen puede al menos evitar confusiones.

4) En cuanto a la nacionalidad y la vecindad civil, queda sin resolver cuál es ese «su caso», porque parece que no siempre que se acrediten o manifiesten deben hacerse constar, sino solamente en «su caso». ¿Querrá decir que solamente en el caso de que la nacionalidad no sea la española o que la vecindad civil no sea la del territorio en que radique la finca? Si esto fuera así, el Notario debería consignar la vecindad civil no sólo cuando los comparecientes otorguen fuera del territorio de su Comunidad Autónoma, sino también cuando, otorgando dentro de ese territorio, adquieran finca situada fuera de él: con lo primero cumpliría el artículo 161 del Reglamento Notarial; con lo segundo permitiría cumplir el artículo 51, 9.ª, 2, que comentamos.

ARTICULO 91, 1**Texto de 1982**

Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio para la inscripción del acto de disposición que recaiga sobre inmueble que constituya la vivienda habitual de la familia, deberá constar el consentimiento del otro cónyuge, a no ser que se justifique que no tiene tal carácter o que el disponente lo manifestare así.

Texto de 1985

Quando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter.

COMENTARIO

A primera vista pudiera parecer que la contratación sobre pisos privados de un cónyuge cuando sea aplicable el Código Civil o las leyes civiles especiales que se le asemejen, se había tornado un tanto peligrosa, porque en la nueva redacción de este precepto se ha dispuesto, como hemos visto, que «será necesario para la inscripción de los actos dispositivos... que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda *no tiene*» el carácter de vivienda habitual de la familia, con lo cual si el inmueble es vivienda habitual de la familia, o el cónyuge titular se abstiene de vender o incurre en falsedad en documento público y el comprador se constituye acaso en coautor, cómplice o encubridor... Porque del nuevo precepto se deduce: que no es suficiente el consentimiento del cónyuge del disponente y que sea o no vivienda habitual de la familia se necesita la declaración de que no lo es...

No creemos que haya aquel peligro, pero sí que hubiera bastado para impedir ese absurdo resultado haber establecido un paralelo con el artículo 144, 5, también reformado, es decir, haber añadido al final, en lugar de la frase de este último precepto, «o que la demanda ha sido notificada al cónyuge del titular», esta otra: «o que conste el consentimiento del otro cónyuge».

Comparando esta nueva redacción con la de 1982, observamos que en aquella se suprimen: la posibilidad del consentimiento del cónyuge del disponente; la posibilidad de justificar *a posteriori* que el inmueble no constituía, en el momento de la disposición, vivienda habitual de la familia, y la aplicabilidad de la norma en cualquier régimen matrimonial. Veamos el alcance de estas supresiones.

a) Supresión de la posibilidad del consentimiento del cónyuge del disponente (y omisión de la posibilidad de autorización judicial). Esta última posibilidad ya había sido omitida en 1982. Pero a pesar de tales supresión y comisión no cabe duda que si siendo el inmueble vivienda habitual de la familia se obtiene el consentimiento conyugal o la autorización judicial, no puede negarse la inscripción del acto dispositivo, sino que ha de procederse a ella porque, a pesar de la reforma de la Reforma, la inscripción tendría el amparo del artículo 1.320 del Código Civil.

b) Supresión de la posibilidad de justificar *a posteriori* que el inmueble no constituía en el momento de la disposición vivienda habitual de la familia. No sólo se suprime esa posibilidad introducida por la Reforma para remediar el caso de que habiéndose omitido en el título inscribible la pertinente declaración del disponente siendo necesaria, no fuera posible obtener tal declaración, sino que más estrictamente se exige que ésta se haga en la escritura. Entendemos, no obstante, que cabrá subsanar la omisión mediante una nueva escritura en que se contenga la declaración e incluso formular ésta en otra escritura, unilateral, del disponente, siempre con referencia al momento de la disposición.

Como entendemos que la reforma se ha excedido un tanto... o varios tantos. El Código Civil lo que viene a decir es que la declaración del disponente es bastante a efectos de tercero de buena fe, pero no que aun demostrándose el «no carácter» de vivienda habitual de la familia del inmueble de que se trate haya de exigirse la declaración del disponente (en defecto de consentimiento conyugal o autorización judicial). Si se demuestra que el inmueble no tiene aquel carácter, no es aplicable el artículo 1.320 del Código Civil ni es justificable la exigencia del novísimo artículo 91, 1.

c) Supresión de la aplicabilidad de la norma a cualquier régimen matrimonial. Aquí la Reforma de 1982 no hizo más que confirmar que el precepto del artículo 1.320 del Código Civil pertenece a lo que la doctrina llama (con denominación cuya paternidad atribuye algún autor a nuestro querido compañero Eugenio FERNÁNDEZ CABALEIRO) «régimen matrimonial primario». Y no hay que decir que a pesar de la supresión dicha el precepto sigue aplicándose no sólo a todos los regímenes matrimoniales recogidos en el Código Civil, sino también a los establecidos

por cónyuges sometidos en esta materia a dicho Cuerpo legal, por muy parecidos que aquéllos sean a los de alguna legislación civil especial. Con la reforma no se ha tratado de excluir ningún régimen matrimonial, sino de advertir que el citado artículo 1.320 del Código Civil y su corolario (art. 91, 1) no se aplican a todos los españoles... Así se adivina en la breve exposición de motivos del Real Decreto reformador.

ARTICULO 144-5

Texto de 1982

Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, si el bien embargado de pertenencia exclusiva de uno de los cónyuges constituye la vivienda habitual de la familia, deberá constar que la demanda se ha dirigido contra el cónyuge titular y se ha notificado el embargo al otro cónyuge.

Texto de 1985

Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para el embargo de vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que la demanda ha sido notificada al cónyuge del titular.

COMENTARIO

Si idénticos eran en su primera parte los artículos 51, 9.^a, y 91, 1, de la redacción de la Reforma, idénticos son esos preceptos en la redacción de la reforma que comentamos, a los que se da una entrada que, ya no hay que decirlo, no nos satisface.

Aparte esto, el precepto quizá haya quedado más claro. Ahora no cabe dudar que en cuanto se trate de inmueble privativo de un cónyuge que pueda servir de vivienda (es decir, que no sea solar, ni rústica con casa, ni local de negocio, etc.) ya no basta el silencio del Juez para deducir que cuando no se ha notificado es que no se trata de vivienda familiar habitual, sino que es preciso que del mandamiento resulte que no tiene tal carácter. Y creemos que el verbo «resultar» en casi todos los casos habrá que traducirlo por «constar»; y así la simple indicación de un domicilio distinto de la finca embargada, la afirmación de que el demandado habita en otro lugar, la alegación de separación entre los cónyuges, etc., no excusan de la notificación al cónyuge del titular registral.

Pero ¿cómo habrá de acreditarse por el acreedor al Juez, supuesto que no será suficiente la simple declaración de aquél, el «no carácter» de vivienda familiar habitual, para que el Juez lo haga constar en el mandamiento y no exija que se solicite la notificación al cónyuge del embargado? No sabemos cómo se orientará la práctica judicial, pero suponemos que lo más frecuente será acudir a la notificación para no tener que utilizar la otra posibilidad.

Y si en el mandamiento no consta ni la notificación al cónyuge del embargado ni el «no carácter» dicho. ¿cabrá que el Registrador practique la anotación previa demostración de que lo embargado no es vivienda familiar habitual? Creemos que sí, aunque será preciso que tal demostración se haga mediante documento fehaciente. Pero a estos efectos no consideramos muy idónea el acta notarial de notoriedad y desde luego resultaría insuficiente el acta notarial de presencia, que sólo acreditaría la desocupación de la vivienda en un momento dado (compatible con el carácter de vivienda familiar habitual, abandonada momentáneamente por viaje, vacaciones, etc.), la ocupación por la familia de otra vivienda (que puede no ser la habitual, sino la de fin de semana o veraneo) o acaso los indicios de desocupación permanente que no deben ser suficientes para el Registrador.

¿Qué es lo que según el nuevo precepto ha de notificarse al cónyuge? Aquí se ha cambiado la notificación del embargo por la notificación de la demanda, es decir, que el cónyuge tendría en todo caso conocimiento de la demanda íntegra.

Por último, no hay necesidad de advertir que si consta en el mandamiento que no se trata de vivienda familiar habitual, no habrá de exigirse el consentimiento del cónyuge para la enajenación en su día en el procedimiento de que se trate. Si hubiera de exigirse, cabría que los interesados convirtieran la vivienda embargada en vivienda habitual de la familia entre el embargo y la enajenación con vistas a dificultar ésta con perjuicio para el acreedor. De aquí la conveniencia para el Registrador con vistas a la futura calificación, de que en la anotación conste lo que resulte del mandamiento sobre el particular.

* * *

Tales son los comentarios que nos sugiere el Real Decreto de 1984, porque la derogación de la derogación, es decir, la «resurrección» de los nueve artículos al principio aludidos, referentes a la hipoteca dotal, no necesita comentario. Aquéllos deben sustituir a los contenidos en el libro aludido. de cuyo autor no hemos querido acordarnos...

PEDRO AVILA ALVAREZ

Competencia para la expedición de mandamientos de anotación preventiva de embargo: ¿Ha sido reformada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto?

1. LA SITUACIÓN ANTES DE LA REFORMA

En nuestra legislación hipotecaria únicamente el artículo 165 del Reglamento Hipotecario, en su párrafo segundo, se refiere a la competencia para la expedición de mandamientos judiciales de anotación preventiva, disponiendo al respecto: «El mandamiento será siempre expedido por el Juez o Tribunal en cuyo término jurisdiccional radique el Registro donde deba extenderse la anotación preventiva, al que exhortarán con tal objeto los demás Jueces o Tribunales».

El precepto es el equivalente al artículo 45 del Reglamento Hipotecario de 1870 y al 106 del Reglamento Hipotecario de 1915.

Se establece así una competencia territorial determinada por el lugar en que radica el Registro donde haya de practicarse la anotación.

El problema que ya de antiguo se había planteado es qué ocurre cuando el Registro radica en una oficina sita en jurisdicción distinta del lugar donde están situadas las fincas del distrito hipotecario, y qué ocurre también cuando no coincide la demarcación registral con el partido judicial, supuesto este último bastante frecuente actualmente, aunque en los orígenes de la legislación hipotecaria apenas se planteaba —y de ahí quizá la redacción del precepto sin más distinguos— por coincidir en la casi totalidad de los casos el partido judicial y el distrito hipotecario.

En definitiva, se plantea cuál es el sentido de la palabra «Registro» en ese artículo 165, pues no es lo mismo entenderlo en el sentido meramente «adjetivo» de oficina que en el sentido «sustantivo» de institución

conectada con la publicidad inmobiliaria de las fincas situadas en su demarcación. Y aunque en una visión primaria y rápida del precepto —sin tener en cuenta el citado origen histórico— podría parecer que se pretende limitar la competencia a un solo Juzgado, precisamente aquel en cuyo partido radique el Registro, en realidad se refiere, como no podía ser menos, al Juzgado o Juzgados del término jurisdiccional en que radiquen las fincas del distrito hipotecario.

La cuestión ha sido claramente resuelta en ese sentido por la jurisprudencia hipotecaria. Efectivamente, la Resolución de 28 de julio de 1871 señala que «siendo la división territorial diferente en la organización judicial y en la del Registro de la Propiedad, las palabras del párrafo segundo del artículo 45 (hoy 165) del Reglamento general para la ejecución de la Ley Hipotecaria deben entenderse en el sentido de que los Registradores tomen anotación preventiva solamente de los mandamientos de embargo expedidos por los Jueces o Tribunales que ejercen jurisdicción sobre el todo o parte del territorio que comprende la circunscripción del Registro».

En el mismo sentido cabe citar, entre otras, la de 22 de agosto del mismo año, y con gran claridad, la de 4 de octubre de 1916 decía que «al preceptuar el párrafo segundo del artículo 45 del Reglamento Hipotecario derogado (106 entonces y 165 actual) que el mandamiento ordenando la anotación preventiva sea expedido por el Juez o Tribunal en cuyo término jurisdiccional radique el Registro, no ha limitado tal competencia a un solo Tribunal o Juzgado que fuera órgano de relación único de ambas instituciones, sino que la atribuye tanto a los Tribunales superiores, respecto de todos los Registros comprendidos en su territorio, como a los varios Juzgados o Tribunales y a los Jueces especiales y autoridades o agentes que desempeñen funciones análogas dentro de la circunscripción hipotecaria, *siendo en este particular criterio decisivo la situación de la finca y no la de la capital del partido o la del lugar en que radiquen las oficinas del Registro de la Propiedad*».

Así, pues, el criterio básico para determinar la competencia no está en el emplazamiento que tenga la oficina registral, sino en la situación de las fincas a que el mandamiento se refiera, idea que con absoluta claridad resulta de las resoluciones reseñadas, lo cual se engarza con el principio general que puede inducirse de nuestra legislación de *competencia en materia hipotecaria*, que luego se desenvolverá.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA A LA LUZ DE LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL POR LA LEY CITADA

Así las cosas, como es sabido, por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, se reformó en algunos aspectos la Ley de Enjuiciamiento Civil, y concretamente, en lo que ahora nos ocupa, dio nueva redacción al artículo 299 de la misma, en una modificación total de la sección en que se encuentra.

Con dicho precepto, que luego veremos, surge el problema del alcance que deba dársele, a saber: si subsisten las anteriores normas de competencia en el punto que tratamos o si, por el contrario, se consagra con la nueva norma una competencia general y solidaria de todos los Juzgados de España a este efecto.

El problema planteado consiste, pues, en determinar si es necesario que el mandamiento ordenando la anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad lo libre el Juez con jurisdicción sobre el lugar en que esté sita la finca en virtud de exhorto del Juez del procedimiento, o si, por el contrario, es competente para librar el mandamiento de anotación el Juez del procedimiento, aunque carezca de dicha jurisdicción en el lugar en que están sitos los bienes. Adelantamos que la conclusión a la que se llega en este trabajo es la necesidad de que el mandamiento, como antes, lo libre el Juez de la jurisdicción en que está sita la finca, necesidad que se confirma desde dos perspectivas:

1.^a El artículo 299 citado no se refiere para nada al problema, ni prejuzga cuestión alguna de jurisdicción o competencia.

2.^a El artículo 1.453 de la Ley Procesal, no reformado en 1984, es terminante: «Del embargo de bienes inmuebles se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, con arreglo a las disposiciones de la Ley Hipotecaria y Reglamento para su ejecución, expidiéndose para ello el correspondiente mandamiento por duplicado». Este precepto responde a la idea general resultante del artículo 2.182, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tampoco reformado, y, por tanto, vigente, según el cual la Ley de Enjuiciamiento no deroga «las reglas de procedimiento civil establecidas por la Ley Hipotecaria».

Por tanto, procede examinar ambos preceptos.

3. EXAMEN DEL ARTÍCULO 299 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Dicho artículo, que aparece en la última reforma, dispone: «Los mandamientos, oficios y exposiciones se cursarán, para su cumplimiento, di-

rectamente por el Juez o Tribunal que los hubiere librado. Podrán, en su caso, utilizarse los medios de comunicación a que se refiere el artículo 288.

El destinatario acusará recibo inmediatamente.

La parte a cuya instancia se libren queda obligada a satisfacer los gastos que se originen por su cumplimiento, en los términos del artículo 292 de esta ley».

Este artículo, según nuestro criterio, se refiere a un problema de forma de comunicación de una resolución judicial, de gestión del mandamiento expedido, en definitiva. Pero en modo alguno prejuzga ni puede prejuzgar la jurisdicción del Tribunal que dicta la resolución, ni su competencia, que quedan intactas.

Entendido el mandamiento de anotación preventiva de embargo, en definición de CARRERAS, como «acto procesal de comunicación consistente en una declaración de voluntad llevada a cabo por el titular del órgano jurisdiccional, enderezada a poner en conocimiento del Registrador de la Propiedad la afección decretada sobre determinado bien inmueble y a ordenarle tomar dicha anotación en el Registro de la Propiedad», nada se dice en el precepto sobre cuál es el Juzgado que legítimamente puede expedirlo. Simplemente se refiere a la forma de cursar, es decir, de enviar el mandamiento que comunica dicha resolución, estableciendo a tal efecto que se cursan directamente por el Juez o Tribunal; por supuesto, tiene que tener competencia en cuanto a su cumplimiento por el destinatario, y éste tiene que atenerse, desde luego, a las leyes y a los requisitos que éstas le imponen para realizar el acto ordenado.

Este ámbito meramente formal y de tramitación del artículo 299 resulta claramente del examen de los antecedentes, de la exposición de motivos de la ley de reforma que lo produjo, de la interpretación gramatical, de la interpretación sistemática dentro del capítulo en que se encuentra y del propio contenido de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere a aspectos procesales, dejando vigentes las Leyes Hipotecaria, Notarial, de Registro Mercantil y cualesquiera otras que determinan los requisitos a que tienen que atenerse los Registradores, los Notarios, etc., bajo sanción de responsabilidad. Veamos, pues, estos puntos:

a) *Examen de los antecedentes: comparación con el texto anterior*

El artículo 291 de la Ley Procesal Civil antes de la reforma decía: «Los exhortos y demás despachos antes expresados (entre los que estaban los mandamientos) se entregarán, para que gestione su cumplimiento, a la parte a cuya instancia se hubieren librado. Si lo solicitare la contraria se le fijará término para presentarlos a quienes vayan cometidos».

La ley de reforma desdobra en dos preceptos este artículo, conteniendo el nuevo artículo 289 lo relativo a los exhortos y el 299 lo referente a mandamientos, oficios y exposiciones.

En relación con los exhortos, el artículo 289 dice: «Los exhortos se remitirán directamente al órgano exhortado, que acusará recibo al exhortante, salvo que la parte a quien interesa exija su remisión por conducto personal, en cuyo caso se le entregará bajo su responsabilidad para que cuide de su tramitación». El precepto, en cuanto a la posibilidad de fijación de plazo para gestionar la tramitación del exhorto, que preveía el párrafo segundo del transcrito antiguo artículo 291, lo desenvuelve actualmente el artículo 290, que prevé dicha fijación de plazo para comparecer ante el órgano exhortado.

En relación con los mandamientos, oficios y exposiciones, en el 299, antes transcrito, se dice que «se cursarán directamente».

De la comparación entre el texto del antiguo artículo 291 y los nuevos 289 y 299 que lo sustituyen resulta:

- Que donde antiguamente se preveía la entrega del exhorto o del mandamiento a la parte que lo hubiere solicitado, ahora se prevé el curso directo como norma general, con la sola excepción de los exhortos, en que se da a la parte interesada la opción de solicitar su entrega para gestionarlos personalmente. Se bifurca, pues, el tratamiento, antes único, de ambos tipos de comunicación judicial, diferencia de tratamiento que encuentra su justificación en la mayor inmediatividad del mandamiento, en cuanto tiene su destino dentro del propio partido judicial, lo que a nivel práctico posibilita ese «curso directo» que se impone, sin la posible excepción prevista para los exhortos.
- Que simplemente se agiliza la tramitación de la comunicación, sustituyendo al portador del exhorto por la gestión directa desde el Juzgado.
- Que por ello no incide ni en la jurisdicción ni en la competencia, y es por ello que sigue existiendo la necesidad del auxilio judicial.
- Que incluso el antiguo artículo 291 se refería también a la palabra «cumplimiento» (para gestionar su «cumplimiento»), y ahora el artículo 299 dice que se cursarán exactamente para lo mismo, para su «cumplimiento», sólo que directamente.

Nada se prejuzga, pues, sobre la competencia y jurisdicción de los Juzgados que han de librar los mandamientos, cuestiones estas, en su

caso, no sólo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de las leyes de demarcación territorial.

Tampoco se prejuzgan los requisitos formales que ha de tener el mandamiento. Simplemente se habla de la forma de darles curso.

b) *Examen de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma*

La Exposición de Motivos de la Ley de Reforma, avalando esta idea con toda claridad, se refiere a este punto de la reforma en uno de sus últimos párrafos. Indica en principio que «de las diferentes modificaciones tienen un más hondo calado las concernientes a la justicia gratuita, al proceso declarativo ordinario y al recurso de casación», y desarrolla a continuación estos puntos, señalando después como «modificaciones de especial relieve» las consistentes en hacer posible la ejecución de las sentencias de primera instancia y algunos aspectos del juicio ejecutivo, desarrollando igualmente esto a continuación, y por último se refiere al punto que nos ocupa como «*modificaciones o simples matizaciones que se incorporan a la Ley de Enjuiciamiento Civil*», indicando en tal sentido el impulso judicial de oficio, la introducción en los medios de comunicación entre órganos jurisdiccionales y entre éstos y las partes de procedimientos más rápidos sin merma de la seguridad, configurar la comunicación entre los órganos jurisdiccionales atendida al deber de mutuo auxilio y, en un plano de igualdad, *mediante la generalización del exhorto*, con la eliminación de las innecesarias y retóricas fórmulas jerárquicas de la carta-orden y el suplicatorio y su *curso directo sin necesidad de intermediarios*.

Así contempla la reforma la modificación a que nos referimos como «simple matización», lo que es perfectamente lógico, ya que se trata de reformas en materia de pura mecánica procesal, sin más alcance, y de entenderse el precepto como modificativo de las anteriores normas de competencia se iría mucho más allá de la simple modificación «matizadora» que predica el preámbulo de la ley. Y hay que resaltar, por otra parte, la claridad de la expresión «curso directo» a que alude, «sin necesidad de intermediarios» (interpretación auténtica por la propia ley de este término).

Los intermediarios siempre han sido los particulares portadores a los que se entregaba el despacho para su diligenciamiento. En modo alguno los Jueces, porque el Juez no es un simple particular, sino autoridad con jurisdicción y con competencia, del que no se puede prescindir cuando su intervención como autoridad judicial es necesaria.

La «ratio» de la ley reformadora se ve aquí clarísima, pues, en cuanto al sentido del nuevo artículo 299 como norma de mera mecánica procesal, que no modifica ni ha querido modificar las normas anteriores sobre

jurisdicción y competencia. Se trata sólo de simplificar y agilizar los simples trámites de diligenciamiento, como ya sucede en otros procesos, como por ejemplo los de las Magistraturas de Trabajo, etc.

c) *Interpretación gramatical del artículo 299*

Por si no fuera suficiente lo que se ha dicho sobre la comparación con el texto anterior y sobre la exposición de motivos, hay que encararse directamente con el texto literal del artículo 299.

«Curso» es una palabra relativa a una cuestión de «trámite», no a una cuestión de jurisdicción. Es el mero envío de un mandamiento.

«Directamente» quiere decir sin necesidad de portador. En el artículo 289 de la propia ley reformada (que ya se ha visto que tiene un origen común con el 299) también se emplea la palabra «directamente», y nadie discute allí que el «directamente» significa la remisión sin necesidad de acudir al «portador».

«El Juez o Tribunal que los hubiere librado (los mandamientos)». «El que los hubiere librado», pero nada nos dice respecto a quién sea el Juez o Tribunal que los deba librar. No se puede presumir que el artículo dice lo que no dice: que los libra el Juez del procedimiento. Esto no lo dice ni lo puede decir el artículo, pues se refiere a un problema de comunicación formal. El artículo 299 guarda un silencio absoluto sobre esta cuestión.

Hay además otros argumentos, marginales si se quiere, dentro del texto del artículo 299 que confirman que los intermediarios de los que se prescinde son los portadores y no los propios Jueces. Así, en primer lugar, se dice que «el destinatario acusará recibo inmediatamente». Este «acuse de recibo» sólo se explica respecto a un mandamiento que se presenta sin portador. Y en segundo lugar, en el último párrafo del artículo 299 hay una referencia a los «gastos» que puede ser indiciaria de la interpretación que aquí se sigue, sobre todo si se la compara con el antiguo artículo 294 y con el actual 292, pues esa vía de apremio que ha de emplear el Juzgado para exigir los gastos revela la inexistencia de portador. El antiguo artículo 292 establecía también la obligación del interesado de satisfacer los gastos, y no se hacía ninguna referencia a la vía de apremio para reclamárselos que contempla actualmente el mismo artículo 292. Dicha vía de apremio sólo se preveía antes en el artículo 294 para un supuesto especial: el de remisión directa del exhorto en el caso que dicho artículo preveía. Generalizado hoy ese supuesto especial de remisión directa del exhorto, que se ha convertido en la regla general, se generaliza también la vía de apremio que contemplaba dicho precepto para reclamar los gastos. Así la remisión que hace el actual artículo 299 al 292 en cuanto a

los gastos avala aún más, aunque sólo sea desde este punto de vista marginal, el sentido de «curso directo» a que se refiere el primer párrafo del precepto.

d) *Interpretación sistemática del artículo 299 dentro del título y sección en que está incluido*

El precepto aparece en la Ley de Enjuiciamiento Civil dentro del título VI, referente a «Actuaciones y términos judiciales», y más concretamente dentro de la sección quinta, relativa a los «Exhortos, oficios y mandamientos». Está así situado sistemáticamente entre preceptos que no se refieren ni a contenidos sustanciales ni a competencias; y más aún, es precisamente la idea de jurisdicción y competencia la que fundamenta la existencia de esta sección en gran medida. Los exhortos, forma de comunicación entre Juzgados, responden a la necesidad del auxilio judicial, consecuencia de la jurisdicción y competencia de los mismos.

Junto a ellos aparece el «mandamiento», forma de comunicación entre los Jueces y los Registradores y demás funcionarios citados en el artículo 297, que dispone: «Se utilizará la forma de mandamiento para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier diligencia judicial cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad, Mercantiles, de Buques, de ventas a plazos de bienes muebles, Notarios, Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores Colegiados de Comercio o Agentes de Juzgado o Tribunal». Junto a éste, sólo el artículo que comentamos se refiere a los mandamientos.

Pues bien, el supuesto normal del artículo 299 hay que imaginar que es el de mandamientos dentro del propio territorio jurisdiccional. El artículo 297 establece así la forma de mandamiento, según su último inciso, para ordenar cualquier diligencia a Agentes de Juzgado o Tribunal, y supongo que a nadie se le ocurrirá pensar que un Juez pueda ordenar alguna diligencia a un Agente de Juzgado de distinta jurisdicción. Lo mismo, pues, ha de entenderse respecto a los demás posibles destinatarios del mandamiento que prevé el artículo 297, pues están todos tratados en el mismo plano y en la misma línea. El supuesto normal que contempla el precepto es el de funcionarios de la propia jurisdicción del Juez, pues para cualquier otro necesitará el correspondiente auxilio judicial, que se hará efectivo por el exhorto.

Esto es clarísimo dentro de la sección en que está el artículo, pues según el 284: «Los Jueces y Tribunales están obligados a prestarse recíproco auxilio en las actuaciones y diligencias que habiendo sido ordenadas por uno requieran la colaboración de otro para su práctica», y según el artículo 285: «El auxilio judicial se prestará *siempre que las actuaciones*

hayan de efectuarse fuera de la circunscripción del Juzgado o Tribunal, o dentro de ella, por uno distinto del que las hubiere dispuesto, así como también cuando el acto haya de realizarse fuera de la localidad en que el Juzgado o Tribunal tenga su sede si hay causa que lo justifique».

En los artículos siguientes se regula con todo detalle el exhorto, que de ningún modo ha desaparecido. Luego es el propio título y sección en que se encuentra el precepto el que está pidiendo «a voces» de modo terminante que se utilice el exhorto cuando una actuación judicial ha de efectuarse fuera de la circunscripción del Juzgado. No hay que olvidar que el citado artículo 297 se refiere a la «práctica de cualquier diligencia judicial», por lo que si se trata de diligencia fuera de la jurisdicción el exhorto lo impone el propio artículo 285.

El artículo 255 de la propia ley rituarial, que no ha sido reformado, mantiene la misma idea: «Las diligencias que no puedan practicarse en el partido judicial en que se siga el litigio deberán someterse precisamente al Juez de Primera Instancia de aquél en que hayan de ejecutarse».

A mayor abundamiento, cabe recordar los preceptos sobre cooperación y auxilio judicial (arts. 295, 296 y 297 fundamentalmente) del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (*Boletín del Congreso de los Diputados* de 23 de febrero de 1985). El artículo 296, 1, del Proyecto, en concreto, señala que «se recabará la cooperación judicial cuando deba practicarse una diligencia fuera de la circunscripción del Juzgado o Tribunal que la hubiere ordenado, o ésta fuera de la específica competencia de otro Juzgado o Tribunal», recogándose una única excepción en materia penal en el artículo 297 por razones de proximidad y conveniencia, pero dando inmediata cuenta al Juez competente. Con ello el Proyecto no hace más que confirmar y avalar lo que ya resulta de la legislación vigente en materia de jurisdicción y competencia.

e) Otra posible interpretación del artículo 299 a efectos de la práctica

Aunque los autores de este trabajo no defienden la posible interpretación que seguidamente se dirá, sin embargo apuntan brevemente la misma a modo de paréntesis en la línea argumentativa que se sigue al solo efecto de destacar que caben varias posibilidades de interpretación del artículo 299, y que alguna de ellas —la que ahora se apunta de pasada— serviría para solucionar problemas prácticos, aunque se insiste en que no es precisamente la interpretación que en pura técnica jurídica hay que defender.

Es evidente que los mandamientos de anotación de embargo deben satisfacer los impuestos que correspondan mediante la presentación y tramitación consiguiente en la Oficina Liquidadora que corresponda, y que

a tal efecto sería interesante que se encargaran los interesados de ello, pues no es tal la función del Juez. Incluso esos portadores interesados podrían —por razones prácticas— presentar los mandamientos al Registro de la Propiedad para seguir con ellos las diferentes vicisitudes que pueden plantearse (subsanações, anotaciones de suspensión, etc.). Pues bien, el obstáculo para ello lo constituye precisamente el artículo 299 reformado al emplear la palabra «directamente». Pero si se interpretara que el artículo 299 no se refiere a los mandamientos de anotación preventiva de embargo ni, en general, a los que han de dar lugar a un asiento principal en el libro de inscripciones, entonces no se vulneraría el precepto acudiendo al portador, lo cual, por cierto, se sigue haciendo en la práctica, pues se sigue acudiendo al portador interesado por parte de los Juzgados.

Pues bien, el artículo 297 de la propia ley podría ser el argumento que se apunta en defensa de una posible interpretación restrictiva del término «mandamiento» del artículo 299. Podría entonces tratarse de mandamientos solicitando la expedición de certificaciones y no anotaciones preventivas, que están reguladas en otros lugares de la propia Ley Procesal y en la legislación hipotecaria a la que ella se remite.

Así, en otra posible interpretación del artículo 297, pensando en la correspondencia que puede haber entre el objeto de los mandamientos y sus destinatarios (certificaciones-Registradores...; testimonios-Notarios...; cualquier diligencia judicial-Agentes de Juzgado), el precepto, y con ello su conexo 299, se referiría exclusivamente a los mandamientos que tienen por objeto la expedición de una certificación registral. De seguirse, pues, esta idea, que se apunta sólo de pasada como posibilidad práctica, resultaría no sólo que el artículo 299 no se refiere para nada a la jurisdicción ni a la competencia —cuestión evidente—, sino que ni siquiera se referiría a los mandamientos de anotación de embargo (que se regulan en otros preceptos: arts. 1.409, 1.453, etc.), con lo que el artículo 299 no tendría ya nada que ver con el problema que ahora tratamos.

Entendemos, sin embargo, que dicho artículo 299 no da pie, en pureza de técnica interpretativa, a dicha intervención, pero para nada excluye el exhorto y para nada prejuzga cuestiones de jurisdicción y competencia, que están tratadas en otros preceptos no afectados de ninguna manera por la reforma.

f) *Conclusión respecto al artículo 299*

En definitiva, pues, lo que cabe incluir de una adecuada interpretación del nuevo artículo 299 en la materia que ahora nos ocupa es lo siguiente:

- Si el Juez que conoce del procedimiento tiene jurisdicción sobre el lugar en que radica la finca libra el mandamiento y lo cursa directamente al Registro, es decir, sin necesidad de portador (artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
- Si dicho Juez del procedimiento carece de jurisdicción sobre el lugar en que se encuentra la finca ha de recabar el auxilio judicial del Juzgado con jurisdicción, que es el que en virtud de exhorto libra el mandamiento y es el que lo cursará directamente al Registrador (arts. 285, 297 y 299).

Poco ha podido escribirse a nivel doctrinal en torno a dicho precepto dada su juventud. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, en su obra *Doctrina y jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, lo comenta brevemente en el mismo sentido que aquí se propugna, y aunque sin demasiada precisión, señala que «el instar directamente el cumplimiento del mandamiento es posible siempre que se trate de un domicilio dentro del partido judicial, ya que de lo contrario siempre procederá el exhorto, dado que la redacción de este artículo no es indicativa de una excepción a tal principio».

En el *Boletín del Colegio de Registradores* correspondiente al mes de diciembre de 1984, número 207, que hemos recibido cuando nuestro trabajo estaba poco menos que en pruebas de imprenta, aparecen una serie de opiniones sobre el problema que estamos estudiando.

ALFONSO PRESA DE LA CUESTA razona con brillantez la subsistencia del artículo 165, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario, lo mismo que MANUEL A. HERNÁNDEZ MANCHA, siguiendo orientaciones que aquí se comparten. En cambio, no nos convence en este punto —sí en otros— la opinión de GERMÁN GÓMEZ MAROTO, contraria al exhorto. Respecto al Seminario de Derecho Hipotecario de Madrid, nosotros seguimos la opinión del grupo de Registradores que interpretan que es necesario el exhorto, si bien disintimos de la argumentación que utilizan partiendo de la regla 12 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, como luego veremos, dicha regla se refiere a la competencia para decretar el embargo, no a la competencia para la expedición del mandamiento. Por ello disintimos también del grupo mayoritario de dicho Seminario, que sólo utiliza como argumento en contra del exhorto una réplica a un supuesto argumento: el de la regla 12 del artículo 63. Si esta regla, tal como la interpreta la jurisprudencia, nada dice sobre la competencia para expedir los mandamientos, tampoco dice nada sobre la supresión o no de los exhortos.

Tampoco compartimos la opinión de BUENAVENTURA CAMY, recogida en dicho *Boletín*, en la que se parte de la derogación del párrafo segundo del artículo 165 del Reglamento Hipotecario, pues se expone sin señalar

argumentos, ya que éstos los reserva para otros aspectos de la reforma, de los que también se ocupa, esta vez acertadamente.

Pero no se trata sólo de que el artículo 299 para nada se refiere al problema de jurisdicción y competencia que aquí nos ocupa, sino que el artículo 1.453, no reformado, de la Ley de Enjuiciamiento Civil es un precepto clave a tener en cuenta, tal como antes se indicó, y es el que sirve de guía para resolver la cuestión que tratamos, por lo que pasamos a estudiarlo a continuación.

4. EXAMEN DEL ARTÍCULO 1.453 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE SU REMISIÓN A LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA

Es éste el segundo pilar básico de este trabajo, y como tal pilar básico hemos de comenzar con el problema de si subsiste este precepto tras la reforma, para entrar a continuación en el estudio del mismo:

a) *La no derogación por la reforma del artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni del 165 del Reglamento Hipotecario*

La Ley de Reforma contiene una disposición derogatoria en que tras referirse a normas concretas que quedan abolidas por ella, entre las que no se incluyen los preceptos citados, se recoge la fórmula habitual de derogación de «cuantas otras disposiciones se opongan a lo establecido en la presente ley».

No hay, pues, una derogación expresa de tales preceptos de la Ley Rituaria Civil y Reglamento Hipotecario. Entonces, ¿cabe pensar en una derogación tácita de los mismos? Para apreciar dicha derogación tácita el Código Civil (art. 2.º) exige que la norma antigua y la nueva se refieran a la misma materia y que sean además incompatibles. ¿Concurren ambas circunstancias en el presente caso?

— En cuanto al primer punto, es evidente, por toda la argumentación anteriormente expuesta, que no se da esa coincidencia de materia. El artículo 1.453, y a través de él el 165 citados, contemplan los requisitos que han de reunir los mandamientos para su acceso al Registro, y entre ellos el de la competencia para expedirlos. El 299, por el contrario, se refiere a la forma en que debe tramitarse el mandamiento, una vez expedido por el Juez competente para ello, sin que dicho artículo prejuzgue tal competencia.

— En cuanto al segundo punto, es igualmente clarísima la inexistencia de esa incompatibilidad necesaria para pensar en una deroga-

ción tácita. No se han alterado para nada las anteriores normas sobre jurisdicción y competencia, de las que el exhorto es una consecuencia lógica, y se mantiene y regula éste con gran amplitud.

Pero además, ¿hasta qué punto podría pensarse en una derogación tácita de una norma fundamental como es el artículo 1.453 de la propia ley reformada, auténtico Código Procesal Civil, en cuanto se dejó intacto tal precepto, y por su importancia en esta materia no debía pasar desapercibido a los redactores de la Ley de Reforma si hubieran pensado realmente en dar al nuevo artículo 299 otro alcance?

Por otra parte, la derogación tácita ha de ser aplicada con más cautela, si cabe, cuando se trata de reformas parciales de los artículos de un código, pues si se dejan vigentes una serie de artículos, la presunción ha de ser en favor de la no derogación de esos preceptos que no han sido reformados.

No se ha producido, evidentemente, tal derogación. No se ha querido, a todas luces, tocar esta materia. Obsérvese al efecto, igualmente, la subsistencia, que avala aún más esta idea, del antiguo artículo 2.182 de la propia Ley de Enjuiciamiento, disposición final de la misma, que tras derogar «todas las Leyes, Reales Decretos, Reglamentos, Ordenes y Fueros en que se hayan dictado reglas para el enjuiciamiento civil», establece en su párrafo segundo que *«se exceptúan de esta disposición las reglas de procedimiento civil establecidas por la Ley Hipotecaria y demás leyes especiales»*. Este precepto es esencial y tampoco ha sido modificado por la reforma. Obsérvese que no se trata de una simple disposición final, sino que es uno de los artículos de la Ley Procesal Civil, que se ha mantenido intacto y que es bien significativo a la hora de interpretar la inalterabilidad de las reglas de procedimiento que son peculiares del sistema hipotecario.

En el presente estudio estamos planteando el problema del exhorto y de la competencia para la expedición de mandamientos de anotación de embargo. Pero el criterio que se siga sobre el alcance de la reforma procesal en materia hipotecaria puede afectar a otras cuestiones, tan importantes o más que la que ahora se estudia. Así, por ejemplo, el artículo 83 de la Ley Hipotecaria exige «providencia ejecutoria» para la cancelación de anotaciones. Pero el nuevo artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite que se lleve a efecto una providencia antes de ser firme. ¿Afecta esto al artículo 83 de la Ley Hipotecaria? Si se entendiese que la Ley Hipotecaria ha sido reformada en este punto, el efecto de ejecutar la providencia antes de ser firme, cancelando una anotación, puede dar lugar a una situación irreversible cuando existan posteriores anota-

ciones preventivas o inscripciones, que pasarían delante de la cancelada, que ya no se podría rehabilitar aunque se dejase sin efecto la providencia. Por eso es mucho más lógico interpretar que el artículo 83 de la Ley Hipotecaria —ley fundamentalmente de terceros y no sólo de partes como en el proceso— sigue vigente en base precisamente al artículo 2.182, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Entiéndase esto último como dicho en forma tangencial, pero con el propósito de que sea significativo en relación con el tema, diferente, del exhorto que estamos estudiando.

b) *Distinción entre competencia para decretar el embargo y competencia para expedir el mandamiento decretando la anotación preventiva del mismo*

Contrastando con el detalle con el que la Ley de Enjuiciamiento Civil regula el embargo de bienes muebles, tratándose de bienes inmuebles el artículo 1.453 se limita a decir que «del embargo de bienes inmuebles se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad *con arreglo* a las disposiciones de la Ley Hipotecaria y Reglamento para su ejecución, expidiéndose para ello el correspondiente mandamiento por duplicado».

La Ley de Enjuiciamiento Civil, por tanto, no entra en los requisitos ni en la forma ni en los documentos precisos para la práctica de la anotación preventiva de embargo y se remite en este punto a la Ley Hipotecaria y al Reglamento para su ejecución, a los que se estará, no a los efectos del embargo como tal embargo procesal, sino a los efectos de practicarse el asiento de anotación preventiva en el Registro, materia esta hipotecaria, exactamente igual que las materias que regulan requisitos que han de tener los títulos para que accedan al Registro, produciendo el asiento correspondiente.

La Ley de Enjuiciamiento Civil regula así la competencia del Juez para el proceso, regula la forma en que han de practicarse los embargos, el orden de embargo, etc., etc.

Respecto a los bienes inmuebles, el embargo en el proceso supone un señalamiento de bienes a vender en subasta que permite la lícita enajenación de los mismos para el pago del crédito. No es imprescindible su anotación en el Registro, y prueba de ello es que el embargo procesal de bienes inmuebles existe aun cuando éstos no estén inscritos en el Registro de la Propiedad o cuando por la razón que sea no se anote preventivamente.

Lo único que sucederá en tal caso es que el adjudicatario de la su-

basta estará sujeto al riesgo de evicción si la finca ha sido vendida con anterioridad a la compra judicial.

Pero esto no es sólo un problema de las subastas, sino que es el mismo problema de la transmisión del dominio de los inmuebles y derechos reales según las normas del Código Civil que rigen en el Derecho civil, consecuencia de que el acreedor, sea escriturario o sea en virtud de una sentencia de condena, sigue siendo acreedor, y, por tanto, tiene por su crédito la garantía patrimonial del deudor con sus bienes presentes y futuros, lo que hace que los bienes que se enajenan dejen de estar en su patrimonio y que, en consecuencia, salvo que exista fraude, el comprador de una cosa adquiera su dominio en perjuicio del acreedor.

Esto es la consecuencia lógica del régimen civil.

En cuanto a la anotación preventiva de embargo, igual que en cuanto a las inscripciones en el Registro de la Propiedad, lo que sucede es que a favor del titular inscrito o anotado inciden los principios de inoponibilidad, fe pública y legitimación, pero esto es consecuencia de la propia Ley Hipotecaria, de la eficacia de los asientos registrales. Y, por tanto, es la propia legislación hipotecaria la que establece los requisitos para que los títulos puedan ser susceptibles de inscripción o anotación preventiva, y así como no todo título traslativo del dominio de los inmuebles o derechos reales es susceptible de inscripción, pues exige el requisito de escritura pública, los embargos procesales, para que sean susceptibles de anotación preventiva, tienen que cumplir el requisito de que el mandamiento sea expedido por el Juez del término jurisdiccional de la finca y que tenga todos los contenidos establecidos por la legislación hipotecaria para la práctica del asiento.

La remisión, pues, a la legislación hipotecaria que hace el artículo 1.453, intacto tras la reforma, remisión que se hace, curiosamente, no sólo a la Ley Hipotecaria, sino también al Reglamento para su ejecución, nos lleva directamente al párrafo último del artículo 165 del Reglamento Hipotecario, que dice lo siguiente: «El mandamiento será siempre expedido por el Juez o Tribunal en cuyo término *jurisdiccional* radique el Registro donde deba extenderse la anotación preventiva, al que *exhortarán* con tal objeto los demás Jueces o Tribunales».

Referencia, pues, al «exhorto» y a lo «jurisdiccional», que confirma plenamente la idea que se defiende.

El artículo 1.453 tiene la primitiva redacción de la Ley de 1881, y la explicación de esa remisión nada menos que al Reglamento Hipotecario es porque el Reglamento de 1870 en su artículo 45 establecía lo mismo que en el actual 165 —último párrafo que se ha transcrito—. De modo que la primitiva ley, a sabiendas de ese precepto reglamentario vigente

en aquella época, se remitió al mismo. Incluso ese inciso final del artículo 1.453, en que dice «expidiéndose para ello el *correspondiente* mandamiento por duplicado», está confirmando la regulación reglamentaria, pues ese «mandamiento correspondiente» es el que «corresponde» al Juez del término jurisdiccional.

Por tanto, a la vista de esta regulación hay que distinguir:

- a) Competencia para decretar el embargo, que corresponde al Juez del procedimiento; y
- b) Competencia para configurar el título para la anotación preventiva a través del correspondiente mandamiento, que corresponde al Juez de la jurisdicción de los bienes por ser la competencia procesal en materia estrictamente hipotecaria.

El Registrador de la Propiedad debe calificar ambos aspectos de la competencia por imperativo de lo dispuesto en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, pues dado el carácter causal de nuestro sistema interesa la competencia para el embargo, pero con mayor razón la competencia para decretar la anotación a través de la expedición del correspondiente mandamiento, pues es la competencia típicamente hipotecaria.

Esta distinción de los dos aspectos del embargo: a) la declaración de voluntad del Juez acerca del embargo; y b) el título anotable para garantizar la traba respecto a terceros posteriores, ha sido reconocida por la Dirección General de los Registros y del Notariado. En tal sentido la Resolución de 19 de agosto de 1919 y más claramente la Resolución de 25 de mayo de 1938, que dice lo siguiente:

«Considerando, respecto de la competencia del Juzgado para efectuar el embargo, que ha de distinguirse competencia para decretarlo y potestad necesaria para acordar su anotación en el Registro de la Propiedad, toda vez que no habiéndose discutido la competencia del Juzgado para conocer de los autos y dictar sentencia, el Juez competente para conocer de un pleito entenderá también en todas sus incidencias, podrá llevar a efecto las providencias y autos que dictare y ejecutar la sentencia conforme al artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento; y que sin advertir tal diferencia, la nota, no obstante su vaguedad, parece atribuir competencia para el embargo al Juzgado del lugar donde radican los bienes, quizá por una interpretación extensiva del artículo 63, regla 12, de la Ley de Procedimiento, y con olvido de que este precepto es aplicable tan sólo cuando no hubiese mediado sumisión de los litigantes o atribución expresa de la ley.

Considerando que *la competencia para expedir el mandamiento* por cuya presentación en el Registro haya de tomarse anotación preventiva

corresponde al Juez o Tribunal en cuyo término jurisdiccional radique el Registro, como con absoluta claridad dispone el artículo 106 (hoy 165) del Reglamento Hipotecario, que sanciona una competencia territorial de Jueces y Tribunales, quienes podrán exhortarse para ese objeto, como se hizo en el caso actual, en que se libró exhorto de conformidad con los artículos 285 y 295 (antiguos) de la misma Ley de Enjuiciamiento para cumplimiento de lo acordado al Juzgado de Primera Instancia de La Palma, el cual solicitó del Registrador de la Propiedad del partido la práctica de las anotaciones preventivas de embargo objeto de este expediente».

c) *El embargo preventivo y la regla 12 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*

La regla 12 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la siguiente norma de competencia procesal:

«En los embargos preventivos será competente el Juez del partido en que estuvieren los bienes que se hubieren de embargar, y a prevención, en los casos de urgencia, el Juez municipal del pueblo en que se hallaren».

Este precepto no reformado, sino confirmado por la Ley de Reforma, al referirse a él el nuevo artículo 1.398 sobre la base de la competencia del Juez de la jurisdicción en que se hallen los bienes para «decretar el embargo preventivo», podría parecer un argumento en favor de la tesis que aquí se defiende. Sin embargo, en realidad no constituye argumento a favor ni en contra, sino que es una norma indiferente, pues se refiere a un problema distinto.

Nosotros hemos distinguido entre competencia para decretar el embargo y competencia para expedir el mandamiento. El artículo 63, 12, aunque utiliza una expresión muy amplia («en los embargos preventivos») que podría servir para comprender los dos aspectos, se refiere, en definitiva, a la competencia para decretar el embargo preventivo y no al mandamiento para su expedición. El precepto aplica la competencia de la situación para decretar el embargo, pero no lo utilizamos a nuestro favor porque, a pesar de la coincidencia, es un problema distinto. Y por la misma razón tampoco afecta a nuestro razonamiento la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la regla 12 del artículo 63 en el sentido de que sólo se aplica cuando no hay sumisión y cuando el embargo no es un incidente de otro procedimiento principal, pues ello afectará al embargo pero no al mandamiento para la anotación del mismo en el Registro, que es competencia en materia estrictamente hipotecaria y no procesal. En este sentido hay

que tener en cuenta la Resolución de 25 de mayo de 1938, que hemos transcrito anteriormente.

d) *Fundamento de la remisión de la Ley de Enjuiciamiento Civil al Reglamento Hipotecario. Jurisdicción y competencia*

Ante la claridad de los preceptos vigentes sobraría ya cualquier comentario y cualquier discusión, pues hay que cumplir la legalidad vigente que resulta de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la legislación hipotecaria, en plena concordancia.

Pero es que no es mero capricho del legislador el establecimiento de este sistema de expedición del mandamiento por el Juez del término jurisdiccional, sino que responde a razones de fondo, explicables perfectamente desde la perspectiva de la naturaleza del proceso y desde la perspectiva de la naturaleza de la anotación de embargo.

Y lo curioso es que la doctrina no siempre explica bien esta materia del embargo de inmuebles, e incluso considera algo confusa la regulación de la Ley de Enjuiciamiento cuando yendo al fondo de la cuestión todo resulta con plena claridad.

En primer lugar se trata de un problema de *jurisdicción*. Cada Juzgado, independientemente de su competencia, sólo tiene jurisdicción dentro de su partido judicial. Sería absurdo, por poner sólo un ejemplo, que el Juez de Marchena se personara en un Registro de Barcelona diciendo que quiere cotejar los asientos de los libros. Una negativa a tal cotejo supongo que no se interpretaría como desobediencia a la autoridad judicial, pues es una autoridad judicial que estaría actuando fuera de sus límites jurisdiccionales. Dicha autoridad debe exhortar al Juez de la jurisdicción para que sea el de Barcelona y no el de Marchena el que lleve a efecto la diligencia correspondiente en el Registro. En otro caso todos los ciudadanos estarían sometidos a una especie de jurisdicción solidaria de todos los Juzgados de España, en contra de la Constitución vigente y con la consiguiente inseguridad jurídica. Así, lo mismo hay que entender respecto al mandamiento. La orden que éste implica ha de ser dada por el Juez que tenga jurisdicción. Otro ejemplo: si un Juez pretende apremiar a un Registrador de distrito que está fuera de su jurisdicción no sólo sería improcedente el apremio y el Registrador tendría que acudir en queja al Presidente de la Audiencia Territorial para restablecer la independencia de la función calificador, sino que al tratarse de un apremio por un Juez que no tiene jurisdicción (en el supuesto imaginado) sería una extralimitación de funciones y hasta abuso de autoridad (fuera de sus límites). Por eso el artículo 255 (no reformado) y el 285 (reformado) prevén el «auxilio judicial» y el «exhorto».

En segundo lugar se trata de un problema de *competencia* en materia hipotecaria, y por eso, independientemente de la jurisdicción, el mandamiento de anotación ha de ser expedido por el Juez del lugar donde se encuentren los bienes, que es el único que tiene competencia, a efectos exclusivamente hipotecarios, para configurar un título anotable en el Registro de la Propiedad.

e) *Diferenciación entre el aspecto procesal y de efectos entre partes y el aspecto hipotecario respecto a terceros en materia de embargo*

Para comprender bien este interesante aspecto de la competencia (en ello la Ley de Enjuiciamiento Civil no quiere entrar y se remite a la Ley y Reglamento Hipotecarios en el artículo 1.453, como vimos) hay que tener en cuenta que el proceso se caracteriza por ser una relación triangular del Juez y de las *partes*, sin que queden afectados *terceros*. Por tratarse de un problema entre partes cabe que éstas varíen el sistema de competencia, puesto que sólo les afecta a ellas mismas (sumisión expresa o tácita). Ahora bien, cuando se trata de un problema respecto a *terceros* que no son parte en el proceso, no cabe atender sin más a la competencia estrictamente procesal, sino que hay que acudir a la competencia que podría denominarse *hipotecaria*, pues está en juego el efecto del proceso respecto a terceros que no son parte en él. En este punto ya no cabe sumisión ni otro criterio diferente que el de la situación de la finca. Cuando se está afectando o estableciendo el *estatuto real* de la finca el tema se sale propiamente del proceso *inter partes* y se entra plenamente en materia hipotecaria y, consecuentemente, en una especial competencia, regulada y prevista por la legislación hipotecaria y respetada y reconocida por la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.453).

Para explicarlo de otro modo: el proceso se ha iniciado por una acción meramente personal relativa a un crédito que reclama una parte contra otra ante el Juez: Aquí no hay ningún aspecto hipotecario todavía. La competencia corresponderá al Juez al que se sometan las partes o al que corresponda según las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Una de las fases del proceso es el embargo, y para decretarlo tampoco se precisa ninguna competencia especial, correspondiendo al mismo Juez que esté conociendo del procedimiento principal. Ahora bien, cuando lo que se plantea es *garantizar este embargo* y la deuda consiguiente a través del Registro (aun con los efectos limitados respecto a titulares posteriores) salimos ya del mero derecho personal planteado en el pleito entre partes, pues se trata de que el proceso trascienda a terceros que no son parte en el mismo (la figura del tercer poseedor). Ante esta nueva situación surge una especial competencia, prevista por la legislación hipotecaria (la del

Juez de situación de los bienes), y para enlazar debidamente la competencia del Juez del proceso (limitada a los efectos del proceso) y la competencia del Juez de la situación de la finca (limitada a la expedición del mandamiento para la anotación) se precisa de la figura del exhorto que el primero debe dirigir al segundo. Este no puede oponerse nada más que si resulta que no es competente para la expedición del mandamiento por no ser el de la situación de la finca.

; El carácter excepcional, el hecho de que mediante las anotaciones preventivas judiciales, de embargo en este caso, se incide en relación con terceros en la eficacia de los asientos de inscripción, exige respecto a las mismas unas garantías excepcionales, que son precisamente las establecidas en el artículo 165 del Reglamento Hipotecario.

La relación procesal y el proceso tienen dos características:

1) *La relatividad*. La sentencia sólo produce efectos entre las partes que están en el pleito, de modo que la declaración realizada por el Juez en cuanto a los derechos de A respecto a B no prejuzga en modo alguno los derechos que C pueda tener.

Salvo las sentencias sobre estado civil y algunas otras excepcionales, no hay más eficacia de la sentencia que entre partes.

2) *La congruencia*. El Juez no puede declarar en su sentencia más allá de las pretensiones de las partes.

En consecuencia, si se ejercita una acción de reclamación de cantidades o una acción personal la sentencia declarará el derecho de la parte, pero este derecho seguirá siendo personal. La sentencia no altera la naturaleza del crédito como simple derecho personal. En efecto, el crédito escriturario o declarado en sentencia sigue siendo eso, un crédito, y por tanto los adquirentes de los bienes del deudor son preferentes sobre ellos, salvo fraude.

Por tanto, por la propia congruencia del proceso, el Juez no puede dar a una parte más allá de lo que le corresponde, y si el crédito tiene eficacia personal respecto a las partes, no le puede dar absolutividad hacia el futuro respecto a los bienes del deudor. Esto por pura congruencia con el proceso.

Por eso dotar de eficacia real al crédito excede de la competencia del proceso, tiene naturaleza distinta, pues coloca este crédito en un régimen de protección superior al que por su naturaleza le corresponde. Se precisa una potestad diferente, y es por ello que como la dación de eficacia real se produce mediante la anotación preventiva de embargo, el Juez territorial a cuyo cargo está la finca, bajo cuya responsabilidad directa está la protección del estatuto real de la finca en lo que perjudique a terceros, es

el único que tiene poder para dotar al crédito de una protección real mediante la garantía de la anotación de embargo respecto a terceros.

El mandamiento de anotación tiene así un origen diferente de la competencia procesal, incide en la competencia hipotecaria a efectos de producir títulos que modifiquen el estatuto jurídico registral de una finca respecto a terceros y es por eso que, en concordancia con todo el sistema hipotecario, esta potestad sólo la tiene el Juez territorial del término jurisdiccional de la finca.

Así pues, el mandamiento de anotación es una manifestación de un principio de competencia hipotecaria a efectos de los asientos registrales, atribuida exclusivamente al Juez del territorio de la finca. Esta competencia no incide en el proceso. Incide en el estatuto real de las fincas inscritas en el Registro.

f) *Examen comparativo de otros procedimientos judiciales en que se tiene en cuenta la competencia por razón de la situación de la finca*

Todo ello se ve todavía más claro si se comprueban los diferentes procedimientos previstos en la legislación hipotecaria (respetados por la Ley de Enjuiciamiento Civil), en que se regula la competencia a través del criterio de la situación de la finca, y ello es porque se trata de procesos especiales en que están en juego los efectos respecto a terceros. Así, en materia de anotación de créditos refaccionarios (anotación de cierto parecido con la de embargo en cuanto a la garantía que implica), la competencia del Juez de Primera Instancia del lugar de situación de la finca es clarísima (art. 157 del Reglamento Hipotecario). La acción real del artículo 41 de la Ley Hipotecaria corresponde también al Juez de la situación. En el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria ocurre lo mismo, con la única especialidad, que se admitió en su día no sin grandes oposiciones en la Comisión, de admitirse la sumisión, pero es porque tiene que ser una sumisión previamente pactada en la escritura de constitución de hipoteca y publicada por el propio Registro de la Propiedad al inscribirse aquélla con efectos respecto a terceros. En la acción de devastación del artículo 117 de la ley también se señala esa competencia. Lo mismo ocurre en el supuesto especial de doble inmatriculación del artículo 313 del Reglamento. Y no digamos nada en el expediente de dominio (aunque haya contención) y en el expediente de liberación de gravámenes. Igual que en el caso del artículo 306 del Reglamento Hipotecario (procedimiento judicial en caso de duda sobre la identidad de la finca). Cuando no se acude a la competencia del Juez de la situación de la finca (ejemplo: hipotecas legales) es porque el título inscribible lo constituye

una escritura pública o una sentencia, cuya inscripción se produce después con arreglo a las normas ordinarias.

Por tanto, hay una constante en la legislación hipotecaria que hace ver que existe una especial competencia con razón de la situación de la finca cuando se trata de situaciones que se salen de un mero proceso entre partes.

g) *La importancia del Juzgado exhortado respecto al mandamiento de anotación preventiva de embargo, en el que no es un mero intermediario*

En estas anotaciones preventivas hay una actuación del Juez como poder judicial, de tal modo que sólo por la intervención judicial se admiten. Este carácter excepcional tiene importancia extraordinaria para calificar el mandamiento judicial, no ya como simple documento judicial, sino como ejercicio de la autoridad jurisdiccional.

Y es por ello que como tal se encuentra sujeto por un lado a los límites jurisdiccionales del poder judicial y por otro lado, en cuanto afecta a la extensión de asientos, a los requisitos de la Ley Hipotecaria.

La falta de jurisdicción podrá ser apreciada como falta de poder judicial en cuanto a la orden y al carácter judicial de ésta. La falta de competencia hipotecaria puede también apreciarse, aun existiendo jurisdicción, cuando por imperativos del artículo 165 del Reglamento Hipotecario el Juez, aunque con jurisdicción, carezca de competencia territorial.

Hay que tener en cuenta que el auxilio judicial ya existía en nuestro Derecho aun antes de que el poder judicial se constituyera como tal poder en la Constitución de 1869, primera vez que aparece el poder judicial como tal en nuestro Derecho y no como un simple órgano administrativo para la Administración de Justicia.

Es por ello que por imperativo de la demarcación jurisdiccional el artículo 165 del Reglamento no sería necesario. Sin embargo, este artículo aparece en su primitiva versión como artículo 45 del Reglamento Hipotecario de 1870 precisamente a raíz de la Constitución de 1869 y casi al tiempo de la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y su demarcación.

Por ello hay que entender que la función que da este artículo al Juez territorial es más importante y de distinta naturaleza, pues de otro modo sería redundante, y esta función es precisamente que el Juez territorial no se limita a cursar un mandamiento ordenando la anotación preventiva del embargo trabado por el Juez del proceso, sino que tomando la resolución del Juez del proceso en que se traba el embargo, dicta dicho Juez territorial su propia orden de anotación preventiva, que es imprescindible.

En Resoluciones de la Dirección General de 24, 28 y 31 de enero de 1905 se planteó la eficacia de un mandamiento de anotación preventiva de embargo dictada por el Juez territorial sobre la base de una providencia del Juez del proceso que ordenaba no sólo el embargo, sino su anotación, y la Dirección General simplemente consideró irrelevante la orden de anotación del Juez del proceso, y puesto que, en definitiva, en dicha providencia constaba el embargo trabado y el Juez territorial ordenaba a su vez la anotación, consideró el documento en forma a efectos de su práctica sin dar importancia a la oficiosidad del Juez del proceso, pues existía el mandamiento de anotación en el Juez territorial.

Recordaremos, para concluir este apartado, lo que indicó también en el sentido apuntado la Resolución de 4 de octubre de 1916:

«El embargo de bienes inmuebles, aunque formalmente limitado por el artículo 1.409 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la anotación preventiva, puede provocar actos de imperio de las autoridades judiciales y producir consecuencias en orden a la posesión, administración y enajenación de los mismos, que tienen su natural desenvolvimiento en el lugar donde están sitos, por lo que manteniendo en lo posible la continencia de la causa y la armonía de las actuaciones, debe reconocerse al Juzgado o Tribunal en cuya jurisdicción radiquen los inmuebles la potestad de ordenar su anotación preventiva, bien como una incidencia del pleito que conozca, bien en virtud de suplicatorio, exhorto o carta-orden de otro Tribunal o Juzgado competente.»

5. UNA ÚLTIMA BASE ARGUMENTATIVA: EL ARTÍCULO 608 DEL CÓDIGO CIVIL

No hay que olvidar tampoco el artículo 608 del Código Civil, que con frecuencia se olvida, pues de él resulta que «para determinar *los títulos* sujetos a inscripción o *anotación*... se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». Viene a ser lo mismo que lo que dice el artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del que nos hemos ocupado ampliamente, confirmando la necesidad de atenerse a la legislación hipotecaria en una materia hipotecaria como es la de la competencia para expedir el mandamiento configurado como título anotable en el Registro de la Propiedad.

6. LA POSICIÓN SEGUIDA PRODUCE UN VALOR JURÍDICO AÑADIDO:
• EL CONTROL DE LA AUTENTICIDAD- DE LOS DOCUMENTOS
EN EL TRÁFICO

Aunque todo lo que teníamos que decir en defensa de nuestra postura lo hemos dicho ya, conviene recalcar, por último, que con la posición seguida se produce además un efecto práctico importante: el control de autenticidad. No sólo es que es así por ley, sino que al expedir el mandamiento el Juez de la jurisdicción de la finca se evita que llegue al Registro un mandamiento expedido por un Juez cuya firma no conoce ni puede conocer el Registrador. Cuando llega, por ejemplo, un «papel» procedente de Morón de la Frontera o Manzanares, ¿qué garantía tiene un Registrador de Barcelona de que ese documento ha sido expedido efectivamente por el Juez de dicha ciudad? Con el sistema del exhorto se consigue, en definitiva, un «plus de autenticidad». Y es que el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria se refiere a este aspecto, pues habla de «documentos auténticos expedidos por la autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes en la forma que prescriban los reglamentos». Nueva remisión reglamentaria a la autenticidad, que daría todavía un mayor fundamento al exhorto exigido por el artículo 165 del Reglamento Hipotecario.

M.^a P. GARCÍA HERGUEDAS
JORGE SALAZAR GARCÍA
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA .
Registradores de la Propiedad de Barcelona

JURISPRUDENCIA

III. Resoluciones y sentencias

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI y
RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

II. DERECHOS REALES

ACCION DECLARATORIA DE PROPIEDAD. IDENTIFICACION DEL OBJETO (SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1984).

Demandado el Ayuntamiento de Sangenjo por varios particulares para que se declarase que los actores eran dueños de las fincas que se describían y, en consecuencia, se abstuviese el Ayuntamiento —que las había incluido en un monte de propiedad municipal objeto de deslinde— de realizar acto alguno que perturbase la propiedad y posesión de los demandantes sobre las fincas de referencia, el Juzgado de Primera Instancia de Cambados estimó parcialmente la demanda, sentencia que fue confirmada por la de la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de La Coruña.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley conforme a las siguientes consideraciones:

Que en el primer motivo del recurso formulado al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil, y en el que se denuncia el error de derecho en la apreciación de las pruebas, con infracción por violación de los artículos mil doscientos dieciséis y mil doscientos dieciocho, párrafos primero y segundo, del Código Civil, en relación con los artículos quinientos noventa y seis, número primero, y quinientos noventa y siete, regla primera, de la Ley Procesal, se pretende

que el particular de la sentencia de primera instancia —reproducido en apelación—, que declara «que los demandantes han justificado el dominio de las fincas litigiosas basados en la escritura notarial de compraventa de treinta de diciembre de mil novecientos treinta y dos, en el documento privado de permuta de once de abril de mil novecientos treinta y tres, en la escritura privada de partición de dieciocho de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, en las unánimes declaraciones de los testigos, que afirman que los actores poseyeron las fincas durante más de cuarenta años», se sustituya por la afirmación contraria, en el sentido de que los demandantes no han justificado tal dominio, ya que dichas fincas «...forman parte del monte denominado Montalvo, de la propiedad del Ayuntamiento de Sangenjo, según acta de apeo de deslinde efectuado el día doce de julio de mil novecientos setenta y tres»; pretensión a todas luces improcedente, y ello no sólo porque no cabe combatir en casación la eficacia de una prueba determinada cuando se aprecia en combinación con otras, ni tampoco, solamente, porque no es lícito en casación, cuando las pruebas se han apreciado en conjunto denunciar la valoración incorrecta de alguno de sus elementos y hacer caso omiso de los demás que en la sentencia recurrida fueron objeto de examen y ponderación, sino también, y fundamentalmente, porque el recurrente se ha limitado a citar dos preceptos del Código Civil y otros dos de la Ley Procesal, sin concretar cuál haya sido la prueba a la que el Juzgador no le haya reconocido la eficacia que la Ley le conceda, pues respecto a la escritura pública de treinta de diciembre de mil novecientos treinta y dos nadie ha negado su valor probatorio en relación con el motivo de su otorgamiento ni con su fecha, y respecto al contenido de sus declaraciones, y más específicamente al señalamiento de linderos de la finca que describe, nada se deduce de ella que acredite que no sean los verdaderos y los que concuerdan con la realidad física apreciada en instancia, antes al contrario, la prueba pericial identifica la finca discutida con la descrita en el referido documento, que es además la que los testigos afirman que poseen los actores; razonamientos los expuestos que conducen a la repulsa del segundo motivo apoyado en el mismo ordinal y en el que se acusa el error de derecho, con infracción por violación de lo dispuesto en el artículo mil doscientos dieciséis del Código Civil, pues aunque el certificado expedido por el Secretario del Ayuntamiento de Sangenjo, en el que se contiene el acuerdo de la Corporación local aprobando el expediente de deslinde del referido monte, tiene el carácter de documento público por estar expedido por funcionarios públicos con las solemnidades requeridas por la Ley, sin embargo tal certificado y el acuerdo municipal que incorpora sólo acredita que el deslinde tuvo realidad, pero en modo alguno la propiedad de los terrenos comprendidos dentro del perímetro deslindado, pues según el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco, el deslinde administrativo consiste en practicar las operaciones técnicas de comprobación, y en su caso de rectificación de situaciones jurídicas plenamente acreditadas, al objeto de delimitar la finca a que se refiera y declarar provisionalmente la posesión de hecho sobre la misma (artículo cuarenta y cinco), procediendo contra el acuerdo de aprobación, aparte del recurso contencioso-administrativo si se adujeren infracciones de procedimiento, la correspondiente reclamación ante la jurisdicción ordinaria cuando se invoque lesión de los derechos de propiedad o servidumbre, y en el caso de litis, frente a la prueba aportada

por la parte actora ningún elemento de convicción se unió al acta de deslinde ni se trajo a este juicio por la entidad municipal, como debió hacerse, a tenor del artículo cuarenta y siete del citado Reglamento, justificativo del dominio que invoca sobre las parcelas que incluyó en el monte deslindado, sin que pueda correr mejor suerte el tercer motivo, amparado igualmente en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos, denunciando el error de derecho por infracción en el concepto de violación del artículo mil doscientos veinticinco, en relación con el artículo mil doscientos treinta, ambos del Código Civil, pues al sentar como premisa de su argumentación que en el documento privado de once de abril de mil novecientos treinta y tres —por el que uno de los copropietarios permutó a los aquí actores o a sus causantes la mitad indivisa del inmueble que había adquirido en la escritura pública de treinta de diciembre de mil novecientos treinta y dos— se rectificaron los linderos de la primitiva finca, hace supuesto de la cuestión, pues el considerando tercero de la sentencia recurrida afirma «que las fincas litigiosas fueron identificadas en la diligencia de reconocimiento judicial, pericial y testificalmente. Su situación y linderos no ofrecen duda. Las fincas descritas en el hecho segundo de la demanda son aquellas a las que se refieren los documentos y demás medios de prueba. El exceso de cabida entre lo consignado en el documento privado de dieciocho de febrero de mil novecientos treinta y cuatro y en el informe pericial no obsta a su identidad, pues coinciden los linderos». Y esta afirmación no se ha destruido en los motivos anteriores, debiendo igualmente ser rechazado el motivo cuarto, que con los mismos razonamientos que el anterior se formula al amparo del número primero, con denuncia del mismo artículo mil doscientos treinta del Código Civil, para el supuesto de que se entendiese que este artículo no contiene normas valorativas de la prueba, siéndole de aplicación, por tanto, los mismos argumentos expuestos para rechazar el anterior motivo y sin olvidar además que en el caso de litis podrá discutirse, como se ha hecho, si se han alterado o no los lindes de la finca, pero nunca subsumir el supuesto en la hipótesis del artículo mil doscientos treinta, relativo al otorgamiento de un documento privado para alterar, modificar o completar el vínculo obligacional pactado en un documento público, pues aquí la escritura pública de treinta de diciembre de mil novecientos treinta y dos no ha tenido otra virtualidad que la de servir de título de dominio al adquirente y posterior transmitente de la mitad indivisa de la primitiva finca, después objeto de división.

Que si los anteriores motivos no han conseguido desvirtuar las declaraciones de la sentencia recurrida, relativas a la identidad de los predios y al dominio de los actores sobre ellos, es indudable que no puede prosperar el quinto y último motivo, que apoyado en el ordinal primero acusa la aplicación indebida del artículo trescientos cuarenta y ocho del Código Civil, en sus dos párrafos, pues frente a tal declaración no puede invocarse gratuitamente una falta de identificación que no resulta de lo actuado, lo que hace innecesario extenderse en otros razonamientos.

ACCION REIVINDICATORIA. POSESION ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1984).

Los actores, dueños por mitades indivisas de la finca, la reivindican frente al demandado, y, por ende; su posesión; éste, a su vez, alega ser

arrendatario de la finca, basándose en un contrato de arrendamiento suscrito tanto por los demandantes como por el demandado con los anteriores dueños de la repetida finca, en el que, según los actores, no consta qué fincas cultivaba cada uno.

El Juzgado de Primera Instancia de Cuenca estimó la demanda, mientras que la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete estimó parcialmente la apelación, por lo que los actores y apelados formulan recurso de casación por infracción de ley, al que el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar conforme a la siguiente doctrina:

Las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida, avaladas por el trascendente apoyo documental que significan el contrato de arrendamiento otorgado el día primero de marzo del año mil novecientos setenta y uno —folio catorce de los autos originales— y la copia de la demanda de conciliación articulada por el hoy recurrente con fecha diecisiete de abril de mil novecientos setenta y nueve —folio doce de los propios autos—, en el sentido de que el demandado aquí recurrido poseía la finca rústica, objeto de la acción reivindicatoria contra el mismo entablada, en calidad de arrendatario, tratan de desvirtuarse en los cinco motivos en los que el presente recurso se fundamenta, cuya desestimación se impone, habida cuenta de que: a) el motivo primero, en el que por la vía del de igual número del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia con total carencia de fundamento la violación, por inaplicación, del artículo mil doscientos catorce del Código Civil, pues la resolución impugnada no vulneró dicho precepto, sino que, en cuanto afirma que «de los autos aparece la vigencia de la titularidad arrendaticia del demandado y no resulta que el arrendamiento no comprende la finca reclamada, sino que se desprende de ellos que el arrendamiento concertado por los hoy litigantes con los anteriores propietarios de la finca controvertida y de otras más tenía carácter conjunto», hizo una debida aplicación del principio del *onus probandi* que el citado precepto proclama, cuestión la denotada, y que el motivo plantea, totalmente ajena a la que podría significar la circunstancia de que los elementos probatorios que conjuga la sentencia combatida para establecer su aseveración puedan ser desvirtuados por la vía del ordinal séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal; b) el motivo segundo, también amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil al denunciar la violación del párrafo primero del artículo mil doscientos ochenta y uno del Código Civil, olvida que la aseveración de la Sala sentenciadora en la instancia, según la que los arrendatarios —en estos autos demandante y demandado respectivamente— tenían derecho a usar de las fincas arrendadas indiscriminadamente, se corresponde con una interpretación, que no es dable calificar de irracional o ilógica, de la cláusula del número primero del documento de primero de marzo de mil novecientos setenta y uno, donde se plasmó el arrendamiento, ya que a la expresión de que la renta de las fincas había de ser satisfecha «por precio convenido verbalmente y por separado a cada uno, ya que el cultivo lo hacían independientemente el uno del otro», ni puede concedérsele el alcance de que referidos cultivos se concretaran en todo momento en fincas determinadas, puesto que incluso podrían afectar a parte o partes de alguna de ellas, ni la cláusula en su tota-

lidad señala qué fincas de las cedidas a los dos arrendatarios serían cultivadas por uno u otro, resaltando, en definitiva, un confusionismo impeditivo de aplicar la preceptiva que proclama la literalidad como norma de hermenéutica en los supuestos «en que los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes»; c) los motivos tercero, cuarto y quinto del recurso, aunque articulados por distintas vías, guardan íntima conexión, ya que al referirse el tercero —por el cauce del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil— a los criterios de hermenéutica establecidos en el artículo mil doscientos ochenta y dos del Código Civil y los cuarto y quinto —por la vía del ordinal séptimo del propio artículo de la Ley Procesal— al denunciar sendos errores de hecho y de derecho, son los dos últimos los que de estimarse podrían suministrar la existencia de «actos» coetáneos y posteriores de los contratantes con virtualidad suficiente para conceder un determinado sentido —el pretendido por los recurrentes— a la intención de las partes al celebrar el contrato de arrendamiento de primero de marzo de mil novecientos setenta y uno, imponiendo lo razonado el análisis prioritario de los dos últimos motivos del recurso, cuya proclamada suerte desestimatoria radica, en cuanto al aludido motivo cuarto, en la circunstancia bien patente de que el documento citado como auténtico y demostrativo, por ende, del evidente error del Juzgador, no sólo carece de la calidad de tal en cuanto integra uno de los elementos probatorios que sirven de fundamento a la sentencia recurrida para establecer sus conclusiones, sino que, a mayor abundamiento, es objeto de interpretación por la misma, lo que requería atacarlo, como lo ha sido en el ya antes analizado y rechazado motivo segundo, acusando la vulneración del párrafo primero del artículo mil doscientos ochenta y uno del Código Civil, párrafo referido precisamente a los términos claros y precisos de las cláusulas contractuales, demostrativas en su propia literalidad del error de hecho a que se contrae el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que como ya ha sido denotado no es el caso del contrato, documentado privadamente, al que el motivo se contrae, y en lo referente al quinto motivo, acusando ahora bajo el prisma del error de derecho la violación por inaplicación del artículo mil doscientos veinticinco del Código Civil, en relación con el artículo mil doscientos dieciocho del propio Código, tal acusado error de derecho no puede ser atribuido a la sentencia impugnada, ya que concediendo plena virtualidad al documento privado de primero de marzo de mil novecientos setenta y uno, tantas veces referido, afirma que «independientemente de lo que se hiciera en la práctica, los arrendatarios tenían derecho a usar de las fincas arrendadas indiferentemente, y desde luego, y en todo caso, no constaba que el demandado fuera excluido del uso de la finca discutida ni al tiempo del contrato ni posteriormente», es decir, que la sentencia recurrida fija con un rigor que no cabe calificar de ilógico el alcance de lo estipulado en orden al disfrute de las fincas arrendadas conjuntamente a los dos locatarios, sin incidir al hacerlo en desconocimiento y menos vulneración del alcance probatorio que al documento privado concede la preceptivamente contenida en el artículo mil doscientos veinticinco del Código Civil, en relación con lo que establece el párrafo segundo del artículo mil doscientos dieciocho del propio cuerpo legal, pues, como no es ocioso insistir, las declaraciones que en el documento privado de primero de marzo de mil novecientos setenta y uno

efectuaron los contratantes las analiza la sentencia recurrida y les concede un alcance adecuado a las de que su literalidad se deriva, en términos que, en conclusión, no merecen ser tachados de irracionales o ilógicos, y, por consiguiente, han de ser respetados en casación conforme ha sancionado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala; y d) el procedente rechazo de los motivos cuarto y quinto del recurso determina la repulsa del articulado bajo el apartado tercero, en el que se aduce, por la vía del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación por inaplicación del artículo mil doscientos ochenta y dos del Código Civil, puesto que la sentencia recurrida afirma que «no consta que el demandado fuera excluido del uso de la finca discutida ni al tiempo del contrato ni posteriormente», «por lo que se ha de llegar a la conclusión de que el referido demandado posee la finca reivindicada por razón de un contrato de arrendamiento y de que tanto subsista tal relación jurídica está legitimado para poseer la finca en cuestión», y tales afirmaciones fácticas, en las que se contienen indudables referencias a los actos de los contratantes coetáneos y posteriores al momento en que fue documentada la convención, no pueden ser desvirtuadas respecto a las conclusiones que de las mismas se derivan mediante un análisis aislado de varios de los elementos probatorios que constan en autos, que es lo que, con olvido de que no es lícito desarrollar los varios elementos de prueba para conceder a alguno o algunos una fuerza preponderante, se intenta en el desarrollo del motivo, que, por otra parte, y como ya ha sido denotado, se plantea, con total ausencia de una demostración —por el cauce del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil— que viniera a puntualizar la indubitada vigencia de «aquellos actos coetáneos o posteriores» a que la norma legal se refiere, apareciendo, antes por el contrario, en los autos originales, que los propios demandantes y aquí recurrentes al formular el diecisiete de abril de mil novecientos setenta y nueve la papeleta o demanda de conciliación hacen constar expresamente en la misma —folio doce de los autos— «que las fincas propiedad de don F. y doña M. C. D. P. las llevamos en arrendamiento por mitad los comparecientes (don P. S. y su esposa) y el demandado en conciliación, y después de la indicada disolución del indiviso y su adjudicación, don F. V. P. (o sea, el aquí demandado) cultiva las fincas adjudicadas a don F. D.», es decir, que la propia parte recurrente reconoce paladinamente el arrendamiento por mitad de todas las fincas y la operancia de dicha forma de explotación durante varios años, pues hasta mil novecientos setenta y ocho no se lleva a cabo la división por el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario de las fincas que respectivamente se adjudican a los hermanos doña M. C. y don F. D. P., aquélla causante de los demandantes en la propiedad del predio objeto de la litis —documento unido al folio quince de los autos originales—.

o

ACCION REIVINDICATORIA. IDENTIFICACION DEL OBJETO (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1984).

El actor reivindica como de su propiedad un local que había comprado en escritura pública a su anterior dueño frente a la comunidad de propie-

tarios del inmueble, a lo que se opone ésta, que formula además reconvencción.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Murcia desestimó la demanda, que en cambio fue estimada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, revocando la del Juzgado.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, estima parcialmente el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada, pues la sentencia de la Audiencia al revocar la del Juzgado omitió resolver sobre la reconvencción.

Los fundamentos del fallo de la primera sentencia son los siguientes:

Que un orden lógico impone que antes de determinar si existen las infracciones de preceptos de carácter civil sustantivo acusadas en el recurso de casación por infracción de ley objeto de resolución se concrete si la cuestión de hecho sobre que se fundamenta ha de ser aquella que sirvió a la sentencia recurrida o puede ser alterada a virtud del motivo segundo, que ha de ser examinado en primer lugar por acusarse en él, al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del Juzgador»; a tal efecto, el recurso presenta como documentos auténticos que demuestran en su criterio ese error, «la escritura de adición de declaración de obra nueva de dieciséis de junio de mil novecientos setenta y siete» y «el acta de reconocimiento judicial»; parte el desarrollo del recurso de la premisa de que en las actuaciones «en modo alguno se refleja la identificación de la finca cuya reivindicación pretende el actor», disintiendo de la descripción contenida en la sentencia recurrida con lo que está haciendo manifiestamente supuesto de la cuestión y llevando a cabo una interesada y lógicamente parcial interpretación de la referida escritura, y la que trata de corroborar con la diligencia de inspección ocular, olvidando que todo ello hace el motivo improsperable, toda vez que: a) la sentencia impugnada ha operado sobre «el conjunto ponderado del resultado de la prueba» (considerando cuarto), a través de lo que llega a una identificación del inmueble reivindicado, sin que esa conclusión pueda ser desvirtuada por medios particulares de prueba alegados por el recurrente; b) aparte de ello, la escritura pública que se sostiene como documento auténtico, que ya fue tenida en cuenta por la Sala de apelación, no pone de relieve error alguno de la misma Sala, sino que a ese supuesto error llega el recurso después de una interpretación de la citada escritura, puesta en relación con el acta de reconocimiento judicial, que tampoco pone de relieve el alegado error, y que además, según conocida doctrina de esta Sala, no puede tener la cualidad de documento auténtico a los efectos del recurso extraordinario de casación; c) en consecuencia, es ineficaz la impugnación de la cuestión *facti* que el recurso intenta; por lo que, con desestimación de este motivo segundo, en el examen de los restantes motivos del recurso ha de tener en cuenta los hechos que como probados sirvieron de base a la Sala de instancia.

Que esos hechos, en cuanto referidos al punto debatido, consistente en negar al recurso la identificación del inmueble objeto de la acción reivindicatoria, son esencialmente los siguientes: a) el edificio en que se ubica el

local reclamado por la parte actora, actual recurrido, «se asienta sobre un solar rectangular de veintiún metros sesenta y seis centímetros por nueve metros veintidós centímetros, con un área total de ciento noventa y nueve metros setenta centímetros cuadrados, y en el mismo existe un local de treinta metros cuarenta y dos decímetros cuadrados, que es el que el actor reivindica como de su propiedad; además hay unas rampas de acceso a los sótanos y garajes en total de cincuenta y seis metros noventa y ocho decímetros cuadrados, y zaguán y escalera del inmueble que ocupan veintiséis metros setenta y cuatro decímetros cuadrados, y por último una dependencia que ocupa el bajo del edificio (considerando segundo de la sentencia recurrida); b) de esos datos, de hecho comprobados por la Sala *a quo*, se deduce que aparte de zonas comunes hay ciento veinticinco metros veinte decímetros cuadrados ocupados por dos locales, uno de treinta metros cuarenta y dos decímetros cuadrados y otro de noventa y cuatro metros setenta y ocho decímetros cuadrados que «sustancialmente coinciden con los descritos en el título del actor»; c) se añade (considerando cuarto) que existe alguna deficiencia de descripción de los linderos, pero que tales anomalías son intrascendentes y no desvirtúan el conjunto ponderado del resultado de la prueba, del que deriva sin duda alguna que el local que se describe en la escritura de dieciséis de junio de mil novecientos setenta y siete estaba dividido en dos, ya que por vientos diametralmente opuestos tienen la misma colindancia, operándose después la segregación llevada a efecto en la escritura del actor, «que independiza a efectos legales la división material preexistente».

Que ante esa resultancia fáctica, el primero de los motivos, con amparo procesal en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa «interpretación errónea del artículo trescientos cuarenta y ocho del Código Civil», y en su desarrollo el recurrente insiste especialmente en que no se ha identificado el inmueble reivindicado, para lo cual realiza una parcial interpretación de la prueba, fijando sobre todo en la escritura de dieciséis de junio de mil novecientos setenta y siete y acta de reconocimiento judicial, que como se ha visto considera documentos auténticos y que no han servido para desvirtuar la apreciación de la Sala de instancia, tratando de que esa interpretación de la prueba prevalezca sobre la hecha por la sentencia impugnada; lo que es impropio del cauce procesal elegido en este primer motivo, que ha de limitarse a concretar si sobre los hechos probados en la instancia hubo infracción al aplicar las normas legales procedentes, y sobre todo con olvido de que, según mi reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias, entre otras, de diez de junio de mil novecientos sesenta y uno, treinta y uno de octubre y veintidós de diciembre de mil novecientos ochenta y tres), todo lo referente a la identificación de la cosa es cuestión de hecho que no puede contradecirse en casación por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues los hechos que la Sala tuvo en cuenta para llegar a las conclusiones que sirvieron de base a su sentencia son base de un juicio valorativo reservado al Juzgador o Tribunal, que sólo puede atacarse en casación si se acredita que el mismo es arbitrario, lo que aquí no acontece al haber fracasado la impugnación de los hechos por el cauce del número séptimo del indicado precepto procesal; y por último corrobora asimismo la desestimación del motivo en estudio, que, como se ha declarado por esta Sala (Sentencia de dieciséis de

enero de mil novecientos cincuenta y siete), no basta para negar la reivindicación el supuesto error cometido, que intenta poner de relieve el recurso, señalando al inmueble un límite equivocado, si ello, como ocurre en el caso ahora contemplado, no enerva la plena identificación del inmueble y la demostración del dominio sobre el mismo por parte del reivindicante.

Que en el tercero y último de los motivos, con amparo procesal en el número tercero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa violación del artículo trescientos cincuenta y nueve de la citada Ley Procesal «por no contener la sentencia recurrida declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes»; refiriéndose a que en el suplico del escrito de contestación a la demanda, y como petición reconvenzional, a la que se le dio el trámite debido por el Juez de Primera Instancia, se pide «alternativamente, y para el supuesto de estimarse la demanda, que se condene al demandante a reintegrar a la comunidad demandada la cantidad de ciento nueve mil seiscientas cuarenta pesetas que ésta gastó de buena fe en acondicionar el local que reivindica la demanda y que venía ocupando la demandada»; al ser desestimada la demanda no tuvo necesidad el Juez de Primera Instancia de entrar a resolver sobre tal petición reconvenzional; mas en la segunda instancia, al acordar la Sala sentenciadora que había lugar a la demanda, omitió resolver sobre dicha petición, como era procedente según lo pedido, ya que se formuló para el caso de ser estimada la demanda; por ello es evidente que se ha infringido por la Sala *a quo* el artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no resolver sobre una petición oportunamente deducida en el pleito, dejando de hacer las declaraciones que la misma exigía acerca del reintegro de la suma a que el suplico del escrito de contestación a la demanda se refería en el expresado caso de estimación de la demanda; por ello ha de darse lugar a la casación parcial de la sentencia recurrida en cuanto no resuelve la petición reconvenzional de reiterada referencia, la que ha de ser resuelta en la sentencia que sigue a esta de casación, dejando invariado el fallo recurrido en este trámite, sin más que adicionarle el pronunciamiento correspondiente a la reconversión omitido por aquel fallo; de conformidad con lo dispuesto en el artículo mil setecientos cuarenta y cinco, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y en su segunda sentencia falla que el local comercial cuestionado es propiedad del actor y que no ha lugar a la reconversión formulada por la demanda, la cual solicitaba indemnización por las obras que había realizado en el local.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

COMPRAVENTA. INTERPRETACION (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña, que había

revocado la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Cambados conforme a la siguiente doctrina:

Que promovida por don J. B. B. y don M. B. U. ante el Juzgado de Primera Instancia de Cambados demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra la entidad Totem, S. L., sobre declaración de propiedad, con fecha diecisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y uno recayó sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña en la que, revocando la dictada por el referido Juzgado de Primera Instancia el veintiséis de abril de mil novecientos setenta y nueve, se estimaba en parte la demanda, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de ley, y en la que se sientan, entre otros, los siguientes hechos, que por no haber sido impugnados en casación al amparo del ordinal séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil deben ser reputados inmuebles: A) Que en veintiséis de enero de mil novecientos setenta y cuatro, por los actores J. B. B. y M. B. U., de profesión camareros, y la demandada Totem, S. L., se firmó un contrato en virtud del cual la segunda vendía a los primeros la mitad del negocio «Cervecería Totem», de la que era propietaria, sita en Villagaría de Arosa, por el precio de setecientas cincuenta mil pesetas, cuyo pago se haría con el beneficio que los compradores pudieran obtener «con la explotación del cincuenta por ciento o mitad de la 'Cervecería Totem', no adquiriendo la propiedad de la mitad comprada hasta el total pago de la cantidad citada». B) Que aun cuando en el contrato se dice que la parte del negocio que se adquiriría habría de satisfacerse con la mitad de los beneficios de la cervecería, es lo cierto que hubo también otras aportaciones de los compradores, pues de la retribución que por el trabajo antes mencionado que como camareros prestaban se les descontaron cinco mil pesetas mensuales a cada uno durante varios meses a partir de la firma del contrato, hasta alcanzar la cifra total de sesenta mil pesetas. C) Que otra aportación es la efectuada por M. B. U., que en once de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro ingresa en la cuenta corriente que «Totem», Sociedad Limitada, tenía abierta en la Caja Municipal de Ahorros de Vigo la cantidad de ciento cincuenta mil pesetas. D) Que, en consecuencia, en veintinueve de enero de mil novecientos setenta y cinco, fecha de la expedición de los talones por J. B. B., un año después de la firma del contrato, tenían los actores abonada, sin contar el cincuenta por ciento de los posibles beneficios de la cafetería, la cantidad de trescientas sesenta mil pesetas; y E) Que el cincuenta por ciento de los beneficios obtenidos con la cafetería citada asciende a la cantidad de cuatrocientas catorce mil ciento ocho con noventa y seis pesetas, por lo que la aportación total asciende a setecientas setenta y cuatro mil ciento ocho con noventa y seis pesetas, es decir, más de la cantidad fijada en el contrato, por lo que es aquel momento cuando se cumple lo pactado y se hacen propietarios de la mitad de la «Cervecería Totem».

Que el primero de los motivos del recurso se formula «al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos, primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo mil doscientos setenta y cinco, en relación con el mil doscientos setenta y cuatro, ambos del Código Civil, infringidos por el concepto de violación por inaplicación», alegándose por el recurrente que la sentencia recurrida, al aplicar como pago a cuenta del

precio establecido por la compra del cincuenta por ciento del negocio denominado «Cervecería Totem» la cantidad de cuatrocientas catorce mil ciento ocho con noventa y seis pesetas, correspondiente al cincuenta por ciento del total de los beneficios obtenidos por la explotación entre el veintiséis de enero de mil novecientos setenta y cuatro y el veintinueve de enero de mil novecientos setenta y cinco, está dando validez a la estipulación C) del contrato de veintiséis de enero de mil novecientos setenta y cuatro, que carece de causa, motivo este que deberá de decaer en atención a las siguientes razones: Primera.—Que como tiene declarado una reiterada doctrina de esta Sala, «las cuestiones sobre concurrencia de los requisitos esenciales del contrato son de la competencia de los Tribunales de Instancia» (Sentencia de once de marzo de mil novecientos sesenta y nueve, once de mayo de mil novecientos setenta y siete de noviembre de mil novecientos ochenta). Segunda.—Que si como proclama el artículo mil doscientos setenta y siete del Código Civil, aunque la causa no se exprese en el contrato se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario, habida cuenta que el contrato que nos ocupa es de compraventa, habrá de entenderse que la causa del mismo, en lo que incumbe al vendedor, es la obtención de una contraprestación, que, como hemos visto, cristaliza tanto en la aportación dineraria hecha por los actores, hasta la cantidad de trescientas sesenta mil pesetas, como en la prestación económica que se atribuye a su participación laboral en el negocio de autos, a la que se imputa un porcentaje en los beneficios, causa esta lícita mientras no se pruebe —lo que no se ha hecho por los recurrentes— lo contrario. Tercera.—Que en nada afecta a la existencia y licitud de la causa de la compraventa aludida el hecho de que el vendedor, en uso de su libertad de contratación y valorando la aportación personal al negocio realizada por compradores, le impute una participación en los beneficios con los cuales se coadyuve al abono del precio; por todo lo cual procede la expresa desestimación de este primer motivo.

Que el motivo segundo se formula «por infracción del artículo trescientos cuarenta y ocho, en relación con el trescientos cincuenta y cuatro, segundo, ambos del Código Civil, infringidos por el concepto de violación por inaplicación», alegándose por la recurrente que la resolución recurrida, al atribuir el cincuenta por ciento de los beneficios obtenidos por la cafetería a sus compradores, está atribuyendo a los mismos los frutos industriales de un negocio que aún no es suyo, violando con ello tales preceptos, motivo que igualmente debe ser rechazado, pues, como anteriormente se razonó, nada obsta a que el vendedor propietario de la cafetería, en uso de su libre voluntad de contratación, valore la participación laboral de los compradores, sin perjuicio del abono de los correspondientes salarios, en un porcentaje de los beneficios a obtener en el negocio, sin que ello implique en modo alguno infracción del artículo trescientos cincuenta y cuatro en cuanto atribuye al propietario los frutos industriales, que, obviamente, pueden ser cedidos libremente por el propietario del negocio, sin que ello suponga un atentado a las normas que disciplinan el derecho de propiedad.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA. VICIOS DE LA CONSTRUCCION. RUINA (ART. 1.591 DEL CODIGO CIVIL) (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1984).

El Presidente de la Comunidad de Propietarios de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal demanda a los constructores y al Arquitecto en razón a los graves defectos observados en el mismo. El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Palma de Mallorca, estimando la excepción de litis consorcio pasivo necesario, desestimó la demanda sin entrar en el fondo del asunto. Esta sentencia fue revocada por la de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, que declaró la responsabilidad de los demandados. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara haber lugar a la casación parcial de la sentencia en cuanto los vicios, por no serlo de dirección, no pueden atribuirse al Arquitecto, absolviendo a éste en la segunda instancia y condenando a los constructores conforme a las siguientes consideraciones:

Que si bien cada uno de los partícipes, como contratantes, en la construcción del edificio objeto del contrato de obra —contratista y promotor, Arquitecto, Aparejador— tienen una específica misión y, por ende, una correlativa y diferenciada responsabilidad por la obra mal hecha (proyectada, dirigida, ejecutada) en el ámbito profesional respectivo, responsabilidad exigible de modo mancomunado simple o por separado, si así se interesa, también es cierto, según reiterada y de sobra conocida doctrina legal, que si la participación responsable no es posible discriminarla o separarla con nitidez para exigir a cada uno la que le es propia, esa responsabilidad puede ser reclamada de modo solidario por entenderse constituida, en aras de la seguridad jurídica y de la satisfacción de los derechos de los perjudicados, una situación de corresponsabilidad indiferenciada externamente y solidaria desde el lado acreedor —aunque entre los responsables pueda serlo, según sus acuerdos, distinguible (artículo mil ciento cuarenta y cinco del Código Civil)— que permite a aquél, por lo mismo, dirigirse contra cualquiera de ellos conforme al artículo mil ciento cuarenta y cuatro del Código Civil, o lo que es igual, que no le impone la necesidad de demandar o traer a juicio a todos los partícipes, porque, evidentemente, y por obra de ese vínculo, la situación procesal de litis consorcio ya no puede darse por carencia de sus presupuestos, en cuanto bastará la presencia procesal de cualquiera —no de todos— para que la decisión sobre el objeto de su responsabilidad (obra ruinosa o deficiente) pueda ser tomada con la suficiente y eficaz defensa del comparecido y sea vinculante para los demás —ausentes—, justamente por obra de la solidaridad (artículo mil doscientos cincuenta y dos, tercero, del Código Civil) determinante de la identidad personal y de los efectos de la cosa juzgada subsiguiente (artículo mil doscientos cincuenta y dos, primero, del Código Civil), a la que no pueden ser ajenos por imperativo legal ni por ello mismo quedar indefensos o no garantizados en su derecho.

Que por ello, de acuerdo con las Sentencias de diez de noviembre de mil novecientos setenta, catorce de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y nueve, cinco

de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, veintidós de noviembre de mil novecientos ochenta y dos, diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro y ocho de junio de mil novecientos ochenta y cuatro, hay que estimar correcta la solución de la sentencia de instancia al no existir litis consorcio pasivo necesario ni estar mal constituida la relación jurídico-procesal, y, consecuentemente, desestimar el motivo primero —que alega como infringida dicha doctrina— en cuanto ya en principio la propia parte recurrente alude a la solidaridad existente en el caso y la Sala de Instancia evidentemente la aplica, fundada en la indeterminación de las responsabilidades exigidas a los diversos demandados por los defectos de construcción acreditados, independientemente (conviene añadir) de la posición del Arquitecto —como se verá al estudiar su recurso— dada la permanencia frente a la acción ejercitada del constructor y el otro demandado maestro de obras (ausente en el pleito), amén del Aparejador, no traído a juicio.

Que el motivo tercero, que alega la violación del párrafo segundo del artículo treinta y ocho de la Ley Hipotecaria, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede tampoco prosperar, porque el argumento de que, junto a la negatoria de servidumbre, no se ha solicitado la nulidad o la cancelación de la inscripción correspondiente, no es válido en el caso, dado que el fundamento del fallo para decretar la inexistencia de ese pretendido derecho real fue la no constancia ni en la realidad ni en el Registro —y esto último por no aportarse dato alguno¹ de ese supuesto gravamen, lo cual es evidentemente el presupuesto del párrafo segundo de dicho artículo treinta y ocho, es decir, el asiento tabular de ese gravamen o servidumbre, preciso para que el artículo treinta y ocho, segundo, de la Ley Hipotecaria tenga justificación en su exigencia y finalidad, no otra que la de mantener la correspondencia entre Registro y realidad jurídica extrarregistral, evitando la posible contradicción, evento aquí no posible.

Que la misma suerte ha de seguir el motivo cuarto, con el mismo amparo legal y denuncia de la inaplicación del artículo mil doscientos cincuenta y ocho del Código Civil, porque es claro que no se infringe tal precepto (el de *pacta sunt servanda*) en cuanto la cláusula aludida en el motivo como desconocida por la Sala de Instancia no se refiere ni se extiende, como facultad del vendedor constructor, a la configuración externa de la finca o a su unión o comunicación con la otra del mismo dueño, sino a la adición o supresión de plantas, a su distribución y a su configuración interna, y como lo que hizo el dueño recurrente fue derribar un muro de separación, conducta y hecho no amparada por la cláusula, es evidente que fue él quien no se ajustó al contrato y él el infractor, y correcta, pues, la conclusión que ahora se impugna indebidamente.

Que, por contra, sí es estimable el motivo segundo interpuesto al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal por error de hecho, ya que el que se acusa está manifiestamente acreditado con el documento auténtico que se cita, aportando en la segunda instancia, demostrativo de que por el vendedor constructor se otorgó la escritura de obra nueva y división horizontal, pues es esta misma escritura la que se cita y aporta, por lo que sin más razonamientos

debe acordarse según lo autorizado por el artículo mil setecientos cuarenta y cinco de la Ley de Enjuiciamiento Civil y casar la sentencia recurrida en ese extremo o punto de su fallo, referido a la obligación de realizar las operaciones jurídicas ya hechas y de la que debió absolverse a la parte.

Que son dos los puntos fundamentales contenidos en el segundo de los recursos, éste formalizado por el Arquitecto director de las obras en cuestión; uno relativo al concepto de ruina y sus consecuencias, a lo que se refieren los tres primeros motivos, y otro a la responsabilidad de dicho señor en relación con las circunstancias del caso y con lo dispuesto en el artículo mil quinientos noventa y uno del Código Civil y Decreto de diecinueve de febrero de mil novecientos setenta y uno sobre funciones del Aparejador o Arquitecto técnico, al que se dedican los restantes motivos, es decir, el cuatro y el quinto.

Que en la fijación de hechos (no impugnada) de la sentencia de instancia se especifican los defectos constructivos en los siguientes y extractados términos: *a)* impermeabilización muy simple de la cubierta del edificio, constaría a la Memoria y a las especificaciones técnicas, causa de humedades en los últimos pisos; *b)* rellanos de escalera con pendientes hacia el interior de las viviendas, causa de entrada de agua de lluvia en ellas; *c)* carencia de acceso al aljibe del edificio; *d)* deficiente instalación de recogida de aguas de los aleros e insuficiencia de desagües; *e)* impermeabilización inadecuada del cuarto de contadores; *f)* humedades por fugas de agua por deficiente sellado de juntas de los tubos de las bajantes de agua, y *g)* grietas en las barandillas de las escaleras y balcones por utilización de mortero inadecuado.

Que como ya se dijo con más detalle en la Sentencia de treinta de septiembre de mil novecientos ochenta y tres, el sentido del concepto de *ruina* contenido en el artículo mil quinientos noventa y uno del Código Civil (que es el que aplica al caso la Sala de Instancia y que ahora se controvierte), que tiene su origen e inspiración en el artículo mil setecientos noventa y dos del Código Civil francés, sigue asimismo la doctrina romana del *quod imperitia precavit, culpa esse*, así como el sentido de la jurisprudencia francesa, es decir, que tal concepto de ruina no sólo se refiere a las obras fundamentales («gros ouvrages»), sino también a las meramente defectuosas («mal façons») que atenten a aquéllas, interpretación que es válida en nuestro Derecho porque la *ruina* de la que habla la ley tiene que ponerse en relación con el término se «arruinase» que emplea el artículo mil quinientos noventa y uno, con referencia a los vicios graves que afecten a elementos esenciales de la construcción, aunque el inmueble no quede convertido materialmente en ruinas, y así en efecto lo tiene reiteradamente dicho esta Sala al hablar de defectos graves (Sentencias de veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve, veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, veintinueve de noviembre de mil novecientos setenta, uno de abril de mil novecientos setenta y siete, tres de octubre de mil novecientos setenta y nueve, nueve de mayo de mil novecientos ochenta y tres, concordantes con las que después se citarán), es decir, de aquellos que por exceder de las imperfecciones corrientes configuran una violación del contrato de obra; hagan tener por su pérdida o la hagan inútil para la finalidad que le es propia (ruina

funcional), tal como indican las Sentencias de veintiuno de abril de mil novecientos ochenta y uno, ocho de febrero de mil novecientos ochenta y dos y diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro, y en concreto esta última al calificar de ruina por defectos graves a los que como vicios de la construcción incidan en la misma habitabilidad del inmueble, lo cual no hace sino concordar con otros precedentes jurisprudenciales que calificaron de «ruina», a los efectos del artículo mil quinientos noventa y uno del Código Civil, los siguientes defectos: desprendimientos de ladrillos en fachada (Sentencias de tres de marzo de mil novecientos ochenta y tres, nueve de mayo de mil novecientos ochenta y tres y treinta de septiembre de mil novecientos ochenta y tres), filtraciones de agua (Sentencia de veintinueve de marzo de mil novecientos ochenta y tres), inadecuada impermeabilización (Sentencias de veintinueve de marzo de mil novecientos ochenta y tres y diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro), grietas y humedades (Sentencia de tres de marzo de mil novecientos ochenta y tres), bajadas de agua, cornisas, inundaciones de cubiertas y tejados (Sentencias de nueve de mayo de mil novecientos ochenta y tres y veintinueve de marzo de mil novecientos ochenta y tres) o defectuosas instalación y colocación de colectores (Sentencia de diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro), etc., etc.

Que si bien en algunas otras sentencias de esta Sala se han estimado no constitutivas de vicios de la construcción otras deficiencias (tal, por ejemplo, en la de veintitrés de febrero de mil novecientos ochenta y tres), ciertamente lo ha sido así valorando esa repercusión de que antes se hablaba respecto de la habitabilidad, o bien por no ser suficientes para constituir esa previsión de inutilidad o peligro próximo de ella, cosa que, ciertamente, no puede predicarse de la situación creada en el edificio del caso presente, en el que son muchas las deficiencias observadas y de enjundia bastante para configurar el concepto de «ruina» resultante de tan reiteradísimas doctrina legal como la citada, que como precedente hay que tener en cuenta para, en definitiva, desestimar los tres motivos que al tema se refieren, ya que, a su vista, en modo alguno puede afirmarse que se hayan infringido ni el artículo mil quinientos noventa y uno por interpretación errónea (motivo primero), ni la doctrina legal pertinente (motivo segundo), ni, en fin, tenga por qué aplicarse el artículo mil cuatrocientos sesenta y cuatro del Código Civil, como se pretende en el motivo tercero, previsto para otros supuestos de hecho.

Que en la casuística jurisprudencial, representada en parte por las sentencias citadas, hay ciertamente casos de inclusión o de exclusión de la responsabilidad del Arquitecto aun en el supuesto de apreciación de esos defectos constructivos, si bien hay que observar que en aquéllos en los que esa responsabilidad se proclamó y se exigió lo fue por declaración terminante (no al pasar, como en la sentencia recurrida se hace) de la participación del Arquitecto en la causación de esas deficiencias, y así en la de veintinueve de marzo de mil novecientos ochenta y tres, en la que se hablaba de «proyecto inadecuado»; en la de nueve de mayo de mil novecientos ochenta y tres de «defecto de dirección»; en la de treinta de octubre de mil novecientos ochenta y tres, en la que se aludía al «sistema inadecuado propuesto por el Arquitecto para reparar las fachadas», etc.,

etcétera, mientras que, por contra, la de quince de julio de mil novecientos ochenta y tres lo excluía de la condena porque los vicios fueron causados por defectos de construcción, no por mala dirección o proyecto, aunque en el recurso se pretendiera incluirlo por sostenerse que la mala construcción era debida a la mala dirección.

Que es esta casuística la que, en armonía con el recto sentido del artículo mil quinientos noventa y uno del Código Civil, eleva a diferenciar las distintas responsabilidades exigibles, sin ser lícito su trasvase de una a otra cuando la especificación sea posible, supuesto que es el del pleito origen del recurso y que la Sala de Instancia no tuvo en cuenta, ya que acreditada la cualidad y entidad de los defectos —que se describen en anterior «considerando»—, se ve bien claro que éstos no encajan en el ámbito de la responsabilidad del Arquitecto (vicios del suelo o de la dirección), por lo que al entender lo contrario dicha Sala, y condenar a dicho profesional, está dando una interpretación excesiva, un sentido impropio, a los términos del citado precepto en cuanto extiende al Arquitecto las previsiones de la norma referidas al constructor o, en su caso, al técnico Aparejador, ya que la dicción legal de «vicios de la construcción» tiene un sentido propio referido al que ejecuta, no al que dirige y proyecta, a menos que la «ejecución» defectuosa provenga de una directriz errada (caso de la Sentencia de treinta de septiembre de mil novecientos ochenta y tres), no cuando sea independiente o no cumpla las indicaciones del Arquitecto.

Que en su virtud, dado que los vicios apreciados no son de dirección reprochables al Arquitecto, es clara la estimación de los motivos cuarto y quinto, que al amparo del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos denuncian la interpretación errónea del artículo mil quinientos noventa y uno del Código Civil y la inaplicación del artículo primero, letra A), apartado primero, del Decreto de mil novecientos setenta y uno, y, en consecuencia, la del recurso en parte relativamente a la condena del Arquitecto, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo mil setecientos cuarenta y cinco de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en relación con el fallo que se ha de solicitar a continuación en la segunda sentencia, armonizado con la solución del recurso anterior.

COMENTARIO.—Esta sentencia sienta las siguientes trascendentales afirmaciones, reiterando doctrina jurisprudencial:

1.^a Que quienes intervienen en la construcción de un edificio —promotor, contratista, Aparejador, Arquitecto— responden solidariamente frente a los adquirentes del mismo por la obra mal hecha cuando no es posible discriminar o separar con nitidez tal participación responsable. Dicho de otro modo: la responsabilidad del artículo 1.591 del Código Civil es solidaria por parte de todos los que intervienen en la construcción de un edificio si no resulta claramente diferenciada por el supuesto o causa que la origina, lo que se justifica en aras de la seguridad jurídica.

2.^a El concepto de «ruina» del artículo 1.591 es un concepto amplio que comprende incluso las obras meramente defectuosas, no sólo las fundamentales, que excedan de las imperfecciones corrientes y toleradas por el uso. Como tales se citan: desprendimientos de ladrillos en las fachadas,

filtraciones de agua, inadecuada impermeabilización, grietas y humedades, defectuosa instalación y colocación de colectores, bajadas de agua, cornisas, inclinación de cubiertas y tejados; es decir, todos aquellos defectos que impiden o menoscaban la normal habitabilidad del inmueble o seguridad del mismo.

F. C. L.

MANDATO PARA ENAJENAR Y ACTIVIDADES RESERVADAS A LOS AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1984).

Hecho.—Los actores (un matrimonio francés) solicitaban sentencia por la que se declarase que eran propietarios de una finca cuya enajenación habían ordenado al demandado (belga) y se condenase a éste a rendir cuentas de la enajenación de otras dos cuya venta también se le había encomendado mediante el correspondiente mandato con poder, amén de otros pedimentos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en cuanto a los pedimentos citados y la Audiencia confirmó la sentencia.

Entablado recurso de casación, el Supremo declaró no haber lugar al mismo.

Ponente: Don Jaime de Castro García.

Doctrina de la sentencia.—La única doctrina de cierta relevancia en esta sentencia deriva del motivo de casación, por el que el recurrente alegaba que el hipotético mandato tendría una causa ilícita al encomendársele «actividades que están reservadas a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y expresamente prohibidas para quienes no cuentan con el título oficial correspondiente».

La Sala, además de advertir que tal alegación introduce una cuestión nueva, añade que la ilicitud en la causa requiere la lesión de un interés general de orden jurídico o moral y que es manifiesto que el mandato para enajenar conferido para un caso concreto en atención a particulares relaciones de confianza ni contiene estipulación reprobada por la ley ni se opone a los dictados de la exigible moralidad.

CONTRATO DE MEDIACION SOBRE ARRENDAMIENTO DE HOTEL. NO ES NULO A PESAR DE NO SER EL MEDIADOR AGENTE DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—El actor demandó a una sociedad anónima la comisión correspondiente a la intervención de aquél como mediador en la celebración de un contrato de arrendamiento a un tercero de un hotel propiedad de la demandada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a la demandada a satisfacer al demandante parte de la comisión por él solicitada (480.000 pesetas).

Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia estimó parcialmente ambos recursos, condenando a la demandada a abonar al actor la suma de 2.200.000 pesetas.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo rechaza la alegación de no ostentar el actor la condición de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, pues las reglas del Decreto de 4 de diciembre de 1996, relativo a la materia, están destinadas a regular la realización de las actividades a que se refiere en régimen de situación profesional o de habitualidad, pero no a casos como el enjuiciado, en que se trataba de una operación ocasional en la que el mediador era un farmacéutico.

INOPONIBILIDAD DE LOS ACTOS PROPIOS (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—Los actores eran compradores de sendas viviendas que se habían subrogado en la posición de la inmobiliaria vendedora de las mismas en la deuda que ella tenía contraída con la demandada (una Caja de Ahorros). La demandada, apoyándose en la Orden de 23 de julio de 1977, había aumentado el interés del préstamo. Los actores solicitaban sentencia por la que se declarase que el interés había de ser el pactado y no otro superior y se condenase a la entidad demandada a devolver el exceso percibido, amén de otros extremos.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado, estimando íntegramente la demanda.

Interpuesto por la Caja de Ahorros recurso de casación, el Supremo declara no haber lugar al mismo.

Ponente: Don Rafael Pérez Gimeno.

Doctrina de la sentencia.—Sólo interesa destacar la siguiente: Procede rechazar el motivo sexto, que denuncia la violación del principio general de Derecho que prohíbe obrar en contradicción con los actos propios, porque no existe la más mínima constancia de que los actores, al pagar los intereses incrementados, tuvieran la libre y espontánea voluntad de modificar la relación jurídica preexistente; antes al contrario, la interposición de la demanda origen del pleito exterioriza una voluntad totalmente contraria a dicha elevación de interés.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: MORA Y RETRASO. LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS DEL ARTICULO 1.101 DEL CODIGO CIVIL EXIGE LA DEMOSTRACION DE LA EXISTENCIA REAL DE LOS MISMOS. NO SE PUEDE DEFERIR A LA EJECUCION DE SENTENCIA LA DETERMINACION DE LA EXISTENCIA DE LOS DAÑOS (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—La sociedad actora demandó a la también sociedad demandada reclamándole una determinada cantidad en concepto de precio de los botellines suministrados por la primera a la segunda. Esta formuló reconvencción en solicitud de indemnización de daños y perjuicios por el retraso sufrido en la recepción de los botellines, debido —decía— a la entidad fabricante.

El Juzgado estimó la demanda y desestimó la reconvencción. La Audiencia confirmó la sentencia, excepto en el extremo relativo a costas.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Sánchez Jáuregui.

Doctrina de la sentencia.—La indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el artículo 1.101 del Código Civil no va ineludiblemente ligada o es consecuencia necesaria del incumplimiento contractual, siendo preciso demostrar la existencia real de aquéllos para que dicha obligación nazca y sea exigible, correspondiendo la apreciación de su certeza al Juzgador de instancia, sin que pueda derivarse la misma de supuestos meramente posibles pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, no pudiendo, de otra parte, condenarse al pago de indemnización, difiriendo para la ejecución de sentencia el hecho incierto de que los perjuicios lleguen a tener realidad, pues al condenar a eso hay que hacerlo sobre la base de su efectividad acreditada.

Hay que tener en cuenta, aunque no es un pronunciamiento de casación, que la Audiencia había sentado que el simple retraso producido en la entrega de los botellines (alguna partida de las que habían sido contratadas) había carecido de trascendencia al efecto de poder ser determinante de una tacha de incumplimiento que justificara la procedencia del resarcimiento de daños interesado.

PRESCRIPCION: EFECTO INTERRUPTIVO DE UNA DEMANDA A LA QUE NO SE ACOMPAÑA CERTIFICACION DEL ACTO DE CONCILIACION. LA OMISION DE MEDIDAS DE SEGURIDAD EN UNA OBRA POR PARTE DEL CONSTRUCTOR ASEGURADO NO ES CAUSA DE EXCLUSION DE LA COBERTURA DEL SEGURO (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—Se trataba de un contrato de seguro concertado por la actora, una sociedad de construcción, con la demandada, en su modalidad de responsabilidad civil. La asegurada notificó a la aseguradora la producción de un siniestro en el día primero de vigencia de la póliza en el que

resultaron muertas dos niñas. La aseguradora rehusó el siniestro, por lo que la actora le demandó para que se declarase que la demandada venía obligada a asumir su defensa y la de sus empleados, a constituir las fianzas exigidas en la causa penal que se había abierto y a pagar las indemnizaciones derivadas del accidente, solicitando además que se condenase a la interpelada a satisfacer las correspondientes sumas por indemnizaciones ya pagadas a los herederos de las víctimas por fianzas y por defensa de la propia demandada y de sus empleados.

La demandada solicitó la íntegra desestimación de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia estimó casi en su integridad dicha demanda.

La Audiencia confirmó la sentencia apelada.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Fernández Rodríguez.

Doctrina de la sentencia.—En primer lugar la recurrente alegó violación del artículo 1.973 del Código Civil, pues a su entender no se había interrumpido la prescripción por la presentación de la demanda por la actora, ya que con ella no se había acompañado certificación del acto de conciliación, lo que determinó que el Juzgado dictara una providencia ordenando la subsanación de tal requisito. El Tribunal Supremo declara que el Juzgado no declaró inadmitida la demanda (en cuyo caso tendría razón la demandante), sino que la admitió a trámite, con la sola supeditación a seguir su curso cuando fuere presentada la certificación citada.

En segundo lugar la aseguradora citaba una cláusula de la póliza por la que se excluía de la cobertura «la responsabilidad civil derivada de actos u omisiones intencionales, fraudulentos o criminales imputables a la entidad asegurada», lo que se ponía en conexión con dos reglamentos en que se establece la necesidad de que realizar las obras que dieron lugar al accidente había que adoptar determinadas precauciones que se demostró no habían sido tomadas. La Sala dice que esta alegación en manera alguna puede servir de excusa del cumplimiento de las obligaciones de la aseguradora, porque siendo la asegurada un ente jurídico, y como de tal índole, de característica impersonal en relación con la obra (pues no consta que esa obra fuese dispuesta en la forma en que lo ha sido por representante legal de la asegurada), no puede entenderse como un acto intencional de ésta.

RESPONSABILIDAD CIVIL: LA JURISDICCION ORDINARIA NO VIENE VINCULADA A LA LABORAL. LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL ES PERFECTAMENTE COMPATIBLE CON LA LABORAL. LA ADOPCION DE MEDIDAS REGLAMENTARIAS NO EXIME DE RESPONSABILIDAD (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—La actora, en su propio nombre y en el de su única hija, formuló demanda contra el titular de la explotación de una mina, su director técnico y un empleado de la misma, así como contra los tres pro-

pietarios de la mina en cuestión. Se trataba de una acción de responsabilidad civil por la muerte del marido de la actora cuando efectuaba trabajos en la explotación minera. Se reclamaba 1.500.000 pesetas en concepto de indemnización.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda.

La Audiencia estimó en parte la demanda, condenando al titular de la explotación y a su director técnico a abonar a la actora la suma de 750.000 pesetas solidariamente. Absolvió al trabajador demandado (que participaba en los trabajos con el fallecido) y a los dueños de la mina.

Interpuesto recurso de casación por los demandados condenados, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don José María Gómez de la Bárcena y López.

Doctrina de la sentencia.—Ante la alegación por parte de los recurrentes de que la Magistratura de Trabajo había declarado no haber existido en el caso de autos omisión de medidas de seguridad, el Supremo manifiesta que la jurisdicción ordinaria no viene vinculada a la laboral, siendo plenamente independiente para enjuiciar conductas cuando se accione al amparo de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, reguladores de la responsabilidad extracontractual, perfectamente compatible con la laboral, como la Sala tiene reiteradamente dicho.

El Supremo proclama una vez más la conocida doctrina de que cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para evitar y prevenir daños no han ofrecido resultado positivo, ello revela la insuficiencia de las mismas y que quedaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia.

ARBITRAJE DE EQUIDAD: CARACTERES. FUNCION DEL RECURSO DE NULIDAD (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1984).

Hecho.—Se trata en este caso de un recurso de nulidad contra laudo dictado en arbitraje de equidad en el que los comprometidos, dos hermanos, habían encomendado al árbitro una serie de decisiones sobre la liquidación de un proindiviso sobre determinados bienes existente entre aquéllos.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

Ponente: Don José Luis Albacar López.

Doctrina de la sentencia.—Se reitera en esta sentencia una conocida doctrina del Tribunal Supremo sobre los rasgos del arbitraje de equidad, con interesantes afirmaciones dogmáticas al respecto y recopilación de abundantes sentencias de la misma Sala. Se insiste en que el recurso de nulidad tiene por objeto dejar sin efecto lo que constituye exceso en el laudo pero no corregir sus deficiencias u omisiones.

En cuanto a la extralimitación del laudo, dice la Sala que «al igual que el Juez no está obligado a amoldarse rígida y literalmente a lo pedido, basta con que los árbitros guarden acatamiento a la sustancia de lo solicitado y a los hechos probados que sirvan de apoyo a la petición. para

juzgar de la congruencia del laudo dictado por amigables componedores deban tenerse en cuenta las cláusulas compromisorias, no aisladamente, sino el conjunto de todas en relación con los antecedentes que explican la finalidad que se persiguió en el convenio; y si bien tales amigables componedores no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están obligados a interpretarlos con demasiada restricción, apartándose de la misión amistosa y cordial confiada. ».

Creemos que es interesante hacer constar que en este caso se había encomendado al árbitro, entre otras, la resolución de «si debe o no cesar la indivisión existente sobre la finca rústica...» y como modos de cesar en indivisión «determinar cuál debe ser la línea divisoria entre las dos parcelas en que se divida». Y resulta que el árbitro había optado por adjudicar toda la finca a un hermano (en base al razonamiento de que ella era colindante con otra que ya pertenecía a dicho hermano, mientras que la adjudicada estaba separada por un camino de otra que era propiedad del otro hermano) con una compensación en metálico.

CONTRATO CELEBRADO POR CONSEJERO DELEGADO DE SOCIEDAD ANONIMA SIN FACULTADES PARA HACERLO: RATIFICACION POR PARTE DE LA SOCIEDAD. CUESTION NUEVA EN CASACION: NO PUEDE ADMITIRSE (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—«Iberia, Líneas Aéreas de España», S. A., entabló demanda contra «U. C.», S. A., en reclamación de cantidad, importe de tarjetas de crédito para la obtención de pasajes. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada y desestimó la demanda en todas sus partes.

Interpuesto por la actora recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don José Luis Albacar López.

Doctrina de la sentencia.—La Sala estima el recurso de casación, por no aplicación del artículo 24 de la Constitución, basándose en la doctrina de que es cuestión nueva a los efectos del recurso la que no ha sido suscitada ni discutida en ninguno de los cuatro escritos fundamentales del juicio: demanda, contestación, réplica y súplica. «Siendo las partes las que determinan las cuestiones sometidas a discusión, no puede variarse su contenido cuando sería imposible ofrecer alegaciones y pruebas para desvirtuarlas, lo que en principio podría ocasionar indefensión en la parte contraria. ».

Hay que tener presente que la demandada había solicitado la desestimación de la demanda en base a que el firmante del contrato no ostentaba poderes para obligar a la sociedad y a que la acción estaba prescrita, mientras que la Audiencia fundamenta la estimación del recurso de apelación en que, según los artículos 6.º y 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas, la demandada carecía de personalidad jurídica en el momento de la suscripción del contrato.

Es interesante la segunda sentencia, por la que el Supremo confirmó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda.

Se había alegado por la demandada que el firmante del contrato, un

Consejero-delegado de la sociedad, carecía de facultades para obligar a la entidad, pues de su escritura de constitución resultaba que las facultades concedidas a dicho señor debían ser ejercitadas mancomunadamente con otra persona.

La Sala declara válido el contrato en virtud de la doctrina de la ratificación, pues da por acreditado el hecho sentado por el Juzgado de que «la entidad citada ratificó el contrato celebrado por el citado Consejero-delegado».

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: EL CAMBIO DE ACTIVIDAD POR EL ARRENDATARIO NO ALTERA LA CALIFICACION JURIDICA DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—Los actores promovieron juicio especial de la Ley de Arrendamientos Urbanos solicitando se declarase extinguido por vencimiento del plazo de duración un arrendamiento de industria. El demandado sostuvo que se trataba de un arrendamiento de local de negocio.

El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado, estimando íntegramente la demanda.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Sánchez Jáuregui.

Doctrina de la sentencia.—La sentencia reitera la doctrina de la propia Sala de que el cambio de actividad por parte del arrendatario de industria o negocio no altera la inicial naturaleza del pacto locativo.

CONTRATO DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES: LA RESOLUCION DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL. REQUERIMIENTO HECHO SOLO AL MARIDO. EL PRETENDIDO ACTO DE DISPOSICION QUE ENTRAÑA CONTESTAR NEGATIVAMENTE AL REQUERIMIENTO Y LA FALTA DE CONSENTIMIENTO DE LA ESPOSA (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—Los actores entablaron demanda contra don R. S. E. y su esposa solicitando se declarase resuelto, por falta de pago del precio, el contrato de venta de una vivienda, con pérdida por los demandados de las cantidades entregadas por ellos.

El Juzgado estimó casi en su integridad la demanda, resolviendo el contrato y condenando a la pérdida por los demandados de 60.000 pesetas. La Audiencia confirmó íntegramente la sentencia del Juzgado.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por los demandados.

Ponente: Don José Beltrán de Heredia y Castaño.

Doctrina de la sentencia.—Esta sentencia tiene cierto interés, más que por lo que dice, por lo que no dice, esto es, por las deducciones a que puede conducir el análisis de lo que la Sala declara en relación con el concreto supuesto planteado.

Hay que tener en cuenta que los recurrentes alegaron en primer lugar que el requerimiento a que se refiere el artículo 1.504 se había practicado al marido, no a la mujer.

La Sala, a mayor abundamiento (pues el argumento central era que el piso había sido comprado por el marido cuando todavía era soltero), declara que «conviene no olvidar que también en aquel entonces legislativo estaban en vigor los artículos 59 y 1.412 del Código, según los que el marido era el administrador de la sociedad conyugal y de la de gananciales, siendo por tanto a él al único a quien podía requerirse...».

Puede deducirse que con el actual régimen legal de la sociedad de gananciales el requerimiento tendría que formularse a marido y mujer, salvo —entendemos— que formulado a uno de ellos se pudiese acreditar que el otro lo conoció.

Por otro lado, los recurrentes alegaban que la negativa del marido requerido a pagar el precio (respuesta al requerimiento) entrañaba un acto de disposición sobre inmueble, para el que no se había contado con el consentimiento de la esposa. Y ello, al amparo del artículo 1.413, párrafo primero, en su redacción anterior.

La Sala declara que consta en autos no sólo el conocimiento, sino también la conformidad de la mujer. Lo que motiva la desestimación de la alegación. Podríamos plantearnos, a la vista de este razonamiento y por el camino de la argumentación *a sensu contrario*, la pregunta de si, en efecto, un hipotético desconocimiento por parte de la esposa de la contestación dada por el marido al requerimiento del 1.504 del Código Civil constituye causa de impugnación por la esposa del «acto de disposición», consistente en dicha forma de contestar al requerimiento. Queda formulada la pregunta.

INTERPRETACION DEL CONTRATO: ALCANCE DE LOS ARTICULOS 1.282 Y 1.289, PARRAFO PRIMERO, DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—La sentencia recae en un recurso de casación por infracción de ley contra un laudo dictado en arbitraje de Derecho. La Sala declara no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la sentencia.—La sentencia proclama una doctrina conocida de la Sala en torno al artículo 1.282 diciendo que «en dicho precepto se contiene una norma de interpretación de los contratos que si bien no excluye tomar en consideración los actos anteriores de las partes, no impone su prevalencia sobre la conducta coetánea y posterior ni mucho menos sobre los textos convenidos...».

Sobre el párrafo primero del artículo 1.289, el Supremo declara que esta norma contempla situaciones contractuales particularmente dudosas, dictando una regla subsidiaria de interpretación, lo cual supone la previa existencia de aquellas dudas insuperables mediante los normales criterios legales establecidos, situación manifiestamente ajena al presente caso.

CONTRATO DE SEGURO INDIVIDUAL DE ACCIDENTES: DEBER DE NOTIFICACION DEL SINIESTRO DENTRO DEL PLAZO ESTABLECIDO EN LA POLIZA. NO CABE LA INVOCACION DE LA BUENA FE (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—El demandante había concertado con la compañía aseguradora demandada un seguro de accidentes de toda clase. El asegurado, vigente la póliza, había sufrido un golpe, del que derivó un desprendimiento de retina, del que fue operado dos veces sin éxito, resultando pérdida permanente de la visión. La aseguradora rechazó el siniestro alegando que la declaración del mismo había sido extemporánea y no admitiendo que el desprendimiento de retina fuese consecuencia de un traumatismo.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por el primero de los dos motivos citados. Apelada su sentencia, la Audiencia la confirmó, apoyándose en los dos motivos de oposición alegados por la compañía aseguradora.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don José Beltrán de Heredia Castaño.

Doctrina de la sentencia.—La Sala admite el error de la Audiencia en cuanto a la etiología del desprendimiento de retina, pero en definitiva viene a desestimar el recurso de casación porque considera que cuando el accidentado conoció el siniestro en toda su magnitud fue cuando después de la segunda operación se le dictaminó la pérdida total de visión, cosa que ocurrió el 3 de diciembre de 1976, mientras que el golpe del que derivó la pérdida de visión ocurrió el 20 de julio del mismo año y la comunicación a la compañía fue el 23 de mayo de 1977, es decir, cerca de cinco meses después de que el asegurado conociera el dictamen de pérdida de visión.

Dado que la póliza establecía que el siniestro debía serle comunicado en el plazo de cuarenta y ocho horas desde la producción del accidente o desde que se tuviese conocimiento del mismo, la Sala concluye que había habido extemporaneidad en la notificación «que imposibilita el ejercicio de la acción entablada».

Se considera improcedente la cita de los artículos 1.258 y 7.º, 1, del Código Civil, pues «la buena fe a que tan reiteradamente se alude, cuyo alcance es lógicamente interpretativo, no autoriza a la rectificación de los términos concretos del contrato, justo en beneficio del contratante que lo había incumplido».

REPRESENTACION: FALTA DE INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL DE LA DELEGACION DE FACULTADES POR LA QUE EL MANDATARIO DE LA SOCIEDAD ANONIMA OTORGO PODER EN FAVOR DE PROCURADORES (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—Una sociedad anónima entabló demanda contra varias personas físicas en reclamación de cantidad. Los demandados opusieron excepción de insuficiencia de poderes por no constar inscrita en el Registro Mercantil la delegación de facultades por la que el mandatario de la sociedad

demandante había otorgado el poder en favor de Procuradores utilizado para interponer la demanda.

El Juzgado desestimó la demanda al acoger la excepción de insuficiencia e ilegalidad del poder. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado estimando la demanda.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Fernández Rodríguez.

Doctrina de la sentencia.—La Sala estima los cuatro motivos en que se fundamenta el recurso de casación en base a que la Audiencia no había reconocido la veracidad de la alegación formulada en réplica por la actora, que consistía en que en otro pleito entre las mismas partes se había alegado también la misma excepción y la sociedad había probado la existencia de inscripción en el Registro Mercantil. El Tribunal Supremo —como decimos— considera que al no haberse probado en este segundo pleito lo que se dice ocurrió en otro anterior, esto es, la demostración de que el poder se hallaba inscrito, debe estimarse la excepción propuesta, y ello por faltar el requisito o solemnidad establecida en el artículo 21, apartado 6.º, del Código de Comercio, en el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas y en el 95 del Reglamento del Registro Mercantil.

En su segunda sentencia la Sala confirma la del Juzgado de Primera Instancia, con estimación de la excepción citada.

VENTA DE INMUEBLE POR EL MARIDO SIN EL CONSENTIMIENTO DE LA ESPOSA. ACCION DE ANULABILIDAD POR PARTE DE ESTA ULTIMA. PRUEBA DE UN CONTRATO MEDIANTE UNA FOTOCOPIA (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1984).

Hecho.—La esposa demandante entabló acción de anulabilidad de un contrato de venta de una finca efectuada por su marido en favor de una sociedad mercantil mediante documento privado y sin el consentimiento de la esposa actora. La acción se basaba en el artículo 1.413 del Código Civil, en su redacción anterior a 1981.

Se presentó como prueba de la existencia del contrato una fotocopia del mismo por hallarse su original en manos de tercera persona. Y durante el pleito, sin que se conozcan las circunstancias de lo ocurrido, desapareció dicho original. En segunda instancia se solicitó la prueba consistente en que el marido de la actora y quien firmó el contrato por parte de la sociedad compradora reconociesen la autenticidad del documento que en fotocopia se les presentaba, cosa que hicieron ambos.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

Doctrina de la sentencia.—El Supremo declara violado el artículo 1.225 del Código Civil, que concede valor y eficacia de escritura pública al documento privado al haber sido reconocido por las dos partes contratantes.

Respecto al hecho de que se tratase de fotocopia, la Sala atribuye a ésta el mismo valor que al original, una vez averada y reconocida, según dijo ya en la Sentencia de 30 de marzo de 1982.

En su segunda sentencia la Sala revoca la del Juzgado y estima la demanda al amparo del artículo 1.413 del Código Civil con los efectos del 1.303, esto es; el reintegro del bien indebidamente concedido al patrimonio ganancial.

INTERESES DEL ARTICULO 921 BIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: SOLO CABEN EN CASO DE CONDENA AL PAGO DE CANTIDAD LIQUIDA. SU IMPOSICION INDEBIDA NO PUEDE FUNDAMENTAR RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—La sociedad actora formuló demanda por la que solicitaba la resolución del contrato de venta de cierta maquinaria que había vendido a la entidad mercantil demandada por falta de pago del precio.

El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda, con imposición de las costas a la demanda.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la sentencia.—El recurso de casación, en lo que aquí interesa, se basaba en el hecho de que la Audiencia en su sentencia había condenado a la demandada al abono de intereses «a partir de esta sentencia», de acuerdo con el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Sala declara la imposibilidad de dar aplicación a dicho precepto por falta del presupuesto de su aplicabilidad: una resolución que condene al pago de cantidad líquida. Pero es precisamente por esa vacuidad del pronunciamiento condenatorio, sin gravamen para la demanda recurrente, por lo que no cabe estimar el recurso de casación. Se compara este pronunciamiento con los de reservas de acciones y otros de igual naturaleza que no contienen interés alguno que justifique el que la parte no perjudicada ni gravada acuda a los medios de impugnación y menos al extraordinario recurso de casación.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: NO CABE LA PRORROGA A EXCLUSIVA VOLUNTAD DEL ARRENDATARIO. TAMBIEN VULNERA EL ARTICULO 1.256 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—Los actores habían arrendado una finca a la sociedad demandada. Se trataba de un arrendamiento sometido al Código Civil. En una de sus cláusulas el contrato decía que la duración del arrendamiento era por treinta años, prorrogables a instancia del arrendatario, con la única variante como compensación de devaluación de moneda del incremento de la renta en un 50 por 100. Se solicitaba en la demanda, subsidiariamente, la declaración de nulidad de esta cláusula.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad de dicha cláusula. La Audiencia estimó el recurso de la demandada y desestimó el de los actores, desestimando la demanda en todas sus partes.

El Supremo declara haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Fernández Rodríguez.

Doctrina de la sentencia.—La Sala declara que el arrendamiento es incompatible con la intemporalidad, por lo que es ineficaz la cláusula que al término de los treinta años fijado como de duración se confiere a la exclusiva voluntad del arrendatario la posibilidad de prórroga, pues ello significa una manifestación de duración indefinida inoperante en el arrendamiento.

A la misma doctrina se llega por aplicación del artículo 1.256 del Código Civil, que veda que el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de uno de los contratantes.

En su segunda instancia el Supremo declara parcialmente nula la cláusula cuestionada, pronunciando que se considera como no incongruente al concederse menos que lo pedido (se había solicitado la declaración de nulidad de toda la cláusula) según reiterada doctrina jurisprudencial.

RESOLUCION CONTRACTUAL DE LOS ARTICULOS 1.124 Y 1.504 DEL CODIGO CIVIL: CONDICIONES DE EJERCICIO (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—La actora entabló acción contra el matrimonio demandado solicitando la declaración de resolución del contrato de compraventa de una vivienda otorgado por aquélla en favor de los últimos por falta de pago del precio.

El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia revocó esta sentencia desestimando íntegramente la demanda.

El Supremo declara no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

Doctrina de la sentencia.—La Sala reitera conocida doctrina jurisprudencial sobre el carácter complementario de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil en el sentido de que la regla general del primero para toda clase de obligaciones recíprocas no obsta al desarrollo específico y concreto del 1.504 para el caso de compraventa de inmuebles. Para la operatividad del 1.504 es preciso el cumplimiento de sus obligaciones por parte de quien lo insta, así como el incumplimiento de las suyas por parte del requerido, un incumplimiento que suponga un auténtico proceder contrario al fin normal del contrato.

La Sala considera que no cabe esta resolución en el caso de autos porque la vendedora no había puesto su voluntad al servicio del pacto al no haber otorgado —como se obligó— escritura de hipoteca sobre la vivienda, hipoteca que tenía como finalidad obtener una mayor cantidad para el pago del precio y en la que, según lo pactado, luego se subrogarían los compradores.

PRESCRIPCION: APLICACION DEL ARTICULO 1.966 DEL CODIGO CIVIL. INICIO DEL COMPUTO DEL PLAZO. APLICACION EN EL TIEMPO DEL ARTICULO 1.921 BIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—No precisan detallarse. El Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

Ponente: Don José María Gómez de la Bárcena y López.

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.966 del Código Civil no es de aplicación al caso en que no se trata de hacer efectivo el importe independiente de pagos realizables por anualidades o plazos más cortos, sino de la reclamación de su total importe, cuya prescripción regula el artículo 1.964.

La raíz del inicio del término prescriptivo ha de contarse desde el día en que la acción pudo ejercitarse, conforme establece el artículo 1.969 del Código Civil. Por ello, cuando se reclama el pago de una suma satisfecha por cuenta de otro, el inicio del plazo arranca cuando el pago se hizo efectivamente. En el caso de autos el plazo prescriptivo estaba vivo cuando se presentó la demanda.

Sobre el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil la Sala declara que la vigencia en el tiempo de dicho precepto comprende, de una parte, todas las resoluciones de fecha posterior al 30 de enero de 1981, con abstracción de la fecha de inicio de las actuaciones, y otra también las dictadas hasta el 31 de enero de 1981 inclusive, si bien no habrá, conforme al nuevo artículo, intereses anteriores al momento de la vigencia, siendo dicho precepto aplicable de oficio según doctrina de la Sala.

HONORARIOS DE LETRADO Y PROCURADOR DEVENGADOS EN UNA SUSPENSION DE PAGOS. NO SON «GASTO DE JUSTICIA» EN LA QUIEBRA POSTERIOR (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—Los actores, un Letrado y un Procurador de los Tribunales, que habían actuado profesionalmente en la suspensión de pagos de un matrimonio comerciante, suspensión sobreseída por imposibilidad de constitución de la junta de acreedores, entablaron demanda contra la sindicatura de la quiebra posterior de dicho matrimonio y contra un Ayuntamiento solicitando básicamente que se declarase que aquellos honorarios devengados en la suspensión son «gastos de justicia» en la quiebra y por tanto los actores tienen derecho al cobro de las cantidades correspondientes con anterioridad y preferencia a la distribución de cualquier dividendo entre los acreedores de los comerciantes quebrados, sin tener que someterse a la junta de graduación de créditos de la quiebra.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don José Beltrán de Heredia y Castaño.

Doctrina de la sentencia.—La Sala, basándose en que la suspensión de pagos y la quiebra son procedimientos autónomos e independientes, entiende que si la suspensión fue sobreseída y declarada conclusa, los gastos en ella ocasionados entran dentro de la conclusión legal consiguiente a la del expediente en que se originaron, sin posibilidad de ser planteados en el modo pretendido en el posterior procedimiento de quiebra, al que son ajenos por completo.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO O EJECUCION DE OBRA. LA PRUEBA DE LOS DEFECTOS EN LA EJECUCION. AMPLIACION DEL PLAZO POR INTRODUCCION DE MODIFICACIONES EN EL ENCARGO (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—Se trataba de una reclamación interpuesta por el comitente contra el contratista en un contrato de obra cuyo objeto era la fabricación de troqueles.

El Supremo declara no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

Doctrina de la sentencia.—La prueba de los vicios o defectos en la ejecución es carga procesal del comitente en el contrato de obra.

No puede estimarse retraso constitutivo de incumplimiento por parte del contratista si hubo un acuerdo de las partes para introducir modificaciones en el segundo pedido y para corregir deficiencias, causa de que el plazo de entrega pactado en principio se retrasara varios meses.

RENUNCIA DE DERECHOS: HA DE SER EXPLICITA, TERMINANTE Y CLARA (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—Se trataba de un contrato de permuta, en el que una de las partes se había obligado a entregar a la otra un departamento de determinada medida. La Audiencia condenó al demandado a realizar a su costa en el departamento citado, y a expensas del local contiguo de la misma planta, las obras necesarias para dotar al primero de la superficie útil prometida.

El Supremo declara no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Fernández Rodríguez.

Doctrina de la sentencia.—La única de cierta relevancia es la que declara que «la renuncia de derechos ha de ser explícita, clara y terminante, sin que quepa deducirla de expresiones de dudosa significación» (Sentencias de 17 de noviembre de 1931, 30 de marzo de 1953, 7 de diciembre de 1963 y 30 de junio de 1965). La declaración viene a cuento porque el recurrente se apoyaba en el contenido de una escritura (de la misma fecha que la de permuta) en la que se decía que «las partes comparecientes se prometen mu-

tua y recíprocamente nada pedirse ni reclamarse, por ningún concepto que se base en escritura de permuta autorizada por el infrascrito Notario el día de hoy, por estar entre ambos saldadas y finiquitadas las cuentas y declarar recíprocamente suficientemente cumplidas las obligaciones adquiridas por cada una de las partes». La Sala entiende que esta manifestación no puede interpretarse como renuncia a la superficie menor del departamento por parte de quien había de adquirirlo a causa de la permuta.

CONTRATO DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES OTORGADO POR EL MARIDO SIN EL CONSENTIMIENTO DE LA ESPOSA: ANULABILIDAD. CARACTER DE LAS ARRAS Y FUNCION PENITENCIAL DE LAS MISMAS (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—El actor formuló demanda por la que solicitaba se condenase al demandado a reembolsarle las 500.000 pesetas entregadas por el primero al segundo en concepto de señal por la compra de dos viviendas en virtud de promesa de venta habida entre las partes.

El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado, absolviendo al demandado.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Jaime Santos Briz.

Doctrina de la sentencia.—La Audiencia había desestimado la demanda por considerar probado que el actor había desistido de la compraventa.

Entre los numerosos motivos de recurso el actor alegó que el vendedor, de estado casado, no había contado con el consentimiento de su esposa, de donde deducía la nulidad del contrato. La Sala declara en contra que, como es comúnmente admitido, la venta de bienes inmuebles realizada por el marido sin el consentimiento *uxoris* no es nula de pleno derecho, sino simplemente anulable a instancia sólo de la esposa o de sus herederos.

La apreciación de que existen en el contrato arras penitenciales corresponde a la Sala de Instancia.

La mediación de arras o señal en el contrato, en defecto de otra voluntad claramente manifestada, confiere, según el artículo 1.454, facultad a ambas partes para rescindir el contrato, allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas.

Como declaró la sentencia de esta Sala de 20 de mayo de 1967, cuando la expresión de la voluntad no aparece clara, ya sea por parquedad o confusión, ha de ser objeto de interpretación conforme a las reglas generales, y cuando, en definitiva, de dicha interpretación se pueda deducir solamente la voluntad inequívoca de los contratantes de que medien arras en el contrato, sin especificar más consecuencias, procederá la aplicación en forma supletoria del único precepto legal que bajo ese nombre regula la institución (se refiere la Sala al art. 1.454 del Código Civil).

ARRENDAMIENTO DE «BUNGALOWS»: NO EXISTE INCONGRUENCIA. LEGITIMACION DE UN COMUNERO PARA COMPARECER EN JUICIO EN ASUNTOS QUE AFECTEN A LOS DERECHOS DE LA COMUNIDAD: CUESTION NUEVA (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—El Presidente de una comunidad de propietarios de una urbanización turística, actuando en tal concepto, entabló demanda contra la sociedad limitada T. A. en reclamación de una cantidad como indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento por parte de la demandada de un contrato de arrendamiento de «bungalows» (arrendamiento turístico dice la sentencia del Supremo) en el que la demandada era arrendataria.

En primera instancia la demandada permaneció en rebeldía y se dictó sentencia estimatoria de la demanda. Personada la demandada ante la Audiencia, ésta dictó sentencia por la que estimó el recurso, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda por considerar que existía falta de legitimación activa, pues de la valoración conjunta de la prueba dedujo que el arrendamiento había sido concertado, como parte arrendadora, no por la comunidad de propietarios de la urbanización, sino por una llamada «comunidad de explotación de 'bungalows' La Marina», integrada, no por todos, sino por un grupo de los comuneros de dicha urbanización.

Interpuesto recurso de casación, el Supremo declaró no haber lugar al mismo.

Ponente: Don José María Gómez de la Bárcena y López.

Doctrina de la sentencia.—Los recurrentes alegaron incongruencia, pero la Sala rechaza el motivo no sólo por la doctrina de la Sala, que establece que no se da tal incongruencia, en términos generales, en las sentencias absolutorias (12 de julio y 29 de septiembre de 1983 y 1 de marzo de 1984), sino primordialmente porque la demandada, al evacuar el traslado de instrucción en la alzada, reiteradamente insiste en que la comunidad actora no está legitimada para el ejercicio de la acción pretendida, siendo así que la que lo podría estar sería la «comunidad de explotación» si estuviere constituida o bien todos y cada uno de los propietarios de los «bungalows» arrendados.

En otro motivo los recurrentes invocaron la doctrina jurisprudencial, que proclama que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad tanto para ejercitarlos como para defenderlos. La Sala rechaza el motivo, en primer lugar, porque su planteamiento entraña el de una cuestión nueva, no sometida a enjuiciamiento en la instancia, lo que le hace incidir en la causa de inadmisión quinta del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en este trámite deviene en causa de desestimación. Y en segundo término, porque considera que entre la comunidad de propietarios accionante y la «comunidad de explotación» existe independencia, habiendo entre ellas intereses contradictorios.

CONDICIONES PARA LA APLICACION DEL ARTICULO 1.502 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—Los actores habían vendido a los demandados una finca, percibiendo parte del precio. Formularon demanda en reclamación del precio restante, así como del pago de intereses y de impuestos satisfechos por cuenta de los compradores desde que se produjo la entrega. Los demandados alegaron que la finca vendida no se hallaba inscrita en el Registro de la Propiedad y que el retraso producido en su inmatriculación les había causado perjuicios (que no concretaron). Solicitaron la desestimación de la demanda únicamente.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia confirmó el fallo del Juzgado.

Interpuesto recurso de casación, el Supremo declaró no haber lugar al mismo.

Ponente: Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Doctrina de la sentencia.—Ante la alegación por los recurrentes del artículo 1.502 del Código Civil, el Supremo declara: 1) Que para la interpretación de dicho precepto ha de tenerse en cuenta lo fundado del temor que la posibilidad del ejercicio de una acción reivindicatoria puede causar en el comprador, aspecto este que corresponde valorar con muy amplias facultades a los Tribunales de Instancia y únicamente cuando tal juicio resulte manifiestamente equivocado o fuera de los límites de la ponderación y buen hacer jurídicos dicha estimación podrá ser alterada en casación. 2) La doctrina de la Sala tiene declarado, con relación al artículo 1.502 del Código Civil, que es inaplicable su contenido cuando el comprador tuvo conocimiento de las causas al celebrar el contrato (15 de febrero de 1958 y 8 de mayo de 1965) y que tampoco se puede aplicar por el mero hecho de no estar la finca inscrita a nombre del vendedor en el Registro de la Propiedad (11 de octubre de 1974). Hay que tener en cuenta que la Sala estima probado que en el caso de autos los compradores conocían la no inscripción de la finca, como lo acredita la circunstancia de haberse iniciado a su nombre expediente de dominio para la inmatriculación.

LA SOCIEDAD ANONIMA NO QUEDA CONTRACTUALMENTE VINCULADA POR LA ENTREGA DE TALONES EN QUE SE HABIA FALSIFICADO LA FIRMA DE UN APODERADO. DIFERENCIA ENTRE INTERESES PACTADOS E INTERESES MORATORIOS (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—Los demandados entablaron demanda contra «E. E.», S. A., en reclamación de cantidad. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Apelada su sentencia, la Audiencia la revocó parcialmente en el sentido de establecer que los intereses a abonar por la demandada no habían de ser del 16 por 100, sino el legal del dinero.

Demandantes y demandada interpusieron recurso de casación, que el Supremo declara no haber lugar en ninguno de los dos casos.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la sentencia.—La sociedad demandada no queda contractualmente vinculada con los actores si los talones entregados por el órgano gestor de la demandada estaban falsificados, sin perjuicio de la responsabilidad civil, directa o subsidiaria, que según el régimen de las de esa naturaleza nacidas *ex delicto* pueda alcanzarla dentro de la causa penal.

Este pronunciamiento, interesante, viene a cuento porque en el caso de autos se trataba de un préstamo de los demandantes a la sociedad demandada. Esta, por medio de dos Apoderados —que según el Registro Mercantil habían de operar mancomunadamente—, entregó a los demandantes varios talones, unos por importe del principal del préstamo y otros por otra cifra, que los demandantes interpretaban como importe de los intereses: Habiéndose descubierto que una de las firmas estaba falsificada por el otro Apoderado que también firmaba, el Tribunal Supremo declara que la sociedad no se halla vinculada por el pacto de intereses que los demandantes trataban de deducir de la expedición de dichos talones que excedían del principal del préstamo. El Tribunal Supremo se cuida de dejar a salvo la posible responsabilidad de la empresa, directa o subsidiaria, por causa de un daño *ex delicto*, es decir, sustanciado en la acción penal o —hay que suponerlo— en una eventual acción civil derivada de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil.

La sentencia declara también la improcedencia de la alegación por los demandantes —en casación— del artículo 1.108 del Código Civil, manifestando que dicho precepto se refiere a los intereses moratorios y no a los convenidos para el tiempo de duración del mutuo y a los que se aplican los artículos 1.755 del Código Civil y 314 del de Comercio, debiendo distinguirse entre unos y otros intereses, aunque tanto los pactados como los moratorios se muevan sobre la línea económica de valorar o bien la disponibilidad de dinero obtenida por el prestatario durante el tiempo fijado (los contractuales) o la privación sufrida por el acreedor (los moratorios), por cuanto los cometidos son jurídicos diferenciables al ser los pactados la remuneración o precio del dinero, mientras que a los moratorios los singulariza su finalidad indemnizatoria por el incumplimiento de la obligación.

CESION DE CREDITO DERIVADO DE UN CONTRATO: NO ES CESIÓN DE CONTRATO Y POR TANTO NO REQUIERE EL CONSENTIMIENTO DE LA OTRA PARTE CONTRATANTE (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—«R. N.», S. A., entabló demanda contra «O. C. P.», S. A., solicitando se declarase la resolución del contrato de compraventa de varias fincas vendidas por la actora a la demandada, con cancelación de las inscripciones registrales practicadas a favor de esta última.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, y en su segunda sentencia declaró resuelto el contrato en cuestión, con cancelación de las inscripciones registrales.

Ponente: Don José María Gómez de la Bárcena y López.

Doctrina de la sentencia.—Para comprender la interesante doctrina del Tribunal Supremo en esta sentencia es menester tener en cuenta que las

fincas habían sido vendidas a la demandada por la entidad «P.», S. A., el 3 de agosto de 1967. Por escritura de 19 de noviembre de 1979 la vendedora cedió a la sociedad actora el crédito constituido por el precio más los intereses devengados, así como cuantos derechos y acciones se deriven a favor de la vendedora (cedente) por consecuencia de la venta de las citadas fincas. Así las cosas, la actora (cesionaria en la citada escritura de 19 de noviembre de 1979) formuló la demanda al amparo del artículo 1.504 del Código Civil al haber superado con exceso el plazo establecido para el pago del precio.

El Juzgado y la Audiencia fundamentaron la desestimación de la demanda en el razonamiento de que la cesión operada en la citada escritura de 1979 entrañaba un supuesto claro de cesión de contrato. Y dado que no había habido prestación del consentimiento para esta cesión de contrato por parte del contratante «cedido» (la sociedad demandada), que se estimaba necesaria para la validez de la cesión, no procedía estimar la demanda por falta de legitimación de la actora.

El Tribunal Supremo, tras exponer un resumen doctrinal sobre la figura de la cesión de contrato (no regulada por el Código Civil pero sí configurada por la jurisprudencia), declara que en el caso de autos la parte cedente había cumplido sus obligaciones contractuales (la entrega de las fincas), por lo que había desaparecido el carácter sinalagmático del contrato primitivo, lo que supone que sólo se había cedido por «P.», S. A., a la actora la posición acreedora del contratante vendedor, para lo que no se exige la prestación del consentimiento por parte del cedido (la sociedad demandada), que sólo permanece en el contrato como deudor. Por tanto, únicamente subsiste la obligación del deudor cedido (la del pago del precio), supuesto en que la cesión puede hacerse válidamente sin conocimiento del deudor y aun contra su voluntad. El Tribunal Supremo considera ilógica la conclusión de la sentencia impugnada en el sentido de que la cesión lo fue del contrato en su integridad, entendiendo que se trataba sólo de una cesión de crédito (en la que no se precisa el consentimiento del deudor).

DAÑOS CAUSADOS POR ACTUACIONES JUDICIALES. INCUMPLIMIENTO POR DOLO E INDEMNIZACION DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS A TENOR DEL ARTICULO 1.107 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—Los actores habían arrendado a los demandados una industria hostelera llamada «Pensión M.». Próximo el vencimiento del contrato, los arrendadores requirieron notarialmente a los arrendatarios para que desalojasen la industria. Estos se negaron a hacerlo y por ello se dio lugar a una demanda de desahucio que tras las sucesivas instancias se resolvió a favor de los arrendadores. Resultó que los arrendatarios permanecieron con exceso en el negocio desde el 27 de agosto de 1977, fecha de terminación del contrato, hasta el 26 de febrero de 1980, en que entregaron la industria. Los actores reclamaban 2.500.000 pesetas o la suma que el Juzgado señalase como resultado de la prueba por razón de enriquecimiento torticero. Los demandados se opusieron negando su condición de poseedores de mala fe, pues al oponerse al desahucio se limitaron a ejercitar un derecho.

El Juzgado condenó a los demandados a satisfacer la suma de 456.000

pesetas, importe de las rentas devengadas desde la fecha de terminación del contrato hasta la del desalojo.

Apelada la sentencia por los actores, la Audiencia la revocó parcialmente, condenando a los demandados a abonar la cantidad de 1.368.000 pesetas en concepto de daños y perjuicios por el incumplimiento contractual de no entregar la industria arrendada a su terminación (la del arrendamiento).

Los demandados interpusieron recurso de casación, declarando el Tribunal Supremo no haber lugar al mismo.

Ponente: Don Jaime de Castro García.

Doctrina de la sentencia.—Aunque no de una manera directa, se plantea en este caso un ejemplo de daños causados por actuaciones judiciales, pues los actores reclamaban daños producidos por el retraso en la entrega del establecimiento hostelero arrendado, mientras que los demandados alegaban que el retraso había sido consecuencia de la duración del juicio de desahucio promovido por aquéllos y en el que los propios demandados (arrendatarios) se habían limitado a ejercitar el derecho de agotar las sucesivas instancias judiciales.

En el considerando de más interés el Tribunal Supremo dice que el haberse negado categóricamente los demandados a la devolución de la industria arrendada, una vez cumplido el término estipulado de diez años, infringiendo manifiestamente la obligación que les venía impuesta por los artículos 1.543 y 1.561 del Código Civil, constituye un claro incumplimiento de aquélla, sancionable con el resarcimiento de los daños y perjuicios, que no puede ser impedido por la circunstancia de haber utilizado medios procesales con sucesivas instancias, cuya falta de «razón derecha» ha sido acusada por el organismo jurisdiccional (el recurso de apelación contra la sentencia de desahucio fue calificado de «recurso tan infundado» por la sentencia de la Sala).

Es también digno de mención el hecho de que el Supremo estima que en este caso se trataba de un incumplimiento por dolo, «existente cuando la transgresión se produjo voluntariamente y por tanto con plena conciencia de la antijuridicidad del acto», por lo que el *quantum* del resarcimiento es pleno o integral, conforme a lo ordenado por el artículo 1.107 del Código Civil.

Hay que tener en cuenta que el precio del arrendamiento había sido de 500 pesetas diarias y que la sentencia de la Audiencia Territorial señaló como evaluación de los daños ocasionados por el retraso en la devolución de la industria arrendada la suma de 1.500 pesetas por día.

RECURSO DE REVISION: NO EXISTEN MAQUINACIONES FRAUDULENTAS PARA GANAR SENTENCIA. ACTOS REALIZADOS POR EL EMPLEADO DE UNA SOCIEDAD ANONIMA (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—Se trataba en este caso de un recurso de revisión contra la sentencia dictada en un juicio de cognición. En dicho juicio la actora, «C. V.», S. A., entabló demanda contra doña C. A. S. y contra «V. I.», S. A., en reclamación de cierta cantidad, resto pendiente de pago del precio de un «contrato de financiación de viajes». Doña C. A. S. era la deudora principal

y «V. I.», S. A., había sido avalista de letras de cambio aceptadas por aquélla (si bien el juicio no es ejecutivo en este caso, sino, como queda dicho, de cognición). El hecho es que la demanda se había entablado señalando como domicilio de la sociedad demandada el de una oficina en las islas Canarias, firmando la diligencia de notificación el empleado de la sociedad, que a la vez había sido quien suscribió el contrato, del que resultaba la obligación como avalista de «V. I.», S. A.

Celebrado el juicio en rebeldía de la empresa demandada, se dictó sentencia por la que se estimaba la demanda, condenándose a las dos demandadas al pago de lo reclamado.

La demandada «V. I.», S. A., entabló recurso de revisión al estimar que la sentencia se había ganado merced a las maquinaciones fraudulentas de la sociedad actora (art. 1.796, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), al ocultar ésta la existencia del juicio por dar un domicilio que no era el legal (hay que precisar que, en efecto, el domicilio legal de la demandada promotora del recurso de revisión era Madrid).

Doctrina de la sentencia.—En cuanto a la razón alegada para fundamentar la revisión, la Sala manifiesta que no ha quedado acreditado que la actora realizara maniobra fraudulenta alguna y sí, por el contrario, que su quehacer procesal se acomodó tanto a los cánones de la práctica jurídica como de la normativa procesal. Y ello porque los avales de las letras aparecen firmados por un «empleado» de la entidad que interesa la revisión, quien trabaja en la oficina de Canarias antes mencionada. No entramos en el aspecto procesal de este problema, sin duda interesante, que acaso pueda resolverse mediante el argumento de que de hecho el citado empleado firmó la cédula de emplazamiento.

Más interesante para nosotros es el otro problema, el de fondo, consistente en determinar si obliga a una sociedad el «empleado» (esta es la palabra que emplea la sentencia) que firma un contrato por ella. Hay que recurrir a la doctrina de los auxiliares del comerciante, y en concreto, puesto que en este caso parece que no pueda hablarse propiamente de un «factor», a la figura del «factor notorio». Es lástima que la sentencia sea tan parca en este punto, limitándose a decir que «no puede exigirse a 'C. V.', Sociedad Anónima, investigue sobre si dicho empleado tenía o no poderes para ello, prueba que en todo caso correspondería a 'V. I.', S. A.» (sic). No cabe desconocer, desde luego, la protección que merecen la apariencia y la confianza en el tráfico mercantil, pero cuando menos nos parece dudoso que pueda generalizarse la doctrina de esta sentencia en tanto en cuanto se halla en juego otro interés importante, que es el de la sociedad en cuyo nombre se actúa, y, naturalmente, en conjunto de reglas jurídicas que determinan la capacidad para obligar a una persona jurídica, sea o no comerciante.

CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONDUCCION DE VEHICULO. NO RESPONDE LA COMPANIA ASEGURADORA CUANDO LA MOTOCICLETA ERA CONDUCTIDA POR PERSONA CARENTE DE PERMISO SI TAL SUPUESTO FUE EXCLUIDO EN LA POLIZA (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1984).

Hechos.—El demandante había sido atropellado por una motocicleta conducida por un súbdito portugués que carecía de permiso para conducir. El actor entabló demanda contra el citado conductor, contra el dueño de la motocicleta (también portugués) y contra la compañía aseguradora con la que este último había concertado contrato de seguro de responsabilidad civil, que cubría ilimitadamente las responsabilidades del asegurado.

Se reclamaba la suma de 1.108.984 pesetas más los intereses legales, solicitándose condena solidaria. El conductor y el dueño de la motocicleta permanecieron en rebeldía.

Habiéndose personado y opuesto a la demanda la compañía aseguradora, el Juzgado dictó sentencia por la que condenó a los demandados a que solidariamente pagasen al actor la suma de 1.108.984 pesetas más sus intereses legales.

Recurrida la sentencia por la sociedad demandada, el demandante se adhirió al recurso, dictándose por la Audiencia Territorial resolución que, desestimando la apelación de la aseguradora y estimando la adhesión al recurso del actor, revocó el fallo apelado en el sentido de condenar directamente a la aseguradora a que abonase al demandante la suma de 150.000 pesetas e igualmente a dicha aseguradora, solidariamente con los demandados rebeldes, a que le abonasen la cantidad de 958.984 pesetas.

La compañía aseguradora interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo.

Ponente: Don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la sentencia.—La aseguradora demandada alegó que el artículo 13, e), del Condicionado General del contrato de seguro concertado con el dueño de la motocicleta excluía de la cobertura de la póliza los riesgos producidos con ocasión de ser conducido el vehículo asegurado por persona carente del correspondiente permiso.

El Tribunal Supremo declara que a ello no se puede oponer ni la autorización de uso por parte del asegurado ni el conocimiento que éste tuviese de la carencia de dicho permiso por la persona a la que autorizó para utilizar la motocicleta en cuestión, puesto que aunque el seguro de responsabilidad civil sea un contrato de naturaleza especial, en favor de tercero, que crea una situación de solidaridad pasiva —asegurado y asegurador— frente a la víctima, que aparece dotada de acción directa frente a la compañía aseguradora, es inocultable que toda la relación de que aquella situación y esta potestad emana tiene su fundamento y su límite en el contrato mismo, cuyo contenido, si de una parte es fuente del derecho del asegurado y del tercero frente al asegurador, de otra permite a éste hacer valer entre ambos aquel contenido limitador, del que en el presente caso resulta inequívocamente que la responsabilidad es que el asegurado incurrió autorizando a otro, aunque fuese con manifiesta imprudencia, el uso del vehículo causante de los daños no es trasladable a la entidad aseguradora.

En consecuencia, en su segunda sentencia el Tribunal Supremo revocó la del Juzgado de Primera Instancia y condenó a la aseguradora a que abonase al actor la suma de 150.000 pesetas y a los demandados rebeldes a que pagasen al demandante, solidariamente, la cantidad de 958.984 pesetas.

COMPRAVENTA DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL: INCURRE EN INCUMPLIMIENTO EL PROMOTOR-VENDEDOR QUE SE NIEGA A LA ENTREGA DE LAS VIVIENDAS VENDIDAS MIENTRAS NO SE LE PAGUE UN PRECIO QUE LUEGO RESULTA SER SUPERIOR AL LEGAL (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1984).

Hechos.—Los actores establecieron demanda contra un promotor de viviendas de protección oficial solicitando que se declarase la validez de los contratos de compraventa de dichas viviendas, a cuyo efecto los demandantes señalaban sus correspondientes precios, por la que se condenase al demandado a otorgar escritura de dichas compraventas y, en fin, por la que se le condenase también a satisfacer a los actores una indemnización por los perjuicios sufridos a causa de la privación de las viviendas en cuestión. Se opuso el demandado, que formuló reconvencción, por la que solicitaba que se declarase la resolución de ambas ventas, con indemnización de daños.

El Juzgado desestimó la reconvencción y estimó parcialmente la demanda, estableciendo para las viviendas unos determinados precios.

La parte demandante interpuso recurso de apelación y la Audiencia revocó la sentencia del Juzgado, declarando, como éste, que procedía el otorgamiento de las escrituras de venta, pero estableciendo para las viviendas vendidas un precio inferior al señalado por el Juzgado.

El demandado interpuso recurso de casación y el Supremo declaró no haber lugar al mismo.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la sentencia.—Incurre en incumplimiento el promotor-venedor que se niega a la entrega de las viviendas vendidas mientras no se le abonase el precio fijado en la cédula de calificación definitiva, sin tener en cuenta que en la propia cédula se decía que los precios en ella consignados no eran de aplicación a las viviendas enajenadas antes de la publicación de la Orden de 6 de febrero de 1977.

VENTA CELEBRADA POR EL MARIDO SIN CONSENTIMIENTO UXORIO. NATURALEZA DE LA ACCION EJERCITADA POR LA ESPOSA. REQUISITOS DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1984).

Hechos.—Doña D. P. A. entabló demanda contra su esposo don A. S. G. y contra el matrimonio formado por don J. C. G. y doña E. C. S. solicitando se declarase nula la venta que el referido esposo había celebrado con el matrimonio demandado, venta que tenía por objeto una vivienda propiedad de la actora y de su marido. La demandante, que vivía con una hija en Francia, alegó que su esposo, simulando no conocer su paradero, había

promovido un expediente de jurisdicción voluntaria para que se le autorizase a celebrar la venta en cuestión.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Aplada la sentencia por la actora, la Audiencia dictó otra por la que revocando la recurrida estimó la demanda y declaró nula la venta por falta de consentimiento uxorio.

Interpuesto recurso de casación por el matrimonio comprador, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

Ponente: Don José María Gómez de la Bárcena López.

Doctrina de la sentencia.—La Sala parte de la aceptación del criterio de la Audiencia —no combatido eficazmente en casación— de que el marido conocía el domicilio de la esposa al solicitar la autorización judicial de la venta.

El Supremo se plantea colateralmente la cuestión relativa a la calificación del acto dispositivo del marido sin consentimiento uxorio, cuestión que se dice no encuentra solución unánime en la doctrina, dudas que subsistieron en el campo de la jurisprudencia, pues hubo sentencias que calificaron la acción a ejercitar como de ineficacia, otras de nulidad absoluta y por último las más recientes de anulabilidad.

Añade la Sala que la apreciación de la existencia de consentimiento uxorio y de su posible secuela fraudulenta es un elemento de hecho sometido a la exclusiva soberanía de los Tribunales de Instancia y no revisable en casación más que por la vía del error de hecho o de Derecho.

Desde el punto de vista procesal, dice el Supremo que la congruencia no exige una acomodación literal y rígida a lo suplicado por las partes, sino una adecuación racional, y por ello, siempre que se preste el debido respeto al componente fáctico de la acción ejercitada, es dable al Juzgador establecer su juicio valorativo y crítico de la forma que estime más conveniente, incluso extendiendo el tema planteado a sus lógicas y necesarias consideraciones, así como a las que lo complementen y precisen.

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS: CORRESPONDE A LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1984).

Hechos.—El Cabildo Insular de Tenerife entabló demanda contra la Empresa Nacional de Turismo (ENTURSA) reclamando el pago de las rentas por el arrendamiento de un hotel, ascendentes a 51.359.597 pesetas. La demandada solicitó se desestimase la demanda alegando que de acuerdo con el contrato la arrendadora se obligaba a ejecutar en el hotel ciertas obras de reforma y mejoras. Y además reconvino solicitando se declarase que el Cabildo estaba obligado a ejecutar tales obras, y que de acuerdo con el contrato la renta se devengaría a partir del momento en que dichas obras se hubiesen realizado.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda y estimó, también íntegramente, la reconvencción.

La Audiencia revocó parcialmente la sentencia del Juzgado estimando la demanda y también la reconvencción.

ENTURSA interpuso recurso de casación, declarando el Tribunal Supremo no haber lugar al mismo.

Ponente: Don José María Gómez de la Bárcena y López.

Doctrina de la sentencia.—La Sala reitera la doctrina de que la labor de interpretación de los contratos concierne y viene atribuida privativamente a los Tribunales de Instancia, de modo que la interpretación verificada por el Tribunal *a quo* habrá de ser mantenida mientras se acomode a los límites de lo racional y lo lógico, incluso en aquellos supuestos en que pueda caber alguna duda de su exactitud rigurosa.

Hay que tener presente que la Sala de la Audiencia había interpretado que la ejecución de las mentadas obras de reforma y mejoras eran requisito para la aplicación de ciertas cláusulas sobre mínimos en la participación (suponemos que de los ingresos) en que consiste la renta, pero no condición para el devengo de la misma.

La sentencia no contiene ninguna otra doctrina relevante.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: NO ES APLICABLE EL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL. NO PROCEDE LA CASACION DE LA SENTENCIA CUANDO POR OTRA VIA HUBIERA DE LLEGARSE A RESULTADO DESESTIMATORIO. CUANDO EXISTE PLURALIDAD DE SUJETOS AGENTES DEL DAÑO, EL PERJUDICADO PUEDE DIRIGIR SU ACCION CONTRA CUALQUIERA DE ELLOS (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1984).

Hechos.—Los dos actores, propietarios de una bodega, demandaron a una empresa de construcción, por vía de responsabilidad civil, en razón a la inundación que en dicha bodega se produjo cuando la entidad demandada realizaba trabajos de conducción de agua de Calatayud.

El Juzgado estimó la demanda y la Audiencia confirmó su sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don José María Gómez de la Bárcena López.

Doctrina de la sentencia.—La Audiencia había aceptado los razonamientos del Juzgado, basados en la doctrina de la responsabilidad extracontractual, y había añadido el argumento de que era también aplicable para llegar a la estimación de la demanda el artículo 1.591 del Código Civil.

El Tribunal Supremo, frente al motivo primero, reconoce que resulta fuera de lugar traer a colación el citado artículo por no tratarse de un caso de responsabilidad contractual, pero pone de relieve que el Tribunal *a quo* había hecho suyos los razonamientos del Juzgado, basados en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil. Y añade la doctrina, que ya había expresado la Sentencia de 19 de enero de 1984, de que no cabe acoger el motivo de casación porque en todo caso en la segunda sentencia habría de mantenerse el pronunciamiento estimatorio del fallo impugnado, sin que proceda la casación de la sentencia cuando por otras vías se llegue a la misma consecuencia desestimatoria.

Por otro lado, la Sala declara que la solidaridad surgida entre los sujetos a quienes pueda alcanzar la responsabilidad derivada del ilícito culposo no determina una situación litis-consorcial que obligue al perjudicado a de-

mandar a todos ellos, pudiendo dirigir su acción contra cualquiera de los copartícipes en la causación del daño.

ARBITRAJE DE EQUIDAD: CARACTERES. RECURSO CONTRA EL LAUDO (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1984).

Hechos.—Se trata aquí de un *recurso de nulidad* contra el laudo dictado en arbitraje de equidad por un Abogado a quien siete hermanos habían conferido la resolución de las diferencias que pudieran resultar de la práctica de las operaciones de división de un patrimonio recibido de su padre por dichos hermanos en vida de aquél.

Doctrina de la sentencia.—Habiéndose concedido a los árbitros facultades absolutas para resolver todas las cuestiones y reclamaciones, no puede decirse que se extralimiten..., y si los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están obligados a interpretarlos con demasiada restricción, apartándose de la misión amistosa que se les confía... ni debe olvidarse que la misión de los Tribunales es la de dejar sin efecto lo que constituye exceso del laudo, pero no corregir sus deficiencias ni omisiones, ni complicar o crear dificultades al móvil de paz y equidad, desnaturalizándolo de sus características esenciales de sencillez y confianza.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FABRICANTE: ASPECTOS. DISCURRE NORMALMENTE POR CAUCE EXTRA CONTRACTUAL. RESPONSABILIDAD DEL DISTRIBUIDOR O COMERCIALIZADOR DEL PRODUCTO. ALCANCE DE LA CONCESION DE COMERCIALIZACION EN EXCLUSIVA: NO DIMANA RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE. CASOS EN QUE NO ES APLICABLE AL FABRICANTE LA RESPONSABILIDAD DEL ARTICULO 1.101 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1984).

Hechos.—Un grupo de labradores entablaron demanda contra la sociedad fabricante de un determinado insecticida y contra la empresa vendedora del mismo reclamando la indemnización de daños que por labores, abonos, semillas y todo lo invertido en las fincas para la producción de remolacha se decía haber sufrido por el uso de dicho insecticida, tomando como base para el cálculo de los beneficios dejados de obtener los producidos en otras fincas de la misma clase y cultivo en que no se empleó el producto en cuestión.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia estimó el recurso de apelación y en parte la demanda, condenando solidariamente a las empresas demandadas a satisfacer a cada uno de los actores las cantidades que se determinasen en ejecución de sentencia, de acuerdo con las bases sentadas en los considerandos quinto y sexto de la sentencia.

La sociedad fabricante interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo y dictó segunda sentencia por la que revocando la sentencia del Juzgado condenó a la empresa comercializado-

ra del producto a satisfacer a los actores las cantidades que se determinarían en ejecución de sentencia, de acuerdo con las bases sentadas por la sentencia de la Audiencia. Desestimando la demanda en cuanto a la sociedad fabricante, a la que se absolvía.

Ponente: Don Jaime de Castro García.

Doctrina de la sentencia.—Para comprender el alcance de la sentencia del Supremo hay que tener en cuenta que la Audiencia había distribuido en un 50 por 100 la responsabilidad derivada de los daños entre los actores de un lado (por no haber usado el insecticida con la debida precaución) y las empresas demandadas por otro (la distribuidora por no haber sometido a su control el uso del producto y la fabricante por haber elegido a dicha comercializadora a pesar de la gran toxicidad del insecticida).

La Sala estima el recurso de casación interpuesto por el fabricante y dice, entre otras cosas: «La responsabilidad civil del fabricante por los daños causados a los usuarios o consumidores de los productos que aquél elaboró habrá de basarse, bien en la negligencia en la fabricación, con lanzamiento al tráfico comercial de una sustancia defectuosa, ora en faltas cometidas respecto de la necesaria instrucción o información, es decir, en el olvido de las indicaciones precisas para la utilización, absteniéndose de comunicar al público los peligros que el uso entraña, por lo que los daños pueden ser directamente causados por el propio producto o motivados por la carencia de instrucciones o inadecuación de las mismas en cuanto a sus cualidades, características y forma de empleo, prescindiendo de señalar las precauciones que han de adoptarse». Se dice que este doble aspecto aparece recogido en el Convenio de La Haya de 21 de octubre de 1972 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por tales daños. Y se añade que esta doctrina tiene eco en la jurisprudencia de la misma Sala, que en unas hipótesis contempla el quebranto causado por incorrecta fabricación o defectuoso envasado del preparado (Sentencias de 26 de marzo de 1982 y 29 de marzo de 1983) y en otras el ocasionado por la falta de instrucciones para la utilización de sustancia de alto poder tóxico (Sentencia de 20 de octubre de 1983).

La responsabilidad del fabricante en ambos casos habrá de discurrir normalmente por cauce extracontractual, salvo cuando esté ligado por un contrato de compraventa con el usuario o consumidor, y descansa en la inexcusable presencia de un acto culposo o negligente.

No es responsable el fabricante si el insecticida no adolece de mácula alguna de producción y si en la etiqueta de los envases advierte con destacada rotulación y empleando los signos convencionales indicativos de peligro que se trata de «veneno», las instrucciones para la aplicación del producto son muy detalladas y concluyen con la indicación, calificada de «importante», de que «debe utilizarse bajo control directo del distribuidor».

No es significativo que la sociedad fabricante hubiera concedido la exclusiva comercialización a la demandada comercializadora, pues tal pacto no significa que la vinculación de las partes se traduzca en una dependencia o subordinación entre empresas, autónomas en su organización y medios y asunción que respectivamente desempeñan, por lo cual no es posible extender a las dos la obligación de indemnizar que alcanza a una sola de ellas por una concreta tarea que a la otra no es imputable como ajena a su desarrollo (Sentencias de 5 de julio de 1979, 4 de enero de 1980 y 2 y 28 de febrero de 1983).

La inexistencia de contrato de compraventa entre los consumidores y la entidad fabricante descartaría toda posibilidad de utilizar soluciones contractuales (art. 1.101 del Código Civil) para llegar a los efectos indemnizatorios que los actores postulan.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA O NEGOCIO: CARACTERES (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1984).

Hechos.—La actora entabló demanda contra el demandado, por el cauce de proceso especial arrendaticio, solicitando el desahucio de este último por expiración del plazo de arrendamiento de un negocio de bar.

El Juzgado estimó la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Audiencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

Doctrina de la sentencia.—Se reitera la conocida de que para que haya arrendamiento de negocio o industria no se exige que esta última esté funcionando a la fecha del contrato, bastando con que los elementos que se entreguen al arrendatario sean suficientes para que la industria funcione o para conseguir la finalidad perseguida, aunque sean en escaso número, con la conclusión de que el objeto contractual sea una actividad creada por el arrendador y transmitida para funcionar o solamente pendiente de trámites administrativos.

En el caso de autos la actora había arrendado «con carácter totalmente accesorio y subsidiario del negocio que se arrienda» la parte posterior del piso primero de la finca en que está sito el negocio (cocina, servicio y tres habitaciones).

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO O EJECUCION DE OBRA: NO INCURRIR EN INCUMPLIMIENTO EL INSTALADOR ELECTRICISTA QUE EJECUTO SUS TRABAJOS CONFORME AL PROYECTO DE UN PERITO INDUSTRIAL (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1984).

Hechos.—El actor entabló demanda contra el demandado reclamándole el importe de unos trabajos de instalación de fluido eléctrico en una almarza del segundo. Este reconvino, solicitando se condenara al actor a terminar total y perfectamente la instalación que se le encomendó y al pago de indemnización de daños.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda principal y la reconvencción, condenando al demandante a que terminara la instalación y declarando que en tanto no se cumpliera esta condena (extremo a acreditar en ejecución de sentencia) no está el demandado a efectuar el pago de la cantidad reclamada.

Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia la revocó y estimó íntegramente la demanda, rechazando la reconvencción.

Interpuesto por el demandado recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

Ponente: Don Jaime Santos Briz.

Doctrina de la sentencia.—La sentencia, que no contiene doctrina de especial relevancia (sin duda porque no la precisaba), tiene acaso interés en cuanto declara no haber incurrido en incumplimiento del contrato de arrendamiento o ejecución de obra el instalador electricista que realizó su trabajo ajustándose totalmente a lo proyectado por un Perito industrial. Lo que sucede es que la Sala no se ve en la necesidad de plantearse el problema de si la instalación adolecía de defectos técnicos (como alegaba el demandado recurrente), pues de haberlos sufrido se habría planteado el interesante problema de si el contratista es en el contrato de obra (o hasta qué punto lo es en base a la *lex artis* que le es exigible) responsable de defectos de la obra derivados de un proyecto del que no es autor pero fielmente ejecutado.

CONTRATO DE COMPRAVENTA: LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO. CUANDO SE SOLICITA LA ELEVACION A ESCRITURA PUBLICA DE LA VENTA DE UNA FINCA Y LA ENTREGA DE LA MISMA ES PRECISO DEMANDAR TAMBIEN AL TERCERO QUE COMPRO DESPUES UNA PARTE DE ELLA (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1984).

Hechos.—El actor entabló demanda contra el demandado y su esposa solicitando básicamente que se les condenase a entregarle una nave industrial comprada por aquél en documento privado y al otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa.

Los demandados reconvinieron solicitando se declarase resuelta la venta y subsidiariamente se les indemnizasen los perjuicios causados.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en cuanto a los citados pedimentos principales. La Audiencia confirmó íntegramente la sentencia.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, dictando segunda sentencia por la que revocó la del Juzgado, y sin entrar a resolver sobre el fondo de las cuestiones planteadas por la demanda y por la reconvencción, absolvió al demandado.

Doctrina de la sentencia.—Es menester tener presente que en el caso de autos se trataba, en cuanto al fondo, de un problema de interpretación, pues el actor entendía que la venta alcanzaba a toda la planta baja de un edificio, mientras que los demandados sostenían que sólo tenía por objeto una parte. El hecho es que los demandados habían segregado una parte de la total planta y la habían vendido a un tercero, circunstancia conocida por los actores y que hasta había dado lugar a una querella.

El Juzgado y la Audiencia aceptaron la interpretación del actor en cuanto al fondo, declarando que la compraventa había tenido por objeto la totalidad de la planta del edificio en cuestión.

En el motivo quinto del recurso se alegaba violación por no aplicación

de la doctrina del litis consorcio pasivo necesario, contenida en las sentencias que citaba al efecto.

El Supremo admite este motivo diciendo: «. el denotado pronunciamiento (el de la Audiencia en cuanto al fondo) afecta de manera indubitada a don A. A. S. (comprador de una parte de la planta en cuestión), persona a quien el propio actor señala como adquirente de un local radicado en la planta baja que se manda entregar, ya que en cumplimiento de lo ejecutoriado, el señor A. A. S. podría ser privado de su posesión sin haber sido oído y vencido en juicio, principio de audiencia bilateral e incluso hoy de rango constitucional, como puso de relieve la Sentencia de esta Sala de 14 de enero de 1984, que por ser de orden público ha de ser revelado de oficio y dar lugar, en unión de aquellos otros que sancionan la necesidad de evitar fallos contradictorios y proclaman el respeto a la veracidad de la cosa juzgada, a que por aplicación de la doctrina del litis consorcio pasivo necesario haya que poner de manifiesto la existencia de una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, aunque la misma no haya sido alegada en la instancia .., y ello hasta el punto que el derecho del actor para acceder a la propiedad de la totalidad de la planta baja que la resolución impugnada proclama puede significar en ulterior proceso una decisión que, o bien haga inoperante el título del tercero, o presuponga su nulidad».

Ponemos de relieve el hecho de que la Sala diga que el tercero comprador de parte de la planta «podría ser privado de su posesión», extremo que resaltamos porque parece dar a entender que dicho tercero ya había adquirido la posesión de lo que compró, lo que significa que había adquirido la propiedad (título y modo) y que su derecho prevalecería sobre el del demandante, pues por hipótesis éste carecía de inscripción registral y de posesión (art. 1.473 del Código Civil).

No obstante, es de suponer que el pronunciamiento del Supremo habría sido el mismo aunque el tercero no hubiera entrado en posesión de lo que compró, en atención a la circunstancia de que el actor conocía la existencia de la venta en favor del mismo y de que, obviamente, el derecho cuya declaración pretendía en la demanda era incompatible con el del citado tercero.

COMPRAVENTA CIVIL Y COMPRAVENTA MERCANTIL: RASGOS DIFERENCIALES (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1984).

Hechos.—La sociedad actora formuló demanda contra don L. T. N. en reclamación de cierta cantidad en concepto de precio debido por la venta de piensos. El Juzgado estimó la demanda y la Audiencia confirmó su sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don José Luis Albacar López.

Doctrina de la sentencia.—La doctrina interesante de esta sentencia radica en su configuración del concepto de compraventa mercantil frente al de compraventa civil. Nos remitimos al considerando tercero, que no procede reproducir íntegro, y del que se desprende la doctrina jurisprudencial, según la cual el Código de Comercio califica la compraventa como mercan-

til, no por el sistema subjetivo, sino por el objetivo, de suerte que «para que la compraventa sea mercantil ha de hacerse para revender, o lo que es igual, no para que el comprador satisfaga sus propias necesidades de consumo, sino para ser sólo un mediador (comerciante) entre el productor —persona a quien compra— y el consumidor —persona a quien revende—, con intromisión especulativa referida a cosa mueble» (nuestro ejemplar, sin duda por error, dice «inmueble»).

ACCION RESOLUTORIA DE LOS ARTICULOS 1.504 Y 1.124 DEL CODIGO CIVIL: CONDICIONES DE EJERCICIO (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1984).

Hechos.—El propietario de una quinta parte indivisa de dos parcelas entabló demanda contra el comprador de dichas fincas solicitando la declaración de resolución del contrato por falta de pago de parte del precio pendiente de abono.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don José María Gómez de la Bárcena López.

Doctrina de la sentencia.—Hay que partir de que el Tribunal Supremo consideró acreditado el hecho de que el comprador había satisfecho el precio correspondiente a los otros cuatro vendedores, y que en cuanto al vendedor-demandante sólo restaba una pequeña parte de insignificante valor en relación con el del inmueble comprado.

A partir de aquí el Supremo reproduce la conocida doctrina de que la acción resolutoria contemplada en el artículo 1.504 del Código Civil, así como la que con carácter genérico otorga el artículo 1.124, exige, no un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, sino una voluntad obstativa al cumplimiento de lo convenido que por su trascendental importancia pueda justificar tal medida.

TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: INTERVENCION DEL ARRENDADOR (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1984).

Hechos.—Existía un arrendamiento de local de negocio. El arrendador y el arrendatario concertaron un convenio por el que se acordaba la extinción del arrendamiento para que el local fuese ocupado por un nuevo arrendatario. El mismo día se suscribió otro convenio entre el arrendatario y aquel a quien se traspasaba. En el primer acuerdo se establecía como condición la ocupación del local por el nuevo arrendatario, que pocos días después desistió del traspaso.

El arrendador entabló demanda por la que sustancialmente se solicitaba la declaración de resolución del arrendamiento con el primer arrendatario. El Juzgado estimó la demanda en cuanto a este pedimento. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y desestimó íntegramente la demanda.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

Doctrina de la sentencia.—El traspaso no precisa del consentimiento del arrendador, pero tampoco excluye que éste intervenga en la operación o negocio jurídico y preste su consentimiento expreso y previo para el mismo, supuesto ya contemplado en la Sentencia de 1 de diciembre de 1983.

«Es evidente que los pactos simultáneos (renuncia al arriendo con la condición de la entrada del tercero designado por ambos y pacto de arrendatario y tercero de cesión de local) forman un complejo contractual no separable en unidades o pactos aislados en cuanto están indicando elocuentemente que la resolución pactada entre arrendador y arrendatario estaba subordinada explícita y tajantemente a la condición o presupuesto de la entrada de otro arrendatario...».

R. A.



