

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LVIII ● Marzo - Abril 1982 ● Núm. 549

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
D. José Poveda Murcia.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. Carlos M. Hernández Crespo.
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.—Madrid-6.—Teléfono 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:

«Comentario a 'vuela pluma' de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», por JUAN MANUEL REY PORTOLÉS	289
«La Libertad capitular y los artículos 1.328, 1.320 y otros del Código Civil», por MARTÍN QUIÉZ ESTREMERÁ	361
«La responsabilidad cambiaria derivada de la letra perjudicada», por CÁNDIDO PAZ ARES	429

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por TIRSO CARRETERO GARCÍA, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ	497
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1.º Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, SERGIO SAAVEDRA QUEIMADELOS y JOSÉ QUESADA SEGURA	515
2.º Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS	530

LIBROS:

«La propiedad inmobiliaria» Actas de la Convención de Urbino, celebrada del 1 al 3 de octubre de 1979, por JOSÉ M.ª PIÑOL AGUADÉ	543
«Legislación y administración del agua en España», de EMILIO PÉREZ PÉREZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	550

REVISTAS:

II Noticia de Revistas	557
--------------------------------	-----

ESTUDIOS

Comentario a «vuela pluma» de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio^o

A mi maestro, Luis Díez Picazo, como adelanto, por si nunca llego a escribir el libro que él prefiere que le dedique.

De los seis artículos que comprende la Ley, deliberadamente me concentraré en el 4.º y en el 5.º, orillando algunos «fleclos» de Derecho sucesorio que cuelgan de preceptos del Código modificados por los tres primeros de aquélla. Es una forma arbitraria, pero cómoda, de acotar la materia que se me ha adjudicado.

(*) **NOTA DEL AUTOR:** El presente trabajo constituye una parte del informe que, dentro de la distribución temática convenida, correspondió presentar al autor en unas jornadas que, con motivo de la primera de las dos recientes reformas del Código Civil, celebramos en Reus durante algunos días del pasado junio los Notarios y Registradores de la provincia de Tarragona. Por supuesto que he tenido que darle forma publicable, adicionándole algunas notas y recogiendo muchas de las sugerencias que en las diversas sesiones se vertieron. Los presentes comentarios no son, pues, en su origen, sino un fragmento desarrollado y adecentado de apuntes o esquemas preparados para su discusión oral, pero al repasarlos he creído, más por el valor de las ideas ajenas que incorporo que por el de las mías propias, que había algunos elementos aprovechables que convenía someter a una mayor difusión, a fin de suscitar polémicas y rectificaciones que nos ayuden a los aplica-

Empezando, pues, por el artículo 4.º de la Ley 11, el primer precepto claramente de contenido sucesorio de los que en él se modifican es el 179 del Código Civil, pero voy a posponer intencionadamente su comentario (1) por razones sistemáticas fácilmente perceptibles, de modo que lo abordaré, en su caso, inmediatamente antes del artículo 180 del Código, dentro ya del 5.º de la Ley.

Comenzaré, por lo tanto, en realidad, con el artículo 741 del Código Civil, utilizando una técnica que procuraré extender a todos los demás, consistente en desvelar en una primera parte las vicisitudes parlamentarias que ha atravesado la norma (2) y en glosar, en un segundo momento, el texto definitivo con las ideas, más o menos aprovechables, que el mismo me sugiere.

ARTÍCULO 741

«El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere.»

En el Proyecto (3) decía simplemente:

«El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo.»

Fue la Ponencia (4) de la Comisión de Justicia del Congreso la que

dores de la norma, tras las «sacudidas» jurídicas (terremotos más bien) que estamos sufriendo a volver a sentirnos mínimamente seguros en el conocimiento del derecho privado. Sirva también la celeridad de la confección de estos comentarios y su carácter de pioneros como disculpa para los posibles errores o inexactitudes en que haya podido incurrir. Yo mismo he filtrado los que he percibido, deshaciendo, en más de una ocasión, páginas enteras al percatarme del verdadero sentido de algún precepto nuevo o retocado con el que hasta ese momento no había contado. Finalmente advierto que aquí va la glosa de sólo siete artículos que han agotado las fuerzas de un primer impulso (desarrollado durante la pausa veraniega); si consigo recuperarlas y si todavía plumas más capaces no me exoneran con su anticipación de la tarea, procuraré continuar en meses sucesivos, aunque no formulo aquí promesa pública en firme.

(1) A salvo lo que sobre él digo en la nota 36.

(2) En la medida en que son cognoscibles para un ciudadano «de a pie», pues sabido es que el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* no publica el texto de las enmiendas formuladas por los Diputados ni los *Diarios de Sesiones* del Congreso y del Senado las discusiones habidas en las Comisiones de Justicia y de Justicia Interior, respectivamente.

(3) «Proyecto de Ley. Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* —Congreso de los Diputados—, I legislatura. Serie A, número 71-I, correspondiente al día 14 de septiembre de 1979. Por su manejabilidad utilizo la reproducción aparecida en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento al número 1.181.

(4) Integrada por los señores Diputados don JOSÉ LUIS ALVAREZ ALVAREZ, doña MARÍA DOLORES PELAYO DUQUE, don JOSÉ L. RUIZ NAVARRO Y JIMENO, don ANTONIO SOTILLO MARTÍ, don JAVIER SÁENZ COSCULLUELA, don JOSÉ SOLÉ BARBERÁ,

en su Informe (5) explica que: «Al artículo 741 se ha presentado como única la enmienda 230 (Socialistas de Cataluña) (6), que podría ser aceptada. En tal caso el texto sería el siguiente: '...'», y le dio la redacción que se ha convertido en Ley, al no experimentar ya ningún otro retoque parlamentario.

Su antecedente se encuentra en el artículo 741 del Código, versión hasta ahora vigente, que rezaba así: «El reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo.»

Es evidente que la supresión de la categoría jurídica de los hijos ilegítimos imponía la rectificación de su referencia a ellos en el artículo que comento, pero las Cortes aprovecharon para añadir dos hipótesis más en que el reconocimiento mantiene «su fuerza legal».

Para la exégesis de la versión anterior, y fiel a mi propósito de ceñirme al comentario de las novedades de la reforma, me remito a los manuales al uso (7). Por ello aquí me limito a afirmar que:

1.º Por reconocimiento hay que entender ahora no sólo el de los hijos no matrimoniales, sino también el de un hijo matrimonial nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio (cf. nuevo art. 117, proposición segunda) o no cubierto tampoco con la presunción de paternidad del marido por estarse en el caso del artículo 118 actual, donde en el consentimiento para la inscripción de la

don JOSÉ VERDE I ALDEA, don JOSÉ A. MATURANA PLAZA, don JUAN CARLOS AGUILAR MORENO, don JUAN L. DE LA VALLINA VELARDE, don MIGUEL ROCA JUNYENT, don MARCOS VIZCAYA RETANA y don FERNANDO SAGASETA CABRERA

(5) Informe de la Ponencia. Publicado en el B. O. C. G. —Congreso de los Diputados—, I legislatura, Serie A, núm. 71-I 3, correspondiente al 22 de mayo de 1980.

(6) Cuyo tenor y motivación ya he dicho que resultan incognoscibles por los cauces ordinarios.

(7) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA: *Derecho de Sucesiones*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1971, págs. 522 y 523, y ed. 1976, páginas 342-3; también págs. 240-1. JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. II, Bosch, Barcelona, 1977, págs. 213-4. También págs. 11 a 14; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. II, 7.ª ed. revisada y puesta al día en la materia de referencia por JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, Reus, S. A., Madrid, 1973, págs. 418-9; LUIS DíEZ PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1978, páginas 513 a 515; DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, vol. V, 3.ª ed., Ed. R. D. P., Madrid, 1970, págs. 229 a 231 y 379-80; JAIME SANTOS BRIZ: *Derecho civil. Teoría y práctica*, tomo VI, Edersa, 1979, págs. 230 a 235 y 379; JUAN OSSORIO MORALES: *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos (hoy Centro de Estudios Constitucionales), Madrid, 1957, págs. 28 a 30 y 487-8; FERNANDO BADOSA COLL en notas de actualización de las de ROCA SASTRE al *Derecho de Sucesiones* de THEODOR KIPP, tomo V, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1976, página 291. Vide además los trabajos monográficos que citaré en el texto,

filiación como matrimonial va implícito un reconocimiento (8). Rara vez se canalizarán a través de un testamento esos reconocimientos de prole matrimonial, pero la posibilidad es indudable.

2.º El segundo supuesto del precepto («... o éste no contenga otras disposiciones...») confirma la posibilidad, ya aceptada por la doctrina y jurisprudencia anteriores, de un testamento sin contenido patrimonial, a pesar de la definición del artículo 667 y de la afirmación del primer párrafo del artículo 668 del Código Civil. Claro que se podrá seguir diciendo que tal testamento lo es sólo en un sentido formal o amplio, pero lo que es indudable es que el legislador califica de testamento (cf. «... o éste...») a un instrumento de semejante contenido único.

Mas aparte la cuestión general de si es posible un testamento —cualquiera que sea el alcance de esta voz— apatrimonial, la concreta hipótesis ahora prevista por el artículo 741 de que el testamento contuviera sólo un reconocimiento de filiación había suscitado encontradas opiniones doctrinales, en especial al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1964, a la que en cierto sentido muy lejano sirvieron de antecedente las de 16 de octubre de 1918 y 12 de marzo de 1958 y a la que siguió la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de agosto de 1970:

— JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA, apoyado en la ambigua Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940, había negado validez a tal reconocimiento, pues no podía decirse que estuviera contenido en un auténtico testamento, ya que, a diferencia de los típicos negocios *mortis causa*, desplegaría sus únicos efectos inmediatamente (cf. art. 254 del Reglamento notarial) y con carácter irrevocable, en contra del principio general del párrafo primero del artículo 737 del Código Civil. En otras palabras, para él, testar sólo para reconocer era querer reconocer y no testar. Por consiguiente —concluía—, si el reconocimiento se hace en un pseudotestamento, «la sanción no puede ser otra sino la máxima de nulidad absoluta o de pleno derecho que determina el artículo 4.º del Código Civil, en cuanto que va en contra de lo dispuesto en la Ley, concretamente los artículos 131 y 133» (9).

ALBALADEJO sostuvo parecida opinión (10).

(8) Cfr. también artículo 138 actual.

(9) JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO: «Reconocimiento de hijo natural en testamento», *R D P*, 1965, págs. 183 y ss.

(10) MANUEL ALBALADEJO GARCÍA: *El reconocimiento de la filiación natural*, Bosch, Barcelona, 1954, donde afirma —pág. 218— que la cuestión del reconocimiento hecho en testamento que no contenga disposición de bienes «se resuelve con base en el presupuesto de que no es posible un testamento sin disposición de bienes, ya que el artículo 667 define el testamento como “acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos”».

— En cambio, MARTÍNEZ CALCERRADA se adhirió a la solución de la sentencia citada de 1964 y defendió que «el reconocimiento de hijo natural verificado en testamento notarial —y en los secretos cuando su publicidad *a posteriori* lo permita— siempre es válido, ya se incluya con otras disposiciones patrimoniales o no en el mismo, ya represente el único contenido testamentario, por cuanto ese reconocimiento tiene pública consistencia al amparo de los artículos 131 y 133 del Código Civil y el acto que lo acoge es un auténtico testamento, aunque se abra la sucesión intestada conforme a los artículos 912, 1.º, y 764 del Código Civil» (11).

En la misma línea se situó GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, para quien era válido el reconocimiento hecho en testamento, «aunque no haya especial declaración respecto a los bienes y derechos del testador, bien porque carezca de ellos, bien porque no pretende disponer de manera diferente a la sucesión legítima, y sí descargarse de ciertos deberes de conciencia siempre que efectivamente haya voluntad de testar» (12).

Y también PORRAS IBÁÑEZ escribió que «con extremado respeto para las opiniones de nuestros discrepantes rechazamos que, en Derecho español, la patrimonialidad sea característica indispensable que nutra el concepto del testamento, porque ella aparece negada de los artículos 45, número 3; 126 y 204 del Código Civil, entre otros varios» (13).

Es evidente que la nueva redacción dada al artículo 741 ha querido zanjar la discusión, confirmando, a mi juicio con muy buen criterio, la solución de la sentencia de 1964 y de los autores que la secundaron, mucho más pragmática que la defendida por la corriente contraria (14).

3.º En cambio, el legislador no ha aprovechado la reforma para despejar otros aspectos discutidos del precepto.

A) Así, en primer lugar, la cuestión de en qué tipo de testamento cabe verificar un reconocimiento con las consecuencias del artículo 741.

El estado de la polémica bajo la regulación anterior lo resumió GÓMEZ-FERRER (15), según el cual:

(11) LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA: «El testamento y su pretendida patrimonialidad», *R. D. P.*, 1966, págs. 463 y ss.

(12) RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA: «Reconocimiento de hijos naturales en testamento», *R. D. N.*, núms. 61-62, julio-diciembre 1968, pág. 119.

(13) PEDRO PORRAS IBÁÑEZ: «Testar y reconocer», *R. D. P.*, 1969, pág. 354.

(14) Y estableciendo de paso para nuestro ordenamiento una solución al problema similar (en sus efectos) a la italiana, pues según el párrafo segundo del artículo 587 del Codice Civile: «Le disposizioni di carattere non patrimoniale che la legge consente siano contenute in un testamento, hanno efficacia, se contenute in un atto che ha la forma del testamento, anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale».

(15) *Op. cit.*, págs. 112 a 116.

— defendían que el reconocimiento podía canalizarse en cualquier tipo de testamento: MARTÍNEZ CALCERRADA, PUIG PEÑA, DE LA OLIVA, ALBALADEJO, BONET y CASTÁN, basados en el principio «*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*»;

— y, en cambio, reducían su posibilidad a sólo el testamento abierto notarial BELTRÁN DE HEREDIA y él mismo (16), aunque con posturas muy matizadas (17).

La solución correcta quizá siga siendo la mayoritaria, hoy con mayor razón, porque aunque el artículo 120, 1.º, continúa usando la ambigua expresión «otro documento público», los escrúpulos acerca de la preclusión del plazo de ejercicio de la acción de impugnación deben desvanecerse ante la más precisa regulación de la misma en los artículos 136 y siguientes, ya que o es imprescriptible (art. 140, 1, interpretado simétricamente respecto de los artículos 132, 1, y 133, 1) o los términos sólo empiezan a correr desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil (artículo 140, 2, inciso segundo: «... una vez inscrita la filiación...»).

En consecuencia, normalmente se reconocerá en testamento abierto notarial y sólo en ese caso se podrá dar cumplimiento en vida al artículo 254 del Reglamento notarial, pero en los demás tipos de testamento (me refiero ahora fundamentalmente al notarial cerrado y al oló-

(16) Basados en diversos argumentos:

1.º El artículo 131 antiguo hablaba tras del reconocimiento hecho en testamento, del efectuado en *otro* documento público, expresión que sería incoherente de no presuponer que el testamento a que se acaba de aludir es sólo el calificable de documento público.

2.º Con certeza, sólo podría el reconocimiento desplegar sus efectos de forma inmediata si se canaliza a través del testamento abierto notarial; y

3.º Si no fuera ése el único cauce del reconocimiento, sino también testamentos de contenido ignoto hasta la apertura de la sucesión «ocurriría que sería en ocasiones imposible el ejercicio de la acción de impugnación del reconocimiento dentro de los cuatro años siguientes a la mayor edad del menor, ya que puede el padre morir cuando el hijo tenga veintiséis años, por ejemplo, y la acción ya caducó».

(17) BELTRÁN DE HEREDIA (*op. cit.*, pág. 199) precisaba «que no se trata de que el reconocimiento de hijo natural sólo tenga efectividad cuando está comprendido en un testamento público otorgado ante Notario. Su inclusión en cualquier otra clase de testamento es perfectamente posible al no estar prohibida de modo directo por la ley. Lo que ocurre es que sólo el primero está en condiciones de acogerse al régimen especial establecido en el artículo 131 del Código Civil y es el único, por tanto, a que afectan los problemas que se trata de resolver en estas páginas». Por su parte, GÓMEZ-FERRER (*op. cit.*, pág. 116) sugería que la fórmula adecuada «para solucionar los intereses en juego es dar validez a estos reconocimientos realizados en las restantes formas testamentarias, pero en condiciones especiales, entre las que se cuentan la de empezar el cómputo del tiempo de caducidad de la acción de impugnación a partir del momento en que se tiene conocimiento de haberse realizado dicho reconocimiento, pero los efectos deben retrotraerse al momento de realización del mismo, a fin de que no quede burlada la ley y desatendidos los especiales deberes que con respecto a sus hijos naturales reconocidos tienen sus progenitores que los reconocen».

grafo), aunque en un orden normal de acontecimientos no se desvelará su contenido hasta la muerte del causante, no cabe afirmar que los reconocimientos que contengan no son válidos, ni que no mantienen su fuerza legal, aunque su envoltura sea revocada, ni que no están dispensados de los requisitos a que se refiere el artículo 124, 2, del Código Civil, etcétera.

B) Y en segundo lugar tampoco se ha despejado la cuestión de si el reconocimiento testamentario, en los casos en que el contenido de la última voluntad sea cognoscible por persona distinta del testamentifactor, surte efectos inmediatamente o sólo tras la muerte del causante.

Con anterioridad a la reforma, las principales posiciones creo que podían esquematizarse así:

— LACRUZ BERDEJO, basado en que el reconocimiento testamentario no iba a gozar de requisitos menos severos que el vehiculizado en escritura pública (en particular, por lo que hace a la necesidad de aprobación judicial: cf. art. 133, 2, del Código Civil, versión anterior), concluía que un tal reconocimiento, como cláusula única o acompañado de otras —eso ahora no importa—, no podía desplegar sus efectos antes del fallecimiento del testador, salvo que se cumpliera voluntariamente con el artículo 133, 2, citado, y pese a la orden del artículo 254 del Reglamento notarial que por su inferior rango normativo no puede vulnerar principios legales (18).

Parecidas razones adujeron CALDERÓN (19), MARTÍNEZ CALCERRADA (20), PORRAS IBÁÑEZ (21) y DÍEZ PICAZO (21 bis).

— En cambio, la postura contraria fue mantenida por GÓMEZ-FERRER (22), apoyado:

a) en que el reconocimiento es un acto *inter vivos* no susceptible de determinaciones accesorias de la voluntad como el plazo;

(18) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Derecho de Sucesiones*, cit., págs. 357-8.

(19) MANUEL CALDERÓN: «Reconocimiento de hijos naturales por testamento», en *R. G. L. y J.*, 1905, tomo 106, págs. 299 a 304.

(20) *Op. cit.*, pág. 741.

(21) *Op. cit.*, págs. 354 y ss.

(21 bis) LUIS DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN: *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, vol. III, Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1976, págs. 188 a 190, comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 1964, aunque parece distinguir entre verdadero reconocimiento *post mortem*, cuya eficacia quedaría diferida hasta la muerte del causante, y reconocimiento *inter vivos* con forma testamentaria, que, aunque de efecto inmediato, debe sujetarse a los requisitos legales de garantía, como son la audiencia del Ministerio Fiscal y la aprobación judicial.

(22) *Op. cit.*, págs. 122 y ss., donde cita como autores de la misma opinión a VALVERDE, BONET, DE RUGGIERO y BELTRÁN DE HEREDIA

- b) en el artículo 254 del Reglamento notarial;
- c) en que de no producir efectos inmediatos sería un poco extraña la irrevocabilidad del reconocimiento que decreta el artículo 741; y
- d) en que de ser la eficacia del reconocimiento *post mortem*, se haría imposible en la mayor parte de los casos el ejercicio de la acción impugnatoria, ya que podría darse el caso de que al morir el testador y conocerse el contenido del testamento el hijo hubiera sobrepasado la edad de los veinticinco años (cf. el antiguo art. 133, 3, del Código Civil).

SANTOS BRIZ también aceptaba la eficacia *ex nunc* del reconocimiento testamentario, pero con la cautela de que «ha de prevenirse cualquier fraude de la Ley, puesto que al amparo de los artículos 131 y 741 no podrá obtenerse un reconocimiento prohibido (arg., art. 6.º, apartado 4, del Código Civil). De ahí la necesidad de que se compruebe la legalidad del reconocimiento efectuado, en cualquier caso, mediante el expediente referido (alude al del art. 49 de la Ley del Registro Civil), tramitado en el Registro civil o, en su caso, a través del juicio de mayor cuantía», y en nota 13, tras resumir la evolución histórica que ha desembocado en el artículo 254 del Reglamento notarial, afirma que «debe entenderse, y así viene siendo práctica frecuente, admisible el criterio de extender la nota marginal, pero debe ir precedida de expediente que compruebe la legalidad del reconocimiento para evitar fraudes de Ley» (23).

La cuestión, como decía, sigue hoy lamentablemente irresuelta (24), pero se me hace difícil adherirme a la autorizada postura de los que, como LACRUZ, parten de una presunción de fraude en los reconocimientos *in testamento* —que parece imaginar como hechos, en principio, para dar un rodeo al art. 133, 2, antiguo— y que precisa descalificar un precepto reglamentario de rancio abolengo.

(23) JAIME SANTOS BRIZ: *Derecho Civil. Teoría y práctica*, cit., pág. 232.

(24) Aunque una lectura precipitada del artículo 124, párrafo segundo actual, pudiera hacer pensar lo contrario. En efecto, cuando la proposición segunda de ese segundo párrafo habla de que «la inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse», etc., se está refiriendo con toda seguridad a la efectuada «dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento» y no a la realizada en virtud de un reconocimiento testamentario desvelado vía 254 R. not., porque no tendría sentido que esta hipotética inscripción pudiera ser suspendida a petición de la madre sólo durante el año siguiente al nacimiento, siendo así que el reconocimiento desvelado se puede producir cuando el reconocido tenga más de un año de vida y estadísticamente es más fácil que así sea. Con lo cual el último inciso del artículo 124, 2, que imagina un padre *vivo* confirmante de la inscripción no se refiere tampoco a la inscripción de un reconocimiento testamentario cuya única alusión sería entonces la de la proposición primera de ese párrafo segundo (y, claro está, la del art. 120-1.º, por lo que prácticamente estamos ante unas referencias igual de anodinas en orden a nuestro problema que las antiguas de los arts. 131 y 133, 2).

Podría pensarse que una solución más ponderada sería aquella que, partiendo del acatamiento del artículo 254 del Reglamento notarial y de la constancia del reconocimiento en el Registro Civil, aun en vida del testador, negase la plenitud de efectos a la filiación así determinada e inscrita, hasta el fallecimiento del reconocedor testamentario (25), por lo menos cuando el reconocido fuese menor (ahora también incapaz) o si, siendo mayor, no hubiese transcurrido el plazo del año del artículo 140, 3, que permita deducir su consentimiento tácito similar al que para los reconocimientos ordinarios exige el artículo 123 (26).

Pero parece preferible prescindir de una vez por todas de los escrúpulos de LACRUZ y de los autores de su misma orientación y admitir la eficacia *ex nunc* del reconocimiento en testamento, sobre la base de que la posible impugnación por parte del Ministerio Fiscal en todo caso (además de por la madre, en cuanto representante legal y heredera forzosa, y por el propio reconocido en su día) (cf. arts. 129 y 140) de una paternidad determinada contra el interés del hijo menor o incapacitado, cumple una función similar a la aprobación judicial *a limine* del artículo 124, 1, aunque no se me escapan las ligeras diferencias entre ambos tipos de control. Pero incluso desde este último planteamiento sería conveniente que el reconocimiento testamentario no aprobado por el Juez *a priori*, en caso de que no se considere viable que pueda dejar de surtir efecto hasta transcurridos los cuatro años a que se refiere el artículo 140, 2, si, por lo menos, no provoque ningún efecto en caso de impugnación, o lo que es lo mismo, sería harto conveniente que se reconociese a la impugnación total efecto retroactivo, aunque no sea más que por paralelismo con el fenómeno contrario: la determinación de la filiación (artículo 112, 1) (27).

4.º En la alternativa tercera de nuestro artículo («o sean nulas las

(25) Fallecimiento que de esta manera funcionaría como una *conditio iuris* del reconocimiento, al igual que lo es de su envoltura testamentaria.

(26) En qué medida es compatible esta hipotética solución —que apunto, pero no comparto— con los principios que inspiran la regulación del Registro Civil, no merece la pena abordarlo aquí, pero el que un «status» inscrito a través del asiento que proceda se halle legalmente pendiente de una *conditio iuris* debiera ser tan factible como lo es reflejar una transmisión de bienes sujeta a tal vicisitud en el Registro de la Propiedad: cfr. artículo 80, 2, del Reglamento Hipotecario.

(27) Lo que preconizo respecto del reconocimiento *ex testamento* de un menor o incapaz es cabalmente predicable del reconocimiento de un mayor capaz: surte efectos inmediatamente, vía 254 R. not., pero para cubrir el evento de que el reconocimiento sea falso o de que, aun siendo verdadero, perjudique al reconocido, éste cuenta con el plazo del artículo 140, 2, o incluso —si falta el *status familiar*— con el del 140, 1 —que lo extiende a aquellos a quienes perjudique el reconocimiento—, y caso de prosperar la impugnación, su eficacia retroactiva debe interpretarse también con generosidad, como, por otra parte, es lógico. Ahora bien, para facilitar la reacción del perjudicado (o siendo menor o incapaz la de quien

demás —disposiciones— que contuviere») quizá debió emplearse el predicado «ineficaces», mejor que el de «nulas», a fin de abarcar también la hipótesis de nulidad relativa o anulabilidad que viene admitiendo para el negocio testamentario un sector creciente de la doctrina, aunque sea con un sentido distinto al que se le atribuye en los negocios *inter vivos* (28). La deficiencia terminológica, de serlo realmente, no parece insalvable con una adecuada interpretación (29); y

5.º Parece, por último, que sí afecta al reconocimiento la nulidad total del testamento, v.gr., por defecto de forma (cf. arts. 687 y 715 del Código Civil), aunque, aun así, el instrumento invalidado en muchos casos podría valer como prueba por escrito a los fines del artículo 127, 2.º, actual (29 bis).

proceda, incluso del Ministerio Fiscal) parece conveniente participarle por el encargado el asiento practicado, si no en un expediente previo (como quería SANTOS BRIZ), sí en trámite posterior. La futura remodelación de la legislación del Registro Civil habrá de resolver todos estos aspectos

(28) *Vide ad exemplum*, LACRUZ: *Op. cit.*, págs. 527 a 530. También JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos...*, cit., V-11, págs. 192 a 196.

(29) Antes de la actual versión del artículo que comento, ALBALADEJO (*op. cit.*, página 122) había escrito que si el «artículo 741 sólo declara que la revocación del testamento no hace perder su fuerza legal al reconocimiento, es porque las otras causas de invalidez le afectan, ya que la sección 10 del capítulo I del título III del libro III (donde se encuentra ese artículo 741) se titula: «De la revocación e ineficacia de los testamentos». Así, pues, la única causa de invalidez que no afectaría al reconocimiento sería la que proviene exclusivamente de la mera voluntad del testador, pues las demás provienen de una disposición del legislador, que no excluye de la invalidez ninguna de las cláusulas que el testamento contenga». Pues bien, de la misma manera que la alternativa segunda de nuestro artículo («o éste —el testamento— no contenga otras disposiciones») ha servido para decantar las opiniones doctrinales en el sentido de la Sentencia de 1964, así también la alternativa tercera («o sean nulas las demás que contuviere») sirve para impedir que pueda seguir sustentándose opinión tan irreprochable en la forma como inadmisible en el fondo, cual la del aludido ilustre catedrático

(29 bis) En fase de corrección de pruebas de este trabajo, me voy percatando de que, como era de esperar, dejo en el tintero otros muchos problemas; así, por ejemplo, el que apunta FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ (en el libro colectivo *El nuevo régimen de la familia. II. Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pág. 65), según el cual si el reconocimiento testamentario lo realiza un menor de edad (no emancipado, preciso yo) o un incapaz, sí se necesita aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, por imperativo del nuevo artículo 121. En efecto, este precepto, que no distingue especies de reconocimiento, se presenta como una contraexcepción a la del artículo 124, 2, pero fundada no en la protección al reconocido, sino en la que conviene dispensar al precoz o disminuido reconocedor. La misma observación se encuentra hecha por RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA en «Código Civil: aproximación notarial a la reforma del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (Comentario de urgencia a algunos aspectos de la Ley de 13 de mayo de 1981)», en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 2.ª época, núm. 8, agosto de 1981, pág. 1468; también el mismo trabajo se ha publicado en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, número 171, correspondiente a septiembre de 1981, págs. 803 a 821, y, por lo que aquí se cita, pág. 812. En este último opúsculo (págs. 1472-3 y 815-6, respectivamente)

ARTÍCULO 761

«Si el excluido de la herencia por incapacidad fuera hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes adquirirán éstos su derecho a la legítima.»

Esa redacción proviene del Proyecto, sin que el artículo experimentara retoque alguno en su periplo parlamentario.

Su antecedente se encuentra en el propio artículo 761, versión anterior, al que simplemente se le ha quitado su párrafo segundo.

La supresión de ese segundo párrafo en lo que se refiere al usufructo de los bienes heredados por los hijos del indigno es lógica desde el punto y hora en que se ha suprimido en la reforma el antiguo usufructo legal del titular de la patria potestad (cf. art. 165 actual y párrafos octavo y vigesimosegundo de la Exposición de Motivos que preludiaba al Proyecto). En cambio, esa supresión, en cuanto concernía a la administración de tales bienes, dejaba un vacío que ha sido convenientemente cubierto, en sede más apropiada y con fórmula común a la hipótesis gemela de la desheredación, por el artículo 164, 2.º (30), cuyo comentario excede mi actual propósito.

La reforma no se ha aprovechado para despejar la duda, no completamente resuelta a nivel doctrinal, de si todas las causas de indignidad, y no sólo la del número 2.º del artículo 756, privan de su legítima al indigno (31). Aun presupuesta la contestación afirmativa, que goza cada vez de mayor predicamento entre los autores, y considerada innecesaria esa aclaración, ¿hubiera sido un acierto, en otro orden de cosas, sustituir

se abordan las mismas (y otras) cuestiones que he resumido en el texto, pero las ligeras discrepancias con respecto a alguna de las opiniones del docto compañero no creo oportuno abordarlas en esta nota extemporánea; únicamente me permito recordar que el texto del antiguo artículo 131 también hablaba de «otro documento público» y no de «otro instrumento público», como él dice, por lo que no advierto variación alguna en la locución (cf. art. 120, 1, actual) y, por consiguiente, en el problema que trato en el punto 3.º-A).

(30) «... Se exceptúan de la administración paterna: ... 2.º Los (bienes) adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un Administrador judicial especialmente nombrado...» La expresión «... o no hubieran podido heredar por causa de indignidad...» no creo que desvirtúe el alcance que a esa incapacidad relativa atribuye tradicionalmente la doctrina conforme al cual el indigno *potest capere sed non potest retinere* (vide LACRUZ: *Op. cit.*, I, págs. 111 a 113). Hay que interpretarla como si dijese «... o no hubieran podido heredar o mantener su condición de herederos por causa de indignidad...» Lo contrario significaría contradecir con base en un giro gramatical de un precepto marginal los sólidos razonamientos de LACRUZ, apoyados, entre otros, en los artículos 760 y 762.

(31) El mismo reproche cabe hacerle a la Ley de 26 de mayo de 1978 de despenalización de los delitos de adulterio y amancebamiento.

la palabra «testador» por «causante», dado que la indignidad opera igual en la sucesión testada que en la intestada (art. 914)?

Aunque a primera vista pudiese pensarse que sí, creo que el acierto hubiese sido mínimo, y no sólo porque la inadecuada voz «testador» se mantuviese en otros artículos no reformados (756, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º; 757), con la consiguiente desarmonía interna dentro del Código, sino porque quizá sea éste, el 761 (junto con la primera alternativa del 757 y acaso con el actual número 5 del 756), donde más adecuadamente cabe presuponer un testador, de entre todos los dedicados a normar la indignidad y sus efectos. Ciertamente; el precepto articula una representación en la legítima (¿o en la condición de legitimario?: pronto lo veremos) y ésta es institución propia de la sucesión testada (32). Si el causante respecto del cual el hijo o descendiente es indigno fallece intestado, los hijos o descendientes de este último entiendo que representan al incapaz en toda la porción intestada que le hubiera correspondido a él de no serlo (artículo 929), y no sólo en una fracción de ella equivalente a la que por legítima procedería de ser la sucesión testada (33). El artículo 766 no parece que sea obstáculo para esta conclusión, puesto que se refiere a la institución *voluntaria* de heredero y no a la sucesión intestada, donde la representación actuará de acuerdo con las reglas ordinarias. Lo que parece querer ordenar ese artículo 766 es que en caso de institución voluntaria de un descendiente que deviene indigno *post testamentum* (y la analogía exige lo mismo en caso de designársele legatario), los descendientes de ese descendiente, en tal evento, no le sustituyen más que en la legítima (¿porción?, ¿cualidad?: en seguida), pero no en lo que de ella exceda la atribución. Viene a vedar que se interprete existente una sustitución vulgar tácita en favor de la progenie del incapaz.

¿Por qué esa diferencia entre la sucesión testada y la intestada? Apparentemente, no parece tener explicación y se manifiesta como una de tantas inconsecuencias de nuestro legislador, pero si el 766 no pasa de

(32) Porque es a la libertad de testar a la que sirve de freno. No ignoro que la legítima puede seguir teniendo alguna virtualidad en la sucesión intestada: así, por ejemplo, a propósito de la legítima viudal en concurso con descendientes o ascendientes, o en el caso de que al haber el causante agotado gran parte de su caudal vía donaciones, la porción que abintestato reciba algún legitimario sea insuficiente para ver satisfecho su derecho. Pero, en este segundo caso, la legítima actúa más bien —permitiendo la reducción— como freno a la facultad de disponer mediante donaciones, siendo indiferente que el *de cuius* hubiese fallecido con testamento o sin él; y el primero es hoy ya casi el único supuesto en que la legítima tiene que actuar rectificando ligeramente los llamamientos legales (así lo deduciré en su momento del art. 807 y de la tradición, a pesar de la supresión accidental del artículo 953, donde pienso ocuparme de la cuestión). Pero, en definitiva, *exceptio confirmat regulam*, y existe un asenso generalizado de considerar la legítima como institución propia de la sucesión testada, dentro de la cual la estudian la práctica totalidad de los tratadistas.

(33) Así también parece entenderlo LACRUZ: *Op. cit.*, pág. 107, «a contrario».

ser más que un artículo que ordena algo tan natural como una interpretación contra las sustituciones vulgares implícitas en favor de los descendientes, basado en una estadísticamente probable malquerencia contra la estirpe, pero en modo alguno impide el juego de una sustitución vulgar expresa, la incoherente discriminación entre sucesión testada e intestada se aminora o desaparece por completo. Pero que a los descendientes del indigno les corresponde en la intestada toda su porción viril me lo refuerza la consideración del caso en que el luego incapaz recibió su parte en el caudal vía donaciones colacionables: sólo en la medida en que la causa de indignidad lo fuere también de ingratitud (y el paralelismo entre el art. 648 y el 756 no es ni mucho menos total), podrían revocarse por el donante y muy limitadamente (art. 653, 1.º) por los herederos; pero, obsérvese, ¡nunca contra la estirpe, como tal, del donatario! (art. 653, 2.º, y aunque «heredero» no sea exactamente «descendiente»).

No es inoportuno, pues, que el artículo 761 siga hablando de testador, como tampoco lo es demasiado que siga aludiendo al género —incapacidad— y no a la especie —indignidad— (34), aunque sea ésta una terminología a superar (35).

Las nociones de hijo o descendiente en los dos escalones imaginados por el precepto, es decir, en el del indigno y en el de su progenie, comprenden hoy todas las clases igualadas por los artículos 108, 2.º; 176, 2.º, y 179 (36), a saber, los matrimoniales, los no matrimoniales y los adop-

(34) Única a la que resulta aplicable el precepto.

(35) No se olvide que según el penúltimo párrafo de la Exposición de Motivos del Proyecto cometido principal de la Ley que parcialmente comento, «no era corregir todas las deficiencias de nuestro sistema, por evidentes que pudieran parecer».

(36) Es aconsejable que dedique ahora un excursus todo lo extenso que sea menester para demostrar dos premisas en las que se basan algunas afirmaciones del texto no sólo aquí, sino en otros lugares posteriores, a saber:

1.º Que el artículo 176 sigue vigente; y

2.º Que el artículo 176, 2.º al establecer parentesco entre el adoptado y sus descendientes, de un lado, y la familia del adoptante, de otro, se halla en aparente contradicción con el artículo 179, que por una parte equipara el hijo adoptivo al legítimo sólo en la sucesión del adoptante (y no, aparentemente, en la de cualquier otro familiar de éste), y, por otra, en la sucesión del propio hijo adoptivo parece circunscribir a los adoptantes la equiparación con los ascendientes en general. La contradicción para el caso de adopción plena debe resolverse a favor de la prevalencia del artículo 176, 2.º, sobre el 179, mientras que, en cambio, la también existente entre el artículo 176, 2.º y el 180, 3.º y 4.º, debe disiparse en provecho del último de esos preceptos.

Véamoslo:

A) En cuanto a la primera cuestión, una lectura precipitada del artículo segundo de la Ley 30/1981, de 7 de julio —*Boletín Oficial del Estado* del 20 siguiente—, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y

divorcio, podría hacer pensar que el artículo 176 ha sido suprimido *del Código*. Pero se trataría de una interpretación literal y a lo sumo sistemática (sistemática porque el participio «suprimido» que se emplea a continuación, con referencia al párrafo último del artículo 195, sí significa la expulsión de dicho párrafo de nuestro primer cuerpo de derecho privado)

Yo, en cambio, sostengo que la palabra «suprimido» referida al artículo 176 del Código, en el artículo segundo de la Ley 30/81 significa tan sólo que aquel precepto ha sido borrado del propósito reformista de esa Ley, es decir, que, a pesar de la frase inicial de dicho artículo segundo («Los artículos del Código Civil que a continuación se indican quedan modificados en la forma que se expresa»), lo que realmente quiso el legislador fue abstenerse de rectificar innecesariamente y por segunda vez un artículo que ya rezaba como él quería: por eso el artículo 176 sigue teniendo el mismo tenor que le dio la Ley 11/81 y su supresión fue sólo del proyecto de ley llamada, inadecuada pero brevemente, de divorcio.

Avala mi aserto:

1.º La interpretación de los antecedentes legislativos (cf. art. 3.1 Código Civil).

Ciertamente, el Proyecto de Ley de modificación del matrimonio en el Código Civil comenzaba diciendo en su artículo segundo (*vide B.O.C.G.* —Congreso de los Diputados—, I Legislatura, Serie A, núm. 123-I, correspondiente al 13 de marzo de 1980):

«Los artículos del Código Civil que a continuación se indican quedan modificados en la forma que se expresa.

Artículo 176

El párrafo segundo queda redactado así:

‘La adopción causa parentesco entre adoptante y adoptado y los descendientes de éste, pero no entre el adoptado y la familia del adoptante. El matrimonio produce también afinidad con los parientes por adopción’.

Pero al llegar el Proyecto a la fase de Ponencia —integrada para esta Ley 30 por muchos de los Diputados que formaron la que informó la Ley 11, en concreto, por los mismos que ésta (véase nota 4), salvo los señores Alvarez Alvarez, Ruiz Navarro, Sáenz Cosculluela, Maturana Plaza y Sagasta Cabrera, y además por los señores don Javier Moscoso del Prado, don José Antonio Escartín Ipiens, don Virgilio Zapatero Gómez, don Enrique Múgica Herzog y don Josep Pi-Sunyer i Cuberta—, la misma en su Informe —*B.O.C.G. cit.*, núm. 123-II, correspondiente al 6 de diciembre de 1980— recomendó:

«El artículo 176 puede ser eliminado tal como proponen las enmiendas números 290 (Socialistas de Cataluña) y 329 (Grupo Socialista), *porque se refieren —sic— a materia regulada en el Proyecto de Ley sobre Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio*» (así, con mayúsculas, en el original; el subrayado, en cambio, es mío).

Pero su recomendación no acertó a expresarse con fórmula feliz y unívoca, de modo que desde el Dictamen de la Comisión de Justicia hasta la aprobación definitiva —tras volver del Senado— por el Congreso de los Diputados, en todos los textos aparecía, a continuación del artículo 176, el participio «suprimido», sin duda denotando la voluntad de Sus Señorías de no volver a ocuparse allí de un artículo sobre el que se estaban pronunciando en otra sede, pero nunca la de hacerlo desaparecer del ordenamiento positivo, pues de haberlo querido suprimir, ¿qué sentido habría tenido seguir enmendándolo y contraenmendándolo en otra ley paralela?

La voluntad del Legislativo de no sólo no suprimir el artículo 176, sino, por el contrario, de potenciarlo, se evidenciará mejor al seguirle la pista a propósito de la segunda cuestión, la de su posible colisión con los artículos 179 y 180.

2.º Una interpretación lógica: Pues absurdo sería suprimir un precepto que especifique los efectos de la adopción sin sustituirlo por otro, sino simplemente provocando un vacío jurídico que sólo se podría integrar acudiendo al hábito que generó la regulación anterior, con lo que estaríamos en las mismas.

3.º Una interpretación teleológica ajustada al tiempo presente: pues en nues-

tros días, en toda clase de trabajos, debates e intervenciones (y de estas últimas en el Parlamento ofreceré una significativa muestra), se sostiene la necesidad de potenciar la adopción, especialmente la que hoy se acoge a la vestimenta de «plena», y chocaría contra ese propósito generalizado el que un simple error de expresión de la Ley 30/81 hiciese decaer uno de los artículos más importantes de la regulación de aquel instituto.

Concluyo, pues, por las razones dichas, afirmando que el artículo 176 sigue vigente y así es de esperar que se refleje en las reediciones públicas y privadas que del Código reformado se efectúen.

Mi deseo casi no se ha visto cumplido. Tanto la edición de Editorial Civitas, Sociedad Anónima (sexta, actualizada, Madrid, 1981, pág. 94), como las más tardías del B. O. E. (Colección Textos Legales, Madrid, 1981, pág. 131) y de Editorial Aranzadi (Colección Lex Aranzadi, Pamplona, 1981, pág. 99), dan por suprimido el artículo 176, sin formular siquiera mediante nota ninguna duda sobre su posible vigencia. Dígase lo mismo de las ediciones preparadas por LUIS MORENO QUE-SADA: *Código Civil. Leyes civiles* (tomo I), Editorial Hesperia, 1981, pág. 90, y por ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Editorial Nomos, Valencia, 1981. Afortunadamente, la edición del Código Civil efectuada por Tecnos, S. A., preparada por CÉSAR SEMPERE RODRÍGUEZ, bajo la dirección de RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Madrid, 1981, en su página 124 reproduce el artículo 176 en letra bastardilla y de acuerdo con el texto de la Ley 11/1981, y al pie inserta esta impecable nota, con la que coincide plenamente:

«Art. 176. Redactado con arreglo a la Ley 11/1981 y suprimido posteriormente por la 30/1981.

Se incluye, no obstante (aunque sea en letra bastardilla), por entender, de acuerdo con la tramitación de la Ley 30/1981 en las Cortes, que nuestros parlamentarios no quisieron en realidad derogar el artículo, sino únicamente suprimir la modificación que el correspondiente Proyecto del Gobierno pretendía introducir en el mismo. Con semejante interpretación correctora (de un auténtico *lapsus* de nuestros parlamentarios), acorde con la voluntad del legislador, cabe salvar la vigencia del artículo y evitar, consecuentemente, una laguna legal imposible de integrar. Esta es la solución menos mala que cabe dar al tema.»

Sólo me cabe desear que cunda el ejemplo de esta edición privada (la más cuidada, como descubre ese y otros detalles, v.gr., la nota al art. 913, aunque, en cambio, quepa hacerle el reproche de no recoger las versiones anteriores de los artículos) y que, dando un paso más, se prescinda en el futuro de la letra bastardilla.

En la doctrina se apunta alguna opinión en dirección parecida a la mía. En concreto, ANDRÉS TORTOSA MUÑOZ, en «Adopción: Nota a la supresión del artículo 176 por la Reforma del Código Civil de 7 de julio de 1981», *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 2.ª época, núm. 10, octubre 1981, páginas 1864-5, sugiere varias soluciones: la de que se trata de una errata; la de distinguir entre «derogación», que afectaría a preceptos antitéticos, y «supresión», que afectaría a preceptos superfluos, que es lo que —según él— le ha sucedido al artículo 176, y, finalmente, la de minimizar el alcance del error legislativo a base de hacer decir a otros preceptos lo que claramente resumía el artículo 176, para el que con buen humor y remedando una conocida tonadilla reserva como conclusión la siguiente frase: «se siente, se siente, su texto está vigente».

B) En cuanto a la segunda cuestión, es imprescindible exponer la evolución del artículo 176 en las Cortes, dentro del Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

En efecto, en el Proyecto de la Ley 11 —publicado, como dije en la nota 3, el 14 de septiembre de 1979—, se remodelaba el artículo 176, a fin de ajustarlo a las finalidades de esa ley: así, se suprimían las alusiones a las diversas clases de hijos, hoy superadas; se establecía una patria potestad conjunta para el caso

de adopción sucesiva por un cónyuge de los hijos del otro, y se introducían otras rectificaciones de menor importancia.

En concreto, decía así el artículo 176, según el Proyecto gubernamental:

«Corresponden al hijo adoptivo los mismos derechos y obligaciones que al habido de matrimonio, salvo cuando la ley disponga otra cosa.

La adopción causa parentesco entre el adoptante y el adoptado y descendientes de éste, pero no entre el adoptado y la familia del adoptante

La adopción confiere al adoptante la patria potestad sobre el adoptado menor de edad. Cuando un cónyuge adopte al hijo del otro, la potestad se atribuirá a ambos.

Extinguida la patria potestad del adoptante o adoptantes, se aplicarán, en su caso, las normas de la tutela, excluyendo de los llamamientos legales a los parientes por naturaleza.»

La Ponencia del Congreso en su Informe —publicado el 22 de mayo de 1980, es decir, después de publicarse el Proyecto de Ley llamado de Divorcio— mantuvo el texto del Gobierno.

(A modo de inciso, diré que, sin duda, estando la Ley, luego 11/81, en esta fase, lo que pretendía el nuevo retoque que se intentaba para el artículo 176, a través del Proyecto de la Ley que luego fue 30/81, no era sino atar un cabo suelto que se relacionaba con la materia de esta última, a saber, precisar que «el matrimonio produce también afinidad con los parientes por adopción»; precisión, dicho sea de paso, mucho menos importante y fácilmente sobreentendible, que el trastorno que ha originado el posterior «suprimido», que antes analicé.)

La Comisión de Justicia del Congreso en su Dictamen, publicado el 1 de diciembre de 1980 (o sea, cinco días antes de que lo fuese el Informe de la Ponencia de Divorcio, en el que ésta se abstenía —como expliqué— de volver a ocuparse del art. 176, a pesar del interesante aspecto sobre afinidad que se le ofrecía, pero por la razón poderosa de que no podía acoger ni sugerir enmiendas sobre el segundo párrafo de un artículo que estaba todo él pendiente de modificación por las Cámaras), mantuvo casi el texto de la Ponencia correspondiente, con sólo un leve retoque en su primer párrafo (en lugar de equiparar el hijo adoptivo con el «habido de matrimonio», lo igualó a los «hijos por naturaleza», si bien manteniendo siempre la salvedad de que la ley dispusiese otra cosa.

Pero al llegar el texto al Pleno del Congreso se produjo, a mi modo de ver, uno de los giros verdaderamente importantes de la Reforma. Dos grupos parlamentarios se habían reservado el derecho de defender en el Pleno sendas enmiendas no acogidas en Comisión, a propósito de nuestro artículo 176: el Grupo Parlamentario Comunista (enmienda núm. 125) y el Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana (enmienda núm. 384). Grupo éste erigido en verdadero adalid de la equiparación total de los hijos adoptivos plenos y los matrimoniales, a todo lo largo de la discusión parlamentaria, como se apreciará.

La defensa de la primera corrió a cargo del Diputado señor Solé Barberá (D. S. núm. 140, de 18 de diciembre de 1980, págs. 9027 y 9028), y aunque, como veremos, no prosperó, merece la pena recoger su discurso, como muestra de la filosofía que se respiraba en determinados sectores de la Cámara Baja:

«... Nosotros entendemos —dijo— que en el artículo 176 corresponde una nueva redacción, porque no nos gusta la que contiene el Proyecto, en la cual observamos defectos fundamentales que no son más que una reiteración de los muchos que ya hemos venido explicando a vuestras señorías.

Nosotros entendemos que en este artículo se insiste en considerar a los hijos consecuencia de la adopción con un *status* especial, que si no es otra vez de una manera clara, una forma de distinción entre hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales, se le parece mucho.

Nosotros pensamos que la asimilación rotunda de los hijos por naturaleza con los hijos por adopción es la que realmente corresponde a los criterios que significamos y señalamos en materia de adopción. Consideramos que los hijos adoptados lo son en unas condiciones y deben reunir una naturaleza tales, que la adopción

debe traer unas consecuencias en virtud de las cuales éstas se reflejen en el terreno puramente civil.

Otra cosa es que tengáis reservas en materia económica, *otra cosa es que tengáis reservas en materia de herencias* —el subrayado es mío— y otra cosa es que en este campo adoptemos determinadas cautelas; pero para nosotros, la adopción significa una asimilación rotunda y clara entre el hijo que tenga su procedencia en la adopción y el que lo es exclusivamente por naturaleza.

Ello nos lleva, además, a solicitar que en este artículo 176 tengáis en cuenta que, por la forma en que está redactado, hay una modificación de los criterios generales sobre patria potestad, siendo así que los criterios generales sobre patria potestad deben mantenerse incluso dentro del terreno de la adopción. Por ello hemos establecido, en materia de patria potestad, unos criterios de coparticipación entre el marido y la mujer que debemos mantener de una manera estricta dentro de la figura que estamos contemplando en este momento.

Se desarrolla en este mismo artículo, en el 176, al mismo tiempo, unos ciertos criterios sobre problemas de filiación. Los problemas de filiación serán siempre una cuestión delicada, pero pensamos que no debemos marcar ya aquí con problemas de filiación unos criterios que signifiquen una forma distinta de tratar al hijo normal, al hijo matrimonial, con el adoptivo. Por tanto, nosotros pensamos que la filiación de ninguna manera pueda afectar a la adopción. La adopción comporta unos criterios jurídicos, de los pocos que quedan con autenticidad y viveza en nuestra herencia del Derecho romano, cuya situación hoy en día debemos contemplarla con el mismo respeto, aunque la situación social sea diametralmente distinta, con que la contemplaron nuestros maestros.

Este es el criterio que nosotros mantenemos en la enmienda 125. Rogamos una reflexión acerca de la misma para ver si entre todos somos capaces de crear un Código con un cierto sentido novedoso y, al mismo tiempo, con un criterio de respeto a lo que representa en nuestras leyes civiles la adopción.»

Hasta aquí la parte que nos interesa de la intervención del representante comunista en defensa de la enmienda 125 de su Grupo. El sentido de dicha enmienda (cuyo tenor —repito una vez más— no conozco) se entrevera un poco a través de su discurso, que además contiene unos reproches, injustos unas veces, ininteligibles otras, al texto del artículo 176. tal y como venía de la Comisión. Si lo he reproducido parcialmente, a pesar de que la enmienda fue rechazada por 22 votos a favor, 211 en contra y cuatro abstenciones, es porque en él se trasluce la idea de que es compatible la equiparación «rotunda y clara» entre el hijo adoptivo y el matrimonial con el mantenimiento de ciertas «reservas» en materia de herencia, en perjuicio del primero (aunque me sospecho que esas reservas estaban pensadas más bien para los casos de fraude). De no haber sido rechazada la enmienda podría pensarse que no eran incompatibles los actuales artículos 176, 2, y 179, que circunscriben a los adoptantes el derecho de suceder al hijo adoptivo pleno, sin extenderlo al resto de su familia artificial y viceversa. Espero demostrar que no es así.

La otra enmienda, la 384, del Grupo Minoría Catalana, fue defendida por el Diputado señor Trías de Bes Serra, cuyas son estas palabras (D. S. últimamente citado, pág. 9029):

«Señor Presidente, señoras y señores Diputados, nosotros volvemos a insistir, también con machacona insistencia, como decía el Diputado que me ha precedido en el uso de la palabra —se refería al citado señor Solé Barberá—, en la equiparación de los hijos adoptivos con los hijos por naturaleza. Por ello nuestra enmienda al artículo 176 propone la supresión en el primer párrafo de la frase: ‘... salvo cuando la ley disponga otra cosa’. Es decir, ‘corresponden al hijo adoptivo los mismos derechos y las mismas obligaciones que a los hijos por naturaleza’, suprimiendo el final del párrafo, que dice: ‘... salvo cuando la ley disponga otra cosa’. Ello en congruencia con lo ya aprobado por esta Cámara en el artículo 108 de la modificación del Código Civil que se está debatiendo.

En cuanto al segundo párrafo del mismo artículo, que dice lo siguiente: ‘La

adopción causa parentesco entre adoptante y adoptado y descendientes de éste, pero no entre el adoptado y la familia del adoptante', nuestra enmienda propone que se diga: 'La adopción causa parentesco pleno entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante'. Porque si se mantuviera el texto del proyecto, podría resultar que EL ABUELO ADOPTIVO NO FUESE ABUELO Y QUE, ASIMISMO, LOS PRIMOS HERMANOS DEL ADOPTIVO TAMPOCO FUESEN PRIMOS HERMANOS. Y aquí sí que estamos discriminando al hijo adoptado, puesto que se daría esta incongruencia terrible y se darían supuestos, como los que se dan, en un matrimonio que adopta un niño y después tiene hijos por naturaleza. ENTONCES RESULTA QUE EL ABUELO ES ABUELO DE ESOS SEGUNDOS HIJOS, PERO NO ES ABUELO DEL PRIMERO (las mayúsculas de antes y las de ahora son mías).

Para evitar esta incongruencia y esta discriminación tan terrible, nosotros proponemos que la adopción cause parentesco pleno entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante.»

Hasta aquí el señor Trías.

A continuación tomó la palabra, en representación del Grupo del Gobierno, el señor Ruiz Navarro: «Sí, señor Presidente —dijo—, vamos a aceptar la enmienda 384 de la Minoría Catalana, salvo en la palabra 'pleno'. Creemos que se producen los mismos efectos, *pero no con la misma plenitud en que la Minoría Catalana propone* (el subrayado siempre es mío aquí y en adelante). O sea, aceptaríamos íntegramente la enmienda, exceptuando la palabra 'pleno'. ».

Más tarde manifestó su acuerdo el señor Trías (D. S. cit., pág. 9030): «Señor Presidente, señoras y señores Diputados, aceptamos la sugerencia del Grupo Parlamentario Centrista en cuanto que ha manifestado la aceptación de nuestra enmienda con la única salvedad de excluir la palabra 'pleno'. Estamos totalmente de acuerdo, puesto que *ése es el sentido de nuestra enmienda, y lo que vale aquí es lo que queremos que sea*. Por tanto, el texto supone también un gran avance en nuestra legislación».

A continuación se votó la enmienda al primer párrafo (203 votos a favor, 12 en contra, 20 abstenciones), luego la enmienda al segundo (206 a favor, 25 en contra, cuatro abstenciones) y, por último, se votó el resto del artículo 176 no enmendado (207 a favor, 12 en contra y 17 abstenciones).

Finalmente, me interesa recoger la intervención del Diputado del PSOE, señor Sotillo, cuando, a modo de explicación de voto, dijo (D. S. cit., pág. 9031):

«Este debate que ha habido es otro de los debates importantes en relación con este proyecto. Se trataba con él de dos problemas de fondo: Primero, ¿deben los hijos adoptivos tener los mismos derechos, la misma situación jurídica que los demás hijos habidos en el matrimonio? ¿Debe igualarse su situación? En esta posición, nosotros somos absolutamente favorables, y *por eso hemos votado en este tema a favor de la posición de la Minoría Catalana*.

Segundo tema de fondo: ¿Debe la adopción suponer una ruptura a efectos legales respecto a la familia natural del hijo adoptivo y una incorporación plena, en consecuencia, a la familia que lo ha adoptado? Nuestra posición es absolutamente favorable a la ruptura con una familia que no ha podido mantener relaciones paterno-filiales con su hijo, que lo ha abandonado o ha concedido una adopción precisamente porque no puede educarle, formarle, conforme a los mínimos requisitos familiares, y debe incorporarse plenamente a la nueva familia, rompiendo las relaciones anteriores, porque, de lo contrario, nadie adoptará si se encuentra pendiente sobre él la espada de Damocles por la cual siempre puede aparecer una primitiva familia, muy lejana en el tiempo, que no ha tenido ninguna relación afectiva, en la mayoría de los casos, con el hijo y pretende determinados derechos.

Por eso, nosotros no hemos podido coincidir con las tesis del Grupo Comunista en este punto y sí con las tesis mantenidas por la Minoría Catalana. Muchas gracias.»

En el velado reproche al Grupo Comunista, digámoslo de paso. Sotillo no se muestra muy justo, por cuanto también aquel Grupo, en su enmienda 127, sostenía

la ruptura del hijo adoptivo con su familia por naturaleza, salvo en el —justificadísimo— caso de adopción por un cónyuge del hijo del otro cónyuge (excepción que se habría obrado muy cuerdamente recogiéndola de modo expreso, aunque apurando la interpretación del art. 176, 3, se puede llegar a idénticos resultados). Pero ése es otro tema.

Continuando con el examen de los antecedentes legislativos del artículo 176 del Código Civil, debo añadir que ni este precepto ni los muy próximos (en contenido y los dos primeros también en colocación dentro del Proyecto) 177, 179 y 180 fueron objeto de enmiendas por los Senadores, no obstante lo cual, la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior de la Cámara Alta, cuya composición destacaré en el texto (*vide* nota 42), propuso en su informe (*B.O.C.G.* —Senado—, I leg. núm. 154 (d), correspondiente al 24 de marzo de 1981, pág. 138) que los artículos 176, 177 y 179 presentasen otro numeral de acuerdo con un nuevo artículo, el 7.º del Proyecto que introducía la Ponencia.

En efecto, ésta, tras el sexto y último de los preceptos con que definitivamente contó la Ley 11/81, sugirió la inclusión de otro más, el 7.º (y también de un 8.º), justificándolo con las siguientes palabras (*B.O. cit.*, págs. 141-2):

«La Ponencia considera que las modificaciones operadas en los anteriores artículos afectan al régimen jurídico de la adopción. En consecuencia, propone, por mayoría, nueva redacción de los artículos comprendidos en el capítulo V del título VII del libro I del Código Civil (arts. 172 a 180), capítulo en el que se suprimirían las secciones y cuyos artículos quedarían redactados en los siguientes términos (pueden verse en el *B.O.C.G. cit.*, págs. 142 a 144).

En resumen, la regulación propuesta suprimía la distinción entre adopción plena y simple, elevando los actuales requisitos de aquélla a generales de toda adopción; reproducía los artículos de la versión de 1970 con leves y útiles retoques (alguno proveniente del Congreso, como el acortamiento del plazo para presumir el abandono de un menor desde seis meses a treinta días —lo que se ha convertido en ley a través del art. 5.º de la misma—); dejaba sin contenido el artículo 180; pero en lo que aquí interesa, no resolvía —entiendo que por inadvertido descuido— la aparente contradicción entre el artículo 176, que seguía declarando un parentesco ilimitado entre la familia del adoptante y el adoptado, y el artículo 179, que parece limitarse a reconocer sólo a los adoptantes, en la sucesión del hijo adoptivo y sus descendientes, la posición de los ascendientes y viceversa (véase, además, la disposición transitoria duodécima que proponía el Senado: *B.O. cit.*, pág. 179).

La Comisión de Justicia e Interior, en su Dictamen (*B.O.C.G.* —Senado—, I leg., número 154 (e), correspondiente al 27 de marzo de 1981), aceptó dar una nueva redacción al capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, mediante la adición de ese nuevo artículo, el 7.º, al Proyecto de ley, aunque eso sí, introdujo ciertos retoques en la regulación que le sugería la Ponencia; así:

- suprimió la exigencia, cuando se adopten hijos del cónyuge, de una concreta diferencia de edad entre adoptante y adoptado, bastando sólo que aquél tuviese más edad que éste;
- suprimió la prohibición de adoptar afectante a las personas cuyo estatuto religioso prohíbe el matrimonio, y
- refirió la disposición transitoria duodécima a todas las adopciones y no sólo a las simples.

Pero tampoco reparó en la contradicción —si es que se entiende que la hay— entre los artículos 176, 2 (allí, 177, 2), y 179; también mantenía parecida contradicción en la nueva redacción que se daba, a través del otro artículo, el 8.º y último, al artículo 47 del Código, desde el momento que la licencia —hoy suprimida— para el matrimonio del adoptado menor se había de pedir al adoptante y, en su defecto, ya al Consejo de Familia, sin intercalar ningún otro ascendiente: ¿qué clase de parentesco es el que imaginaba la Comisión entre el adoptado y la familia del adoptante si después de afirmar rotundamente que es pleno, se niegan a la segunda (o respecto de ella) derechos sucesorios o la función de prestar licencia *ad nuptias*?

Lo cierto es que al volver el Proyecto al Congreso para debate definitivo, tanto el representante socialista, señor Sotillo, como el del Grupo Parlamentario de UCD, el Diputado y Notario señor Escartín Ipiens, destacaron los inconvenientes de una remodelación del instituto de la adopción hecha precipitadamente y con indudables defectos técnicos, aunque también reconocieron el esfuerzo del Senado y las virtudes de su propuesta que deseaban se incorporasen a una no lejana regulación meditada de la figura (pueden leerse sus atinadas intervenciones en el D.S. —Congreso—, núm. 163, de 28 de abril de 1981, págs. 10017 a 10020, aunque luego las reproduciré fragmentariamente). En definitiva, la Cámara Baja acordó, por 253 votos en contra, 16 favorables y una abstención, diferir para mejor ocasión el replanteamiento total del instituto de la adopción y se inclinó, en este punto, sólo por las rectificaciones que ella misma había introducido en su día.

Ahora bien, y ése es el punto clave, ¿cuál fue la *voluntas legislatoris* del Congreso al retocar el artículo 176, párrafos primero y segundo? ¿El propósito de Minoría Catalana, en su enmienda 384, al extender el parentesco hacia la familia del adoptante, fue sólo el de establecer unos lazos puramente sentimentales entre esos nuevos parientes (a lo sumo, extensibles a la obligación alimenticia y poco más, ya que los impedimentos matrimoniales tienen también regulación propia, por cierto no discriminatoria: cf. nuevo art. 47, 1.º), o era el de introducir al hijo adoptivo en la familia de su adoptante o adoptantes, con todas sus consecuencias? ¿La intención del Grupo de la mayoría relativa, al transigir con dicha enmienda, fue rebajar la potencial carga revolucionaria de ésta, al suprimirle el adjetivo «pleno»? ¿Qué significaba esa cabalística y mal construida frase: «creemos que se producen los mismos efectos, pero no con la misma plenitud en que la Minoría Catalana propone»? ¿Acaso el mantenimiento del aparentemente restrictivo tenor literal del artículo 179 fue intencional, precisamente porque el parentesco, en el sentir de los Diputados de UCD, no era tan pleno como pretendía el Grupo catalán? ¿Hasta dónde quisieron llegar en este punto los votos del PSOE?

La cuestión es delicada y difícil de contestar; cualquier interpretación puede mantenerse, pero en fin, tomando partido, creo que pueden efectuarse las siguientes consideraciones y afirmaciones:

1.ª La *voluntas legislatoris* es muy difícil de precisar en un Parlamento compuesto de muchas instancias, en el que coexisten diversas tendencias y cuyas actuaciones (*vide* nota 1) no se publican íntegramente. De ahí que la doctrina postule indagar más bien la *voluntas legis*, aunque con ello quizá en lo que se derive, en definitiva, es en dar prevalencia a la voluntad del intérprete, que acaso no cuenta con una legitimación similar a la que teóricamente deben ostentar los «padres de la Patria».

2.ª Apurando entonces la indagación del propósito del poder legislativo sobre nuestro problema, creo poder afirmar que *directamente* no tuvo ninguno. Sencillamente, la cuestión se le pasó por alto al Congreso y casi también al Senado. Tan absorto estaba en la equiparación de filiaciones, que no reparó en si quería llevarla realmente, sin demagogia, hasta sus últimas consecuencias.

3.ª Puestos a integrar una voluntad no desenvuelta de los legisladores (no de la ley ni, por tanto, mía), parece lícito repasar algunas intervenciones de Diputados y Senadores que contribuyan a adivinar qué es lo que habrían decidido si el concreto problema de la sucesión prole adoptiva-familia del adoptante se les hubiese planteado con toda claridad:

A) A propósito del debate sobre el artículo 108:

a) Intervención del Diputado señor Trias de Bes Serra, en defensa de las enmiendas 375 y 376 (D.S. —Congreso—, núm. 138, correspondiente al 16 de diciembre de 1980, págs. 8827 a 8828):

«Señor Presidente, señoras y señores Diputados, las enmiendas que voy a defender en nombre de mi grupo, la 375 y la 376, hacen referencia a un tema en el que nuestro Grupo Parlamentario ha insistido a lo largo de todo este Proyecto de ley, y es el de la equiparación de los hijos.

Como muy bien ha dicho el Ministro de Justicia, este Proyecto supone un

avance legislativo importante para nuestro país, supone una adaptación del Derecho de familia con un aire totalmente moderno; se produce un cambio sustancial en las relaciones de la familia, pero tiene, a nuestro juicio, un olvido, falta algo para que el Proyecto de ley sea absolutamente redondo, que es equiparar los hijos adoptivos *plenos* a los hijos matrimoniales o extramatrimoniales. La equiparación de los hijos sin distinción alguna pasa también, a nuestro juicio, por la equiparación de los hijos adoptivos *plenos*.

Se me dirá seguramente que la institución de la adopción merece, cuando menos, una modificación exclusiva, una modificación global, aparte de que no tiene nada que ver con las modificaciones que introduce este Proyecto de ley. Sin embargo, nuestro Grupo Parlamentario mantiene, no sólo con esta enmienda, sino con todas las enmiendas que presentamos a lo largo del Proyecto de filiación, la tesis de que, precisamente en lo que hace referencia a la filiación dentro de la adopción, es éste quizá el momento oportuno para afrontar una reforma, aunque luego, desde luego y por supuesto nos condicione a una modificación de la adopción en todos sus aspectos; repito que es un momento oportunísimo, es un momento que no podemos dejar pasar, puesto que cometeríamos un verdadero error al no proceder a la inmediata equiparación y dejaríamos a los hijos adoptivos *plenos* en una situación de franca discriminación.

Esta es la filosofía de nuestras enmiendas, ésta es la idea motriz de todas las enmiendas que hemos ido presentando, introduciendo precisamente esa equiparación de los hijos adoptivos a los hijos matrimoniales. No queremos que quede el Proyecto cojo, siendo un Proyecto bueno, un Proyecto progresivo, y que se diga que la institución de la adopción no es, en este caso, una situación del Derecho de familia y, sin embargo, se crea una situación similar al Derecho de familia. Parece que olvidándose de los hijos adoptivos *plenos* estemos equiparándolos en cierto modo, pero olvidamos que forman parte de esa familia a la cual se han integrado.

Nuestra solución —y éste es el texto de las enmiendas que estoy defendiendo en nombre de mi Grupo— modifica los párrafos segundo y tercero del artículo 108 en el sentido siguiente: El Proyecto dice que 'los hijos por naturaleza pueden ser matrimoniales o no matrimoniales'. Nosotros añadimos, modificando los párrafos segundo y tercero, que 'son matrimoniales los hijos de padre y madre casados entre sí. Los adoptados *plenamente* por ambos cónyuges, transcurrido el plazo dentro del cual la madre o la familia natural pudiese impugnar la adopción, tendrán la consideración de hijos matrimoniales siempre que los padres adoptantes soliciten y obtengan la declaración judicial de tales hijos como matrimoniales'

'La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva *plena*, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.'

Esta es sencillamente nuestra enmienda: la inclusión en este artículo de los hijos adoptivos *plenos*, para equiparlos absoluta y totalmente. No citaré ahora otras equiparaciones que introducimos a través de otras enmiendas en este mismo Proyecto, como son la eliminación de todas aquellas trabas, de todos aquellos supuestos de discriminación, como el parentesco que causen el adoptante y el adoptado, como la no concesión de derechos legitimarios a los hijos adoptivos, etc. Eso lo iremos tratando a través de otras enmiendas. Yo quería solamente, en este caso, dar una visión global de nuestra filosofía, que concretamente se introduce en este artículo. Naturalmente, después, en el artículo 115, debatiremos muy probablemente, a raíz de una enmienda de nuestro Grupo, un tema muy delicado, que es el de la inserción del niño adoptado *plenamente* en la familia que lo adopta. Entonces trataremos de argumentar la necesidad de no distinguir entre la paternidad biológica y la paternidad jurídica, introduciendo el concepto discutible y discutido de los antecedentes del Registro Civil en cuanto a la filiación, para que así se rompa —lo que, en definitiva, causará un gran beneficio al niño adoptado— la vinculación con la antigua familia, con todo lo que esto puede sonar de grave atentado contra otros derechos que recoge el propio Proyecto de ley y la misma Constitución, y a los que me referiré cuando lleguemos al artículo en cuestión.

Nuestra petición consiste en que se incluya ahora esa parte del Derecho de

familia que es la adopción, que no es una institución aparte, sino que es Derecho de familia, puesto que los padres que adoptan a un niño *plenamente lo integran totalmente en la familia*, le dan sus apellidos y *forma parte de la familia biológica desde aquel momento*, y éste está plenamente acorde con el nuevo Derecho de familia de los países más avanzados. Luego cuando hablemos del hecho concreto de los antecedentes registrales, de la vinculación del niño adoptado *plenamente con la familia biológica o con los padres naturales y la destrucción, la desaparición o la cancelación, o como se quiera llamar, de esos antecedentes registrales, para que luego ese niño no tenga un trauma en su vida cuando se entere, por cualquier procedimiento, sin quererlo él, sin quererlo nadie, de que forma parte de otra familia; cuando hablemos de eso haremos una referencia al Derecho comparado, que ahora simplemente sólo quiero mencionar.*

Con esta exposición breve, para no cansar a SS.SS., creo haber expuesto la filosofía global de nuestras enmiendas, y muy en especial de las enmiendas números 375 y 376 al artículo 108, que proponen la modificación de los párrafos segundo y tercero del mismo, tal como viene en el texto del Proyecto, con la redacción a la que antes me he referido, y que se concreta en *la integración plena del hijo adoptivo en la familia que lo adopta.*

Nada más y muchas gracias.»

b) Ante esta intervención del Diputado catalán pidió la palabra, en nombre del Grupo Parlamentario Centrista, el Diputado señor Ruiz Monrabal, quien tras justificar el que en la ley no se abordase plenamente la regulación de la adopción, añadió (*D.S. cit.*, pág. 8829):

«Pero para que Minoría Catalana comprenda bien la posición de mi Grupo, tenemos que adelantar que aceptamos y vamos a votar favorablemente la enmienda 376, porque esta enmienda tiene un alcance de las consecuencias y de la equiparación de los efectos con la filiación matrimonial y no matrimonial y no entra de momento en ninguna consideración de la naturaleza jurídica, de las características, de la especificidad jurídica de la institución de la adopción.

En este sentido queremos decir que nuestro Grupo votará en contra de la enmienda 375 por esas razones técnicas ya apuntadas, dejando aplazado el problema para un Proyecto de ley que englobe totalmente la institución de la adopción, Proyecto de ley que está en estudio y que se presentará a esta Cámara por parte del Gobierno, y aceptará y votará afirmativamente la enmienda 376, *en cuanto equipara en plenitud de efectos a la adopción plena.*

Muchas gracias.»

B) A propósito del debate sobre el artículo 176:

Recuérdese la significativa intervención del señor Trías y el esclarecedor ejemplo que propuso: «... porque si se mantuviera el texto del Proyecto, podría resultar que el *abuelo adoptivo* no fuese abuelo, y que asimismo los primos hermanos del adoptivo tampoco fuesen primos hermanos .., y se darían supuestos como los que se dan en un matrimonio que adopta un niño y después tienen hijos por naturaleza. Entonces resulta que el abuelo es abuelo de esos segundos hijos, pero no es abuelo del primero».

C) A propósito de la aceptación o no de la regulación completa que de la adopción había hecho el Senado. De las intervenciones de los señores Sotillo y Escartín son estas ilustrativas frases:

a) Sotillo, refiriéndose a la futura regulación de la adopción (*D.S.*, núm. 163, de 28 de abril de 1981, pág. 10018):

«Nosotros ofrecemos, desde este momento, cuatro criterios para esa reforma, y lo queremos decir públicamente a la hora en que se preparen los textos legislativos.

Hay que igualar al máximo los hijos adoptivos respecto a los hijos matrimoniales en la nueva redacción..., es decir, incorporarlos al máximo a la familia que los ha adoptado y romper los lazos de una familia que no los ha aceptado y, por tanto, que debe perder su relación afectiva y jurídica respecto a ellos. .

En tercer lugar, podría pensarse en un régimen de custodia de hecho, de guar-

da de hecho o de acogimiento similar al de la adopción, que no fuera equiparable totalmente al sistema de adopción, pero que tampoco fuera el sistema de adopción simple que en este momento se contempla en nuestro Derecho. .»

b) Escartín Ipiens (D.S. cit., pág. 10019):

«La adopción ha sido objeto de modificación en España en dos ocasiones recientes en los últimos veinticinco años y, por supuesto, la tercera modificación requiere quizá una elaboración con un conocimiento más amplio de todas las fuerzas políticas y sociales.

El tratamiento que ha hecho el Senado, dentro de un trabajo realmente importante de este Proyecto y que ha supuesto una mejora del texto que inicialmente se le aportó y que salió de esta Cámara, en materia de adopción planteaba, sin embargo, ya una definición que creo que es, en cierto modo, prematura y que, sin perjuicio de lo que pueda suceder, no podíamos asumir en un primer momento: era la supresión de la figura de la adopción simple y la incorporación a la adopción plena.

En este momento, nuestro Grupo no quiere tomar una posición porque cree que este tema requiere un debate mucho más amplio y reposado, dado que, por una parte, están las exigencias constitucionales de equiparación de toda clase de hijos, y otra cosa es que la filiación no matrimonial o no por naturaleza, sino la filiación legal, pueda naturalmente definirse en cuanto a sus consecuencias en la propia ley.

Ciertamente, la adopción simple y la adopción plena recogían dos formas de incorporación a la familia completa y sustancialmente distintas. Mientras que la adopción plena generaba un *status* familiar pleno, equiparado —como hemos visto en este texto— de forma contundente al de la filiación matrimonial, sin embargo, la adopción simple significaba aquellos supuestos de acogimientos familiares de hecho que realmente no comportan un estado de filiación con la misma asimilación que la filiación matrimonial o con las consecuencias de una filiación por naturaleza. Piénsese, por ejemplo, lo que significaría acogimiento de hecho de personas ya mayores que tuvieran que cambiar, a una edad ya madura, sus apellidos, como exige la adopción plena, o vincularan, por nuestro sistema de legítimas, nada menos que dos tercios de la herencia a favor del adoptado, cuando lo que se pretendía simplemente era un sistema de acogimiento familiar...»

D) En el Senado, a propósito del debate general y preliminar:

a) Intervención del Senador Ruiz Risueño (D.S. núm. 98, correspondiente al 31 de marzo de 1981, pág. 5029):

«Quedan, pues, dos clases de filiación, la filiación por naturaleza y la filiación por adopción, y dentro de la filiación por naturaleza, se distingue entre filiación matrimonial y filiación no matrimonial.

Sobre esta distinción importante, y que recoge el espíritu de la Constitución, todos los hijos, tanto por naturaleza o por adopción, tienen los mismos derechos y tienen los mismos deberes. Y aquí, en segundo lugar, viene el avance importante, a juicio de la Comisión, que ha introducido el Senado en el Proyecto de ley remitido por el Congreso de los Diputados.

En efecto, esta equiparación, a la que he hecho referencia en cuanto a los hijos, se extiende, además, a los hermanos, suprimiéndose toda diferencia de trato entre los mismos. Los hijos no solamente poseen el *status filii*, esto es, el estado de hijos, sino que también deben tener y poseer ese '*status familiae*' al que anteriormente me refería; son miembros de la familia de pleno derecho y, por consiguiente, no solamente la relación de padres e hijos o de hijos y padres, sino entre los hermanos, sean o no matrimoniales, debe dárseles el mismo tratamiento.

Otra de las innovaciones importantes del Senado ha sido la supresión de la figura de la adopción simple. A partir de ahora —y sin entrar en un estudio detallado de la figura de la adopción, que se dejará para un momento posterior— sólo hay una forma de adopción, que produce —como dije y puse de manifiesto anteriormente— los mismos efectos que la filiación por naturaleza. Y era lógica esta modificación del Senado, puesto que si los hijos adoptivos de manera simple

tienen los derechos reconocidos por la ley a los hijos naturales reconocidos, y se ha suprimido la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos y, por consiguiente, entre hijos naturales reconocidos o no, parecía lógico —y de ahí el avance importante del Senado— suprimir la distinción entre adopción plena y adopción simple.. »

b) Por último, la intervención más significativa para mi propósito, la que me ha hecho afirmar que al Senado «casi» le pasó inadvertido el problema, fue la del Senador y Notario don Alberto Ballarín Marcial. En su brillante alocución dijo algo tan esclarecedor y al mismo tiempo sorprendente como esto (*D.S. últimamente cit*, págs. 5039-5040):

«... El hijo que vive con la madre soltera constituye también una familia, y ahí se produce también esa estabilización psíquica y vital a que nos referíamos al principio. Tenemos, pues, una concepción amplia de la familia, como la que sostiene el letrado Gálvez, precisamente el letrado de la Comisión, en un comentario constitucional al artículo 39. Una concepción amplia que precisamente nos ha permitido aquí, en el Senado —y ello es preciso que no escape a la percepción—, el dotar a los hijos ilegítimos y a los adoptivos (a los llamados antes hijos ilegítimos, porque ahora ya no se les podrá llamar de esta forma); dotarles no sólo de un *status filii*, sino de un *status familiae*, y HEMOS LLEGADO A ESTABLECER LA SUCESION ENTRE LOS HERMANOS ADOPTIVOS, la sucesión abintestato, porque hemos considerado que el hijo adoptivo había entrado plenamente en una familia. INCLUSO LA SUCESION ENTRE EL HIJO ADOPTIVO Y EL ABUELO, o ¿es que no hay comunidad de afectos, es que no hay comunidad de vida? ¿Es que la causa de la sucesión no es, en definitiva, proceder del mismo padre al que está ligado uno por vínculo de sangre, otro por vínculo de adopción, pero según el artículo 39 identificados totalmente esos dos hijos?

He aquí, señores, un cambio fundamental realizado por el Senado, un cambio progresivo, un cambio hacia adelante...»

Me interesa destacar de esta última intervención lo siguiente:

1.º Que sorprende, como decía, el que atribuya al Senado innovación en la cuestión de la sucesión entre prole adoptiva y familia del adoptante, siendo así que los preceptos seguían siendo los mismos en ese extremo que los que provienen del Congreso, especialmente el artículo 179.

2.º Que, sin embargo, la interpretación que él efectúa en orden a nuestro problema es especialmente representativa, primero por su condición de especialista en Derecho privado, que le ha permitido imaginar el tantas veces aludido caso de sucesión, y segundo, por su condición de ponente —dentro de una Ponencia muy reducida— de la Comisión de Justicia e Interior de la Cámara Alta.

3.º Que cuando pronuncia esas palabras sobre el *status familiae* del hijo adoptivo con sus secuelas sucesorias, había sido suprimida la adopción simple, por lo que sólo podía referirse a la plena.

4.º Que aun cuando toda la reforma que el Senado elaboró para la adopción fue rechazada en última instancia por el Congreso, ya he destacado que los artículos sobre los que Ballarín pudo basar su afirmación presentaban idéntica redacción que los que había retocado el Congreso y luego se convirtieron en ley; por lo que la suya es una opinión perfectamente sustentable hoy.

Del conjunto de todas las intervenciones hasta aquí reproducidas, total o fragmentariamente, creo que se deduce:

1.º El propósito de las Cortes de no remodelar por ahora de modo completo el instituto de la adopción, cometido que requiere una mayor meditación y reposo.

2.º La aceptación de ciertas reformas parciales, algunas de indudable trascendencia, como la que comento aquí.

3.º Subyace en el ánimo de los representantes intervinientes que los hijos adoptivos que se quiere equiparar totalmente a los hijos por naturaleza son los adoptivos plenos; se imagina como prototipo de ellos al abandonado recién nacido que se integra absolutamente en la familia de una pareja no fértil o fértil a destiempo.

4.º La adopción simple para ellos es otra cosa, aunque en sus intervenciones no cuiden siempre el subrayar que se refieren a los adoptados en forma plena. Aquélla es o debe ser el cauce por el que se canalizan ciertos «acogimientos de hecho», de personas ya mayores que han convivido períodos más o menos largos de tiempo con sus adoptantes, con los que se han comportado solícitamente, pero sin que sus lazos con ellos signifiquen la ruptura total de los que conservan con su familia por naturaleza.

5.º Todas esas ideas primarias han querido plasmarlas fragmentariamente en los retoques de algunos de los preceptos de la adopción y les ha salido un resultado contradictorio o confuso, pero que con ayuda del pretexto y del contexto se puede quizá desentrañar, como intento yo.

Analicemos ahora, a mayor abundamiento, los datos legislativos ciertos, los plasmados en el texto de la ley (en otras palabras, lo que antes llamé *voluntas legis*), y veamos cómo pueden cohonestarse con mi tesis:

— El artículo 108, 2, no es del todo significativo porque su inciso final, «conforme a las disposiciones de este Código», atenúa bastante la rotundidad de la declaración anterior: «La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos...». Con todo, aquella apostilla podrá modalizar, pero no desvirtuar el principio al que califica. Medítese, por lo que se refiere a la adopción, la distancia que se advierte entre este párrafo y el primero del artículo 176, en su versión anterior a la reforma: la remisión a la regulación posterior por el Código o la ley no se imagina como una posible excepción limitada al criterio de equiparación, sino más bien como una ejemplificación o pormenorización de ese criterio.

— El artículo 176, párrafo primero, sí que resulta diáfano: «Corresponden al hijo adoptivo los mismos derechos y obligaciones que a los hijos por naturaleza»; no se olvide que se le suprimió intencionadamente aquel apéndice que decía «salvo cuando la ley disponga otra cosa». Obsérvese: 1) que, a diferencia del artículo 108, 2, este precepto no alude expresamente al hijo adoptivo pleno, sino al hijo adoptivo sin más, y 2) que el artículo 176 sigue incardinado en una sección dedicada a las disposiciones generales sobre ambos tipos de adopción. Una postura coherente, pero falta de fundamento, sería la que razonase así: cierto, los artículos 108, 2, y 176, 1, desarrollando el principio contenido en el artículo 39, 2, de la Constitución, equiparan los hijos adoptivos plenos y simples a los hijos por naturaleza; es así que, sin embargo, los artículos 179 y 180 contemplan todavía algunos aspectos discriminatorios (para los simples no sólo en relación con la familia del adoptante, sino con relación también al propio adoptante); *ergo*, se da una contradicción irreductible (similar a la que puede mediar entre los arts. 759 y 799), que debe resolverse bien prescindiendo de los preceptos codificados y decidiendo de acuerdo con los principios generales (en su variedad de principios constitucionales), bien dando prevalencia a aquéllos —los 108, 2, y 176, 1— que se sitúan en la línea de esos principios. Pues bien, ese razonamiento lógico y contundente yo me atrevo a secundarlo a propósito de los hijos adoptivos plenos, pero recelo antes de aventurarme en idéntica conclusión para los hijos adoptivos simples. Las razones que me inducen a ello son algo arbitrarias, lo sé, pero presiento que no estuvieron pensando en la adopción simple ni el legislador constitucional (al redactar el artículo 39, 2) ni el legislador ordinario (al retocar el art. 176, 1). No se me ocurre que puedan equipararse a un hijo biológico personas adoptadas después de los catorce años, no unidas al adoptante por lazos familiares o afectivos que hubiesen hecho posible su adopción plena y que en caso de falta de pacto en la escritura de adopción conservan sus propios apellidos (arts. 178 y 180, 2). La expansión de los principios igualatorios debe frenarse ante los que en el ánimo de la conciencia popular (e incluso en el de sus representantes) no son sociológicamente hijos.

Aun admitiendo que la igualdad constitucional y legal deba ceñirse al adoptado pleno, también podría argüírseme que lo que el legislador quería era equiparar a los hijos, pero no a los nietos, biznietos, sobrinos, primos, etc. Es decir, que

respecto de los padres se ha uniformado la situación de los hijos por naturaleza y de los hijos legales en su variedad de adopción plena, pero que el legislador no ha querido llevar esa ecuación a las relaciones con los demás parientes del adoptante.

Algo de verdad hay en ese razonamiento y por eso yo al principio remarcaba que la contradicción no se da exactamente entre el artículo 179, de un lado, y los artículos 108, 2, y 176, 1, de otro, sino más bien entre aquel precepto y el 176, 2. Y vamos con este último precepto.

— El artículo 176, 2, afirma revolucionariamente que «la adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante». De nuevo interpreto que este párrafo piensa más en la adopción plena que en la simple, aunque no lo diga expresamente. Pues bien, si ése es el haz, el envés debe ser el de que se rompen los lazos de parentesco con la familia por naturaleza, so pena de poder tener una misma persona hasta cuatro padres, ocho abuelos, etc. (Recuérdese, además, la intervención de Sotillo, tras la votación del art. 176). Así lo decreta, a efectos sucesorios, el artículo 179, 2, aunque no se me oculta que algunos autores en la regulación anterior sostenían que el hijo adoptivo sí conservaba derechos por ministerio de la ley en la herencia de sus parientes por naturaleza, bien que no viceversa. Hoy esa postura minoritaria me parece menos sostenible para la adopción plena, si partimos de que se ha potenciado, a través del artículo 176, 2, la integración en la familia de adopción. Y si, además, se concluye, cual yo, que la integración es total, es decir, alcanza a la familia del adoptante, no podrá siquiera alegarse que en teoría tenga el hijo adoptivo pleno menos parientes a quien poder suceder.

Pero, en fin, la cuestión clave que ya anticipé antes es ésta: ¿Qué clase de parentesco ha establecido este artículo 176, 2, si no lo extendemos al ámbito sucesorio? Se trataría de los primeros parientes que, sin causa de indignidad y sin motivo justificado, son excluidos de los llamamientos sucesorios legales. ¿Es un parentesco circunscrito sólo a aspectos personales: v. gr., llamamiento a la tutela (confróntese el significativo giro que supone el art. 176, 4, actual respecto del anterior), a la representación del ausente, prestación de alimentos, etc.? Podría ser, pero ya vimos que no era el propósito de la enmienda de Minoría Catalana ni concuerda con la interpretación del Senador Ballarín, y además aquí sí interesa aducir el *ubi lex non distinguit*. ., y es evidente que el artículo 176, 2, no diferencia aspectos parentales personales y sucesorios. Y no se me diga que la ley sí distingue, a través precisamente del artículo 179, 1, porque eso me lleva, por último, a abordar también ese precepto en relación con mi problema.

— Artículo 179. Decía que tampoco se puede afirmar rotundamente que el legislador haya querido establecer con este artículo una clara excepción en materia sucesoria, a los efectos del parentesco general decretado en el artículo 176, 2, porque si bien se mira, lo que se ha producido en este artículo es una laguna legal. Regula el mismo las relaciones sucesorias entre las personas a las que enlazaba el parentesco de adopción según la normativa del Proyecto; pero he aquí que se amplía en el Pleno de la Cámara Baja el ámbito subjetivo del parentesco legal y se olvida abordar sus repercusiones sucesorias. El vacío se me antoja entonces lícito integrarlo con los principios generales. Y no parece acertado aplicar al artículo 179, 1, la regla del *inclusio unius* (adoptante), *exclusio alterius* (demás ascendientes), porque no fue ésa la voluntad expresa del poder legislativo en ningún momento.

— Todavía pueden aducirse otros muchos preceptos en apoyo de mi interpretación. Así, y principalmente, el artículo 931, cuando dice: «Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes, sin distinción de sexo, edad o filiación», pero también todos los artículos relativos a las legítimas o a la sucesión intestada que aluden a parientes sin efectuar discriminación alguna (entre los reformados, 807; 837, 1; 841, 1; 842; 843; 847; 853; 854 —y la rectificación de estos dos últimos en relación con su versión 1978 es especialmente elocuente—; 857; 913; 935; 938; 940; 943; 946; 954, etc.), como asimismo todos los que establecen consecuencias del parentesco, sin distinguir la índole del mismo y por aplicación del principio *cuius est commodum eius est incommodum* (así, de nuevo sólo

entre los reformados: arts. 143, 144, 184, 211, 220, 227; en otro sentido, el 692, 1, etcétera).

En resumen, y para terminar esta larguísima nota sobre los artículos 176, 179 y concordantes, me atrevo a sentar las siguientes conclusiones, que desearía ver confirmadas (o rechazadas, pero, por lo menos, despejadas) por la jurisprudencia o por una próxima disposición legal:

1.ª El artículo 176 del Código SIGUE VIGENTE en la versión dada por la Ley 11/81.

2.ª El hijo adoptivo *pleno* ocupa UNA POSICION IDENTICA a la del matrimonial en cualesquiera aspectos del Derecho civil, en especial, que es lo que ahora me preocupa, en su POSICION SUCESORIA RESPECTO DE LA FAMILIA DEL ADOPTANTE (y VICEVERSA, dada la reciprocidad que ha inspirado siempre esta materia).

3.ª El hijo adoptado simple NO ha querido ser objeto de una equiparación similar por el legislador de 1981 y SU POSICION SUCESORIA ES ESCUETAMENTE LA QUE SE CONDENA EN EL ARTICULO 180, 3 y 4, a cuyo comentario me remito.

A modo de apostilla final, diré que la tesis que patrocino para la potenciación de la adopción plena debe entenderse referida al momento de la entrada en vigor de la ley 11/81 (cf. disposición transitoria primera de la misma), aunque en su aspecto sucesorio, sólo para las sucesiones abiertas después de dicho momento (disposición transitoria octava) (*).

(*) También en espera de la impresión de este trabajo se han producido, en relación con el contenido de la precedente nota (36) —que quizá debió constituir un opúsculo independiente—, dos circunstancias que cabe reseñar:

1.ª En primer lugar, la ocurrencia de un nuevo argumento en apoyo de la interpretación en ella defendida.

2.ª Y en segundo lugar, la aparición de las primeras opiniones doctrinales sobre el problema.

1. En cuanto al primer extremo, el nuevo argumento lo aduje en una pequeña charla o conferencia que tuve el honor de dar en el Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Barcelona y creo conveniente reproducirlo aquí ahora. El mismo deriva de un orden jurídico al que debemos ir acostumbrándonos los privatistas: en concreto, me refiero al que resulta de la Sentencia de 13 de junio de 1979, dictada por el Plenario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con motivo del llamado caso *Marckx*. En dicho fallo se afirma, entre otras cosas, que el Alto Tribunal no encontraba ninguna justificación objetiva y razonable para que la legislación belga no reconociera ningún derecho de sucesión abintestato a una hija adoptiva en relación con la familia de su madre adoptante, lo cual constituye, a su juicio, una violación del artículo 14, combinado con el 8. de la Convención europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecha en Roma el 4 de noviembre de 1950, en tanto en cuanto restringe sus derechos sucesorios en relación con sus parientes próximos por la línea materna (párrafo sexto del apartado II, c), de las consideraciones de derecho, y punto 10, apartado IV, del fallo: puede verse toda la sentencia, dirigida más bien a anular las discriminaciones de la legislación belga en relación con los hijos naturales reconocidos, en el libro *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, de ENRIQUE LINDE, LUIS IGNACIO ORTEGA y MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, coordinado y prologado por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, Ed. Civitas, Madrid, 1979, páginas 405 a 421).

Y ya se sabe que estos pronunciamientos, hasta hace poco más o menos retóricos o angelicales, han adquirido en nuestro Derecho interno una importancia capital, por cuanto España no sólo ha firmado el citado Convenio o Convención el 24 de noviembre de 1977, sino que ha depositado su instrumento de ratificación el 4 de octubre de 1979, desde cuyo momento entró en vigor para nuestro Estado, si bien su incorporación al Derecho positivo patrio —de conformidad con el artículo 96, 1, de la Constitución, y 1, 5, del Código Civil— no se produjo para los ciudadanos hasta el 10 de octubre siguiente, fecha en que tuvo lugar la publica-

ción oficial en el *B. O. E.* del texto de la Convención. Por si fuera poco, el artículo 25 de la misma dispone que:

«La Comisión podrá conocer de cualquier demanda dirigida al Secretario General del Consejo de Europa por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el presente Convenio, en el caso en que la Alta Parte Contratante acusada haya declarado reconocer la competencia de la Comisión en esta materia.»

Pues bien, como es sabido, por haber sido noticia periodística no lejana, el *Boletín Oficial del Estado* del 30 de junio de 1981 publicaba la Declaración de fecha 11 anterior, por la que el Estado español reconoce por un período de dos años, a partir del primero de julio de ese año, dicha competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos para conocer de las demandas individuales contra violaciones, incluidas las legales, de los derechos protegidos por la Convención. De modo que, como nos enseña GARCÍA DE ENTERRÍA en el prólogo del libro citado, la Convención de 1950, y de acuerdo con su artículo 46, su interpretación por el Tribunal europeo, tendrá una triple virtualidad:

1.ª Será invocable ante los Tribunales y las autoridades españolas como inmediatamente aplicable.

2.ª Será invocable ante el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incluso (hasta el 1 de julio de 1983, cuando menos) por cualquier particular afectado por la discriminación, eso sí, previo agotamiento de los recursos internos y de la preceptiva conciliación por la Comisión.

3.ª Que es la que más interesa ahora, deberá servir de pauta para la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (art. 10 de la misma), entre los cuales puede situarse sin esfuerzo el derecho a la equiparación de los hijos, consagrado en el artículo 39, 2, de nuestra Ley Fundamental (situado dentro del título I) y desenvuelto por la reciente reforma del Código Civil, que comento (cf. art. 53, 3, de la Constitución; y aunque la infracción de ese principio de igualdad de los hijos, insito en el art. 39, 2, no podría fundamentar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional —art. 161, b), en relación con el 53, 2, de la Constitución, y art. 41, 1, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, de regulación del Tribunal Constitucional—, sí podría producirse por violación del art. 14 de la tan citada norma suprema).

En definitiva, los textos constitucionales e internacionales vigentes, nos obligan a interpretar la colisión artículo 176, 2-artículo 179, en el sentido que queda expuesto, y así deberán entenderlo los tribunales y autoridades españolas (incluido el Tribunal Constitucional) o, en otro caso, el Tribunal Europeo, reiterando el precedente *Marckx*.

II. En cuanto al otro aspecto que quería abordar en este añadido, a saber, el de las primeras opiniones que van surgiendo, me limitaré a resumirlas:

1. ALBALADEJO (en *Curso de Derecho civil V Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1982 —*sic*—, págs. 407 a 410) llega a conclusiones diametralmente opuestas a las mías:

a) Considera derogado y bien derogado el artículo 176.

b) Da prevalencia sobre él, incluso durante el corto período en que, en su opinión, estuvo vigente, el artículo 179, de modo que el adoptado pleno gozaría de un simple *status filii*, no de un *status familiae*, por lo menos a efectos sucesorios.

c) Lúcidamente, se percata de que su construcción llega a extrañas consecuencias, en concreto, a las siguientes:

— «La de que a los descendientes del adoptado les sucede el adoptante, y si éste tenía, a su vez, padre adoptivo, también éste, mientras que no les sucede el padre de sangre del adoptante. Por raro que parezca, esa conclusión impone que el adoptante herede al adoptado y a sus descendientes, y no sólo a los de sangre, sino también a los adoptivos »

— «Otra consecuencia que habrá que admitir es la de que entre sí los descen-

dientes de sangre del adoptante y el adoptado y sus descendientes carecen de derechos sucesorios. De modo que el hijo de sangre del adoptante y el hijo que éste adopta, que son hermanos adoptivos, no se heredan como se heredarían dos hermanos de sangre.»

— «Y, por último, en esa línea está también que dos personas que sean adoptadas por los mismos padres y que se convierten en hermanos por la adopción, tampoco se heredan entre sí.»

Estas aporías en que desemboca la interpretación de ALBALADEJO, según él mismo honradamente descubre y reconoce, son la mejor demostración de que la hermenéutica correcta no es la que el docto profesor ha utilizado en esta ocasión, sin que parezca oportuno insistir aquí en mis anteriores razonamientos, ni menos extenderme a otros pormenores en los que también discrepo (v.gr., en el reconocimiento que él hace de derechos sucesorios al hijo adoptivo respecto de su familia de sangre —aunque no viceversa—, fuera del único caso en que yo lo creo posible: adopción por un cónyuge de los hijos del otro). Véase también la página 378 de la obra citada, donde insiste en las mismas conclusiones a propósito de la legítima.

2. LACRUZ BERDEJO, en su obra conjunta con SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981, mantiene una posición no muy definida en torno al problema de esta desmesurada nota:

— Por un lado, parece haber escrito la nueva versión de su densa e importante obra bajo el imperio de la Ley 11/1981 y antes de la aparición de la Ley 30, puesto que no hace ninguna alusión a la posible derogación del artículo 176 del Código Civil, de cuya incontestable vigencia parte.

— Por otro lado, en sede de legítimas (pág. 473), y después de reproducir el actual artículo 179, 1, del Código Civil, afirma: «Pero este precepto no hace ningún llamamiento a los ascendientes del adoptante, por lo que cabría sostener que pese al parentesco que proclama el artículo 176, ni el hijo adoptivo hereda directamente a los padres de su padre, ni estos 'abuelos adoptantes' al 'nieto adoptado'. Así se desprendería del hecho de que el texto ahora transcrito hable de 'la sucesión del adoptante' y no de la de sus ascendientes, mientras los que ocupan 'la posición de ascendientes' en 'la sucesión del hijo adoptivo' son 'los adoptantes', y no los progenitores de éstos». Y la única atenuación que encuentra dicho tratadista a tan literalista interpretación es la que enuncia a renglón seguido y con estas palabras: «Ahora bien: puesto que el hijo adoptivo es plena y absolutamente igual que uno consanguíneo en la relación con su padre, debería suceder (para lo que ahora nos interesa: en cuanto legitimario) al abuelo, padre del adoptante, por derecho de representación, lo cual estaría de acuerdo con la finalidad de este instituto de paliar las consecuencias sucesorias de la muerte prematura del padre cuando éste no ha heredado todavía a los suyos».

— Pero, finalmente, a propósito del orden de suceder *abintestato* (págs. 560-1), LACRUZ se muestra aún más dubitativo y algo contradictorio, porque tras insistir, a la vista del artículo 179, en que «no parece que deba deferirse la sucesión de los parientes del adoptante al adoptado cuando no está llamado por la ley (pienso que intencionadamente —dice—) y hay parientes que lo están», destaca luego el inconveniente de lo fácilmente que será llamado en tal caso el Estado a la sucesión intestada del adoptado pleno, y concluye con este párrafo, paradójico, pero certero, que acaso podría sostenerse que contiene su último pensamiento al respecto (si no fuera por la antigua tesis de GULLÓN que en letra pequeña recoge a seguido): «En mi opinión —escribe—, la desconexión definitiva con la familia natural, que establece el artículo 179, 2.º, es un importante argumento en favor de la interpretación amplia de su párrafo 1.º, que estaría de acuerdo con el artículo 176, y con arreglo a la cual el hijo adoptivo sucedería a los consanguíneos de su progenitor, y éstos a él».

tados plenos. Si el causante respecto del que se es indigno muere intestado, cabe defender que también pueden intervenir en alguno de los dos peldaños los hijos adoptivos simples a la vista del cuarto y último párrafo del artículo 180 reformado. Es decir, si el causante cuenta sólo con hijos adoptivos simples que le deban suceder con arreglo a dicho párrafo y alguno (o todos) incurre en indignidad, una vez declarada o reconocida ésta, la herencia intestada deferida al mismo pasa a serlo a sus descendientes —incluidos, en su caso, los hijos adoptivos simples que pudiera haber si son los únicos con que cuenta a su vez el indigno que sea viudo o soltero y huérfano; de haber otros, parece que éstos tendrían preferencia para representar al incapaz—. Dígase lo mismo si el indigno es hijo matrimonial, no matrimonial o adoptivo pleno y deja hijos adoptivos simples con derecho a sucederle *ab intestato* por no operar otros llamamientos preferentes. Con todo, la cuestión es dudosa.

El artículo 761, en su versión actual, idéntica al primer párrafo de la anterior, ¿sigue contemplando un caso excepcional de delación material de la legítima en favor de los descendientes del indigno más que una representación de aquellos en la condición de legitimario de éste?; ¿la omisión de esos descendientes sigue sin constituir preterición, de modo que lo único que sucede es que ante la falencia del llamamiento al indigno se les defiende a aquellos exclusivamente la porción legitimaria destinada a este último?

Sabido es que en la regulación anterior la cuestión era discutida, de modo que, valiéndome del exhaustivo resumen de VALLET, admitían para los descendientes del indigno la condición de sucesores en la cualidad de legitimarios y, por ende, admitían su preterición GIMÉNEZ ARNAU, CÁMARA, BONET y GARCÍA BERNARDO LANDETA (37); y, en cambio, patrocinaban la solución contraria un número quizá mayor de autores (38): NAVARRO AMANDI, ROCA SASTRE, FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, LACRUZ, PUIG BRUTAU y el propio VALLET.

Los argumentos de este segundo grupo doctrinal podrían resumirse así:

1.º El artículo 761, como su paralelo el 857, constituyen «normas innovadas, inspiradas en motivos de piedad que no deben interpretarse de modo extensivo» (VALLET).

Tampoco considero conveniente ir más allá en esta nota de una escueta exposición de la opinión de LACRUZ, sólo en determinados fragmentos coincidente con la mía.

(37) JUAN VALLET DE GORTISOLO: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, tomo I, «Las legítimas», vol. I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, pág. 628, nota 150.

(38) *Ibidem*, nota 151.

2.º No parece que la situación de los descendientes del indigno o del justamente desheredado deba ser mejor que la del hijo injustamente desheredado» (VALLET).

3.º «En los supuestos de indignidad y desheredación el legitimario inicial ha sido mencionado y con él (si vive al tiempo de fallecer el testador) la estirpe de los legitimarios ulteriores ha quedado también aludida, no siendo razonable aplicar la sanción que el legislador no pensó para estos supuestos» (LACRUZ).

4.º Se anularía la voluntad del causante o parte de ella por circunstancias fortuitas y se multiplicarían las pretericiones (LACRUZ).

5.º Es más frecuente imaginar la actitud restrictiva del ascendiente en relación con la prole del desheredado o indigno (LACRUZ).

6.º Tal parece ser lo que se desprende del sentido restrictivo del artículo 766 (LACRUZ); y

7.º «Finalmente, si el legislador hubiera pensado en que los descendientes del desheredado sucedieran *ab intestato* (al anularse completamente la institución de heredero por preterición), hubiera excluido de la administración del ascendiente desheredado en el artículo 857 los bienes imputables en la parte libre» (LACRUZ).

Pues bien: cabe pensar que no pocos de esos argumentos han quedado desvirtuados con la nueva redacción dada, si no a los artículos 761 y 857 —en los que simplemente se ha suprimido un inciso—, sí al 814, donde, como veremos en su momento, se han alterado espectacularmente los efectos de la preterición, en especial los de su variedad acaso más frecuente, cual será la intencional.

En efecto, y con especial referencia a la indignidad, ¿se puede seguir diciendo que la situación del descendiente del indigno es siempre mejor que la del hijo injustamente desheredado? Sí, si la preterición de aquél —de admitir su posibilidad— fuera no intencional y sí también en el caso de que, siendo intencional, la representación que prescribe el artículo 761 lo fuera en toda la legítima —incluida la larga—, en tanto que el desheredado injustamente sólo recibe la corta (Sentencia de 23 de enero de 1959). Pero ¿es lícito comparar la suerte de una progenie inocente con la de un descendiente que, aun siéndolo también, ha despertado el encono del testador hasta el punto de que lo desheredó sin razón? Contra éste hay una voluntad expresa de dejarle lo mínimo que se pueda, en tanto que contra la prole del indigno cabe que exista, sí, una voluntad presunta también adversa —y entonces estaremos ante su preterición intencional con los efectos del 814, 1.º—, pero también puede haber una voluntad no formada, porque, por ejemplo, la estirpe del indigno conocido y preterido podía no existir al testar el causante, y en-

tonces parece más justo dejar actuar los principios generales (posible refutación del argumento núm. 2).

Item más: nada de lo que reciba el descendiente del indigno, sea su porción viril *ab intestato*, sea su cuota legítima —por delación directa o por el juego de la representación circunscrita a ella—, va a ser administrado por el propio indigno, aunque aquel descendiente esté bajo su patria potestad, pues bien claramente el artículo 164, 2.º, antes transcrito (*vide* nota 30), prevé una administración ajena para los bienes adquiridos por *sucesión*, es decir, para todos los heredados en sentido amplio (abrazando incluso los dejados voluntariamente al descendiente del indigno) y no sólo para los recibidos por legítima. Bien es verdad que LACRUZ aducía el obstáculo de la posible administración parcial paterna en relación con la desheredación sólo, pero ya entonces se le podía redargüir que en la indignidad operante en la intestada era difícilmente evitable aquella administración (39) y no había por qué rasgarse las vestiduras. Ahora para ambos institutos —indignidad y desheredación— se ha puesto remedio al desliz de las antiguas normas. Tampoco para los bienes que en caso de preterición no intencional de los hijos del indigno —en el limitado caso en que veremos que es posible—, reciban ellos, ex 814, 2.º, habrá administración paterna cualquiera que sea su cuantía (posible refutación del argumento núm. 6).

A la vista del nuevo artículo 814 la voluntad del causante ya no queda anulada por circunstancias fortuitas; si la preterición de los descendientes del indigno fue intencional: éstos se limitarían a recibir su legítima, reduciendo la institución de heredero, legados, etc., en la medida necesaria para ello. ¿Y si la omisión no fue intencional?; ¿no se anulará con frecuencia la voluntad del causante por mor de una indignidad que normalmente se declara después de abierta la sucesión y que incluso en algún caso (como el del núm. 4 del 756) sólo puede ser así?; ¿se incurre en preterición errónea si se omite sin querer a unos legítimos —los descendientes del indigno— que han devenido legítimos *per accidens*, es decir, por el decaimiento sorpresivo del llamamiento hecho al incapaz? Ya veremos como sí entiendo yo que se puede preterir erróneamente a legítimos *per accidens*, pero ahora el argumento número 4 hubiera seguido teniendo contundencia de ser cierto que anulaba total o parcialmente la voluntad de un testador sorprendido por la indignidad de un descendiente. Pero ello no sucederá así, porque el párrafo tercero o antepenúltimo del artículo 814 dice también que:

(39) A no ser que se interpretase la frase del artículo 761, 2.º, «de los bienes que por esta *causa* hereden sus hijos», como referida no a los recibidos por la representación en la legítima ordenada en su primer párrafo, sino a los que por cualquier título, pero por *causa* de indignidad, le llegasen a la stirpe.

«Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.» Y es evidente que en la hipótesis de que partimos —indignidad sobrevenida *post testamentum*— el indigno no habrá sido preterido, por lo que tampoco lo será su estirpe, aunque ésta, en lugar de representarle totalmente en la herencia, ex artículo 814, 3.º, le representa sólo en la condición de legitimario, pero con el efecto de conducirlo únicamente a la legítima, en virtud de las normas más específicas de los artículos 766 y 761.

Ahora bien, si la indignidad era conocida del testador y por ello omite a su descendiente incapaz en su testamento hará muy bien en acordarse también de la progenie del mismo, porque al no operar la sustitución tácita *ex lege* del 814, 3.º, se podría preterir voluntaria o involuntariamente a dicha progenie. Mas aquí la indignidad no ha pillado desprevenido o por sorpresa al testador (posible refutación del argumento número 4).

En fin, los otros argumentos aducidos y que confieso que en la regulación anterior me convencían bastante no me parecen hoy insuperables:

— el que se trate de normas innovadas no exime de indagar hasta dónde ha querido el legislador llevar la piadosa innovación;

— estadísticamente no es seguro determinar cuál sería la voluntad del testador hacia la estirpe del indigno, tanto si no conocía la causa de indignidad como si la conocía, pero ignoraba la existencia o subsistencia de dicha estirpe;

— además, resulta muy medieval la transmisión hereditaria de la culpa en un sistema punitivo (penal y civil) absolutamente personalizado hoy;

— finalmente, de aceptarse mi interpretación, que ya antes contaba con mucho más insignes valedores, ya no quedarían hipótesis de delación material de legítima (salvo acaso la del viudo preterido o en la sucesión intestada): ésta se aparecería siempre como un simple freno a la libertad de testar, con la consiguiente ventaja para la coherencia del sistema.

ARTÍCULO 807

«Son herederos forzosos:

1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.

2.º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.

3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código.»

Ya en el Proyecto remitido por el Gobierno presentaba este artículo un tenor idéntico al actual, pues fue respetado escrupulosamente en ambas Cámaras, aunque la Ponencia de la Comisión de Justicia del Congreso tuviera para ello que rechazar dos enmiendas de la Diputada señora Pelayo Duque.

Es obvio que su antecedente se encuentra en el hasta hace poco vigente 807 (versión de 24 de abril de 1958), al que en sus dos primeros números se le ha suprimido el adjetivo «legítimos» y en el tercero la referencia a hijos y padres naturales y la remisión concreta o numérica a artículos por lo demás hoy con otro contenido.

Resulta evidente que cuestiones relativamente pacíficas en la doctrina no han querido ser abordadas por el legislador, con cautela elogiabile, a la vista del resultado de otras «aventuras». Tal, por ejemplo, la determinación del orden de atribución de la legítima a los descendientes —que continuará siendo por analogía y tradición el de la sucesión intestada: arts. 931 a 934—; tal igualmente la inteligencia de la expresión «a falta de los anteriores» con que comienza el número segundo, la cual habrá que seguir interpretándola con VALLET (40) como referida a los dos exclusivos casos de inexistencia o premoriencia y no a los de repudiación, desheredación o indignidad del conjunto de descendientes.

Sin duda, con las supresiones dichas y las coetáneas reformas de los artículos sobre filiación y adopción ha variado el elenco concreto de legitimarios, que hoy entiendo que son:

— como primer orden, los descendientes sin intermediación de persona capaz de suceder, ya sean matrimoniales, no matrimoniales o adoptados en forma plena y cualquiera que sea el escalón en que se produzca la variación filial: así lo sería, por ejemplo, un hijo no matrimonial surgido de otro matrimonial premuerto o uno adoptivo pleno adoptado por otro que lo fuera por naturaleza también premuerto (dando prevalencia, como vimos, al art. 176, párrafo segundo, sobre la letra del 179), etc.;

— como orden subsidiario, los ascendientes en la forma prevista en el artículo 809 y con la misma amplitud personal: ascendientes matrimoniales, no matrimoniales (téngase en cuenta para unos y otros lo dispuesto en el nuevo art. 111) o adoptantes plenos, con exclusión, eso sí, de los ascendientes por naturaleza de cualquier ascendiente (o causante) adoptivo (puesto que el parentesco de adopción excluye al de sangre);

(40) VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones...*, cit., vol. 1, pág. 113.

— y como orden concurrente, con variaciones de cuantía en función de esa concurrencia, el viudo o viuda.

ARTÍCULO 808

«Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

La tercera parte restante será de libre disposición.»

Inalterado en su paso por las Cortes.

Aquí sí se reduce la reforma a una doble supresión del adjetivo «legítimos», aunque ello traiga como consecuencias, enlazadas con las que hemos visto en el artículo anterior, de que toda clase de descendientes inmediatos pasen a participar de la legítima larga de dos tercios a que se refiere el primer párrafo de nuestro artículo, y de que todos ellos, aun los mediatos, se alineen entre los posibles destinatarios de uno de esos dos tercios en calidad de mejora.

De nuevo se ha prescindido de «retoques técnicos», como hubiera sido sustituir la expresión «haber hereditario» por otra más precisa, para lo que se contaba con modelo depurado en el artículo 119 de la Compilación aragonesa («caudal fijado conforme a lo dispuesto en el artículo 818 del Código Civil»).

ARTÍCULO 814

«La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:

1.º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2.º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.

Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.

A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador.»

El texto era casi idéntico en el Proyecto, con la sola variación de que éste en el segundo párrafo hablaba de preterición errónea y ahora en la versión definitiva se usa la expresión «preterición no intencional».

El párrafo trigésimo de la notable Exposición de Motivos nos suministra la razón de la reforma de este precepto: «Finalmente, debe explicarse —dice— el porqué de la reforma en materia de preterición de herederos forzosos. La doctrina había puesto de relieve la insuficiencia de las reglas del Código. Pero esto, por sí, no era suficiente para justificar su modificación en una Ley cuyo cometido principal no era corregir todas las deficiencias de nuestro sistema, por evidentes que pudieran parecer. Ahora bien, resulta claro que, con la reforma que en esta Ley se hace, pasan a ser legitimarios algunos ascendientes y descendientes que antes no tenían esa calidad, y que, respecto de ellos, sobre todo tratándose del testamento del abuelo o del nieto, serán más frecuentes los supuestos de preterición. Por eso se ha hecho necesario sustituir las escasas reglas del Código Civil por otras que, al distinguir entre las diferentes hipótesis de preterición, se estiman más justas y completas.»

La Ponencia, en el Congreso, propuso en su Informe una redacción distinta para los dos primeros párrafos del artículo, lo que implicaba aceptación de las enmiendas 435 (señor Díaz Fuentes, centrista) y 500 (señor Alzaga Villamil, centrista), únicas formuladas al precepto, que, en consecuencia, comenzaría así:

«La preterición intencional de un heredero forzoso no perjudicará su legítima, que se le reconocerá respetando en lo posible los legados y demás disposiciones testamentarias.

Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes..., etcétera.»

Es en ese segundo párrafo de la versión de la Ponencia donde por primera vez se alude a preterición no intencional en lugar de errónea.

Lo cierto es que la Comisión de Justicia y el Pleno del Congreso aceptaron la rectificación efectuada por la Ponencia.

En el Senado la extensa enmienda 119, de la que hemos de volver a ocuparnos, presentada por el Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático y suscrita por su portavoz, don Francisco Villodres García, propuso, en relación con nuestro artículo, lo siguiente:

«Se debe modificar el primer párrafo y agregar un número 3.º al segundo. El primer párrafo deberá decir, en lugar de lo que dice:

‘La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se

reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.'

El número 3.º que debe añadirse al párrafo segundo dirá lo siguiente:

'3.º No obstante lo dispuesto en los dos apartados anteriores, la institución de heredero o los legados dispuestos a favor del cónyuge sólo se anularán en la medida en que sean inoficiosos.'»

EXPLICACIÓN:

Respecto del primer párrafo, se considera preferible la redacción que el mismo tenía en el Proyecto del Gobierno y se sugiere, por consiguiente, volver a ella. Conforme al Proyecto (éste era también el criterio del —sic— CGC (41)), estaba muy claro que la preterición afectaba, en primer lugar, a la institución de heredero, mientras que según la versión aprobada por el Congreso, el orden de prelación se señalaba tan confusamente que se puede dudar si existe o no.

El número 3.º, cuya introducción se sugiere, tiene por objeto generalizar lo que dispone el último inciso del número 2.º del Proyecto, cuya finalidad es proteger al cónyuge de los efectos destructores de la preterición no intencional. No se ve, en efecto, razón alguna para que el trato privilegiado que en este orden de cosas se dispensa al cónyuge, se limite al supuesto en que la preterición sólo afecte a algunos hijos o descendientes, y, por otra parte, tampoco hay motivos suficientes que expliquen por qué subsiste la institución en su favor y no los legados. Recuérdese que es muy frecuente la cláusula testamentaria por la que se deja al cónyuge la cuota viudal usufructuaria y el tercio de libre disposición, que constituye el objeto de un legado de parte alícuota ordenado a favor del viudo o viuda. Con arreglo al texto del Proyecto, el legado de que se acaba de hacer mención (y salvo que se instituya heredero al cónyuge en el tercio libre, lo que no debe ser necesario a estos efectos y, en algún caso, puede resultar inconveniente) tendría que anularse.

(La CGC había adoptado en este punto la solución que ahora se propone.)»

La Ponencia (42) de la Comisión de Justicia e Interior del Senado

(41) Lo cual pone de manifiesto que el redactor material de la enmienda tuvo acceso al texto elaborado por la Comisión General de Codificación, que sirvió de base al Proyecto gubernamental, texto que desgraciadamente yo no he podido conseguir.

(42) Integrada por los Senadores don Alberto Ballarín Marcial, don Mario García-Oliva Pérez, don Antonio Ojeda Escobar, don José María Pardo Montero y don Francisco Ruiz Risueño.

recogió la enmienda, que acabo de reproducir, pero con tan poca fortuna que el número 3.º propuesto como frase independiente tras el párrafo segundo, es decir, entre las palabras «inoficiosas» y «Los descendientes», lo adicionó al final del artículo, desvirtuando así su sentido (43).

Lo sorprendente es que ni la Comisión de Justicia e Interior ni el Pleno del Senado se percataran de la equivocación y aprobaran sin discusión en este punto la propuesta que les venía de la Ponencia.

Afortunadamente, al retornar el proyecto de ley al Congreso, en aplicación del artículo 90.2 de la Constitución, el Diputado (44) señor Sotillo Martí, que, sin duda, reparó en el desaguisado derivado de la colocación del número 3, propuso hábilmente votación separada de la enmienda del párrafo primero y de la del resto del precepto (45).

De suerte que la reforma del primer párrafo fue aprobada por 238 votos favorables, 9 negativos y tres abstenciones, y la introducción del

(43) En concreto, la Ponencia senatorial proponía esta curiosa versión del artículo:

«La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:

1.º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2.º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas.

Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.

A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador.

3.º No obstante lo dispuesto en los dos apartados anteriores, la institución de heredero o los legados dispuestos a favor del cónyuge sólo se anularán en la medida en que sean inoficiosos».

BOCG —Senado—, serie II, núm. 154 (d), pág. 171.

(44) Del PSOE por Castellón y buen conocedor del Derecho privado, como evidencia su doble doctorado por las Universidades de Bolonia y Valencia.

(45) *Diario de Sesiones* del Congreso de los Diputados. Sesión Plenaria número 163, celebrada el 28 de abril de 1981, pág. 10013. Sabido es que en esta fase parlamentaria ya sólo cabe rechazar o admitir las enmiendas del Senado, no reabrir discusiones sobre ellas

número 3.º fue rechazada (46) con 5 votos favorables, 241 negativos y tres abstenciones (47).

* * *

El comentario del artículo puede intentarse al hilo de su tenor. Así, comienza diciendo:

I. «La preterición...».

De nuevo el legislador, como ya hiciera en 1958, rehúye dar un concepto de la preterición, siendo así que no era ni es pacífico en la doctrina (48). Los casos dudosos en que se discutía si se daba o no preterición o si estábamos en presencia de una desheredación injusta (en su variante de sin expresión de causa) eran abundantes y controvertidos (49).

(46) *D. S., cit.*, págs. 100-14.

(47) Se evitaron así las no pequeñas dudas que hubiera engendrado la malhadada colocación del *non nato* núm. 3.

(48) Puede consultarse, a modo de muestreo nada exhaustivo y ciñéndome a tratamientos generales y actuales: JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo XI, Edersa, 1978, págs. 151 a 157; el mismo, en su actualización del tomo sexto, volumen segundo, del *Derecho civil español, común y foral*, de JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, Reus, S. A., Madrid, 1973, págs. 651 a 656; el mismo, en *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, tomo I, «Las legítimas», vol. 1.º, páginas 584 a 615; el mismo, en *Apuntes de derecho sucesorio*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1955, págs. 307 a 315; también JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1973, págs. 172 a 174; JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1977, tomo V, vol. III, págs. 211 a 216; LUIS DÍEZ PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1978, págs. 666 y 667; MANUEL ALBALADEJO GARCÍA: *Manual de derecho de familia y sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1974, págs. 314 y 315; JAIME SANTOS BRIZ: *Derecho civil. Teoría y práctica*, tomo VI, Edersa, 1979, págs. 685 a 690; DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, vol. V, Ed. R. D. Pr., Madrid, 1970, págs. 484 a 487, etc.

(49) Extremando la síntesis y remitiéndome para su desarrollo a los autores citados en la nota anterior, podrían clasificarse así los supuestos polémicos:

1.º Casos en que no se mencionaba a un legitimario en el testamento, pero se le había favorecido por acto *inter vivos* (donación, designación como beneficiario en seguro de vida, etc.).

2.º Casos en que se mencionaba al legitimario en el testamento, pero no se le dejaba nada en él. Las variantes eran aquí muchas, pues varios podían ser la forma y motivos de la mención, y decidir si se estaba ante una preterición o ante una desheredación injusta era especialmente arduo. Cabía, en efecto, dentro de este grupo:

— Que la mención se hiciese en la parte expositiva y no en la dispositiva del testamento.

— Que la mención se hiciese *nominatim* (con los nombres y apellidos del excluido) o *inter cæteros* (v. gr., diciendo el testador al ampliar su filiación que de su matrimonio hubo tres hijos y distribuyendo luego los bienes sólo entre dos) o con frase genérica y de dudoso alcance (por ejemplo, dejando a salvo el derecho de

No voy a pormenorizar aquí las diversas posturas —a veces jurisprudenciales— mantenidas en torno a cada uno de dichos supuestos, y me limitaré a destacar que se advertía entre los autores más recientes cierta inclinación a resolver las dudas merced a un acercamiento de la preterición intencional a la desheredación injusta, reservando los efectos más demoledores de la preterición tradicional para la errónea (50).

Pero lo que ahora interesa subrayar —como decía— es que el legislador de 1981 no ha querido, una vez más, definir la preterición ni marcar la línea de diferenciación entre ésta y la desheredación injusta (51),

«cuantas personas pudieran pretender legítima en mis bienes», caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1966).

— Que la mención se hiciese sólo para aludir a las atribuciones hechas en vida al apartado y, en este caso, ordenando, prohibiendo o silenciando su impugnación.

— Y que la mención se hiciese para negar la condición familiar del excluido y, por ende, su carácter de legitimario.

3.º Casos en que se mencionaba al legitimario en el testamento y se le atribuía algo, pero tan singular como:

— una cosa ajena (incluso propia del discutible preterido),

— o metálico no existente en la herencia (lo que no deja de ser una cosa ajena).

4.º Casos en que se mencionaba al legitimario en el testamento, pero posteriormente se revocaba todo él o sólo en cuanto al legado (y por la vía del art. 869 del Código Civil) que se le había dejado al excluido.

(50) Así, MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: «El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos», *R. D. N.*, enero-marzo 1955, págs. 7 a 88, especialmente 67 y sigs., quien asimilaba sin ambages la preterición intencional a la *exheredatio* informal del 851. LACRUZ, menos audazmente y amparándose en la falta de un concepto legal de preterición, abogaba por definirla de modo que «su eficacia se produzca sólo como rectificación, ya de un error y olvido del causante, ya de una voluntad exheredatoria total que no se formuló, por lo que no puede valer ni siquiera como desheredación injusta» (*ob. y vol. cit.*, página 179). VALLET, sin salirse del derecho constituido y refiriéndose al intento de CÁMARA, afirma que «sólo podrá triunfar si la intencionalidad de la preterición puede deducirse o inferirse del tenor del testamento, aunque sea con el complemento de circunstancias extrínsecas» (*Comentarios...*, *cit.*, pág. 176, donde pueden verse resumidos otros intentos de corregir las posibles injusticias del antiguo artículo 814, párrafo primero, debidos a ROCA SASTRE, MANRESA-MAURA y, sobre todo, a ALBALADEJO, a cuya opinión me referiré luego, pues creo que ha tenido influencia en el último párrafo del actual texto legal).

(51) El reproche se me antoja tanto más imperdonable cuanto que de nuevo se contaba con un modelo foral muy perfilado: el del artículo 141 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, que aborda ambos cometidos en sus párrafos primero y último. Sin duda, el precepto se debió tener presente al remodelar el 814, pues también en aquél se distingue una preterición genérica, que simplemente deja a salvo la pretensión de legítima material y una preterición errónea de descendientes, de efectos más drásticos, pero no se supo o no se quiso aprovechar esas otras facetas definitorias del modelo. Lástima, porque aun contra corriente, me resisto a enterrar el viejo ideal unificador del Congreso de Derecho civil de Zaragoza de 1946, que no considero absolutamente incompatible con la Constitución y los Estatutos de Autonomía aprobados.

quizá porque ha pensado que las consecuencias eran, en todo caso, iguales: dejar a salvo las legítimas de los omitidos, lo mismo que quedan indemnes las de los desheredados sin causa.

Pero esa actitud inhibitoria no parece acertada:

1.º Porque aunque sólo sea para los descendientes, subsiste una preterición, la no intencional (52), cuyos efectos pueden ser tanto o más contundentes que los que surtía la preterición antigua y, por supuesto, que los de la desheredación injusta. Decidir qué sea preterición de esos descendientes parece cuestión previa a la de decidir si ha sido intencional o no. Imaginemos un testador que habiendo donado a su hijo un bien en concepto de legítima o imputable a ella, le omite por completo en el testamento. Previamente a especular sobre si esa omisión fue intencionada o no, será necesario discernir si estamos ante un caso de prete-

(52) Probablemente, la única preterición que cabrá conceptuar de tal, si partimos de un concepto histórico de la misma. Ya para la preterición del viudo en el régimen anterior, se preguntaba VALLET (*Limitaciones*, cit., 1, pág. 625) si era técnicamente un caso de preterición y contestaba: «Si los efectos de la preterición se diferencian del simple derecho a reclamar la legítima, porque los de aquélla dan lugar a la nulidad total de la institución de heredero, siendo estos efectos los que caracterizan esta institución, que es particularmente formal, podemos concluir que la omisión del viudo o viuda podrá ser gramaticalmente preterición, pero no lo es jurídicamente en sentido estricto y riguroso». Por su parte, XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ (en «La preterición en Cataluña», publicado en la *R. J. C.*, y recogido después en el volumen colectivo «Estudios sobre la legítima catalana», Cátedra Durán i Bas, Universidad de Barcelona, 1973, págs. 289 a 328, de donde cito), comentando la preterición intencional del artículo 141 de la Compilación catalana, que, en definitiva, extendió con ciertos matices a toda Cataluña el Privilegio concedido a la ciudad de Barcelona en 1339 por Pedro III, afirma que «la Compilación rompe con este concepto —el histórico de preterición—; emplea la palabra 'preterición' por mor de la terminología usual, pero ya no tiene el mismo significado, sino uno muy distinto que corresponde al germano de privación de legítima...» (pág. 299), y más adelante, comentando los efectos de la preterición intencional catalana, sostiene que en ella «no hay verdadera preterición según su concepto jurídico (que es el romano, pues en Derecho germánico no existía el concepto y todo el Derecho posterior sigue el concepto romano de la preterición) » (pág. 300), y que «su naturaleza jurídica, por tanto, no es de verdadera preterición, sino de simple protección al legitimario, a quien se concede el derecho de reclamar su legítima si ha sido privado de ella por el testador» (*ibidem*). Tras la reforma de 1981, similar a la experimentada en Cataluña con la Compilación de 1960, ¿debemos seguir negando que la omisión de cualquier legitimario y la intencional de descendientes es preterición o quizá haya que admitir que el legislador soberano ha acuñado un nuevo concepto, ahistórico, desde luego, de la misma? El problema me parece una *quaestio nominis* en la que no vale la pena detenerse: por mi parte, aunque sólo sea gramaticalmente, seguiré hablando de preterición para designar aquellos supuestos.

rición (53), y esa cuestión no la resuelve o no ha querido resolverla la ley, a pesar de que sus redactores, sin duda, conocían la discutible doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1908 (54).

2.º Porque respecto de cualquier legitimario no parece inocuo decidir si se ha cometido contra él una preterición intencional o una desheredación sin expresión de causa, ya que, aunque a primera vista las consecuencias puedan parecer idénticas, no es difícil encontrar algunas diferencias, ciertas o probables, entre ambos institutos. Así, sin ánimo exhaustivo y aunque con ello me vea obligado a anticipar comentarios de otras partes del artículo 814, cabe apuntar las siguientes:

a) La *exheredatio* del artículo 851 *anula* (55) la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; en el nuevo artículo 814 dicha institución se *reduce* (56) hasta la satisfacción de la legítima. Pues bien, la primera posible diferencia entre la desheredación injusta y la preteri-

(53) Se argüirá que habiendo donación en vida y, por consiguiente, conocimiento de la existencia y subsistencia del descendiente donatario, su omisión será probablemente intencional; mas aparte de que, en efecto, lo será sólo probablemente —piénsese que el donatario hubiese desaparecido y reaparezca luego tras la muerte del testador, o bien que su *status filii* se determine tras el testamento, etcétera—, tampoco resulta fútil decidir si en el supuesto del texto procede la acción de preterición intencional, que es ahora una acción de reducción que destruye por determinado orden las atribuciones testamentarias hasta la satisfacción de la legítima, probablemente de la corta, o la acción de suplemento, cuyo alcance puede interpretarse algo distinto, así en su funcionamiento como en la amplitud de su efecto —legítima larga—.

(54) Que declaró haberse incurrido en preterición de una hija natural que había otorgado con su padre escritura de anticipo de legítima y a la que silenció por completo en el testamento «por razones —aventura PUIG BRUTAU, *ob y vol. cit.*—, página 212, nota 127—, sin duda, comprensibles».

(55) VALLET describe la naturaleza de aquella anulación diciendo que «la desheredación injusta no origina una nulidad automática *ipso iure*, sino que es precisa la *impugnación* para *quebrantar* la desheredación y, en lo preciso, la institución de heredero, *rescindiéndola* por su *inoficiosidad* en cuanto perjudicare a la legítima del desheredado injustamente» (*Limitaciones* . . . *cit.*, II, pág. 975; los subrayados son míos); más adelante añade que en el régimen del artículo 851 del Código Civil se anula la institución de herederos en cuanto perjudica a la legítima del desheredado injustamente y se abre parcialmente la sucesión intestada únicamente para dar paso a la cuota de éste en la parte equivalente a su legítima, y en la que participa sólo él mismo y no los otros posibles herederos abintestato de idéntico grado (*ibidem*, pág. 986).

(56) El mismo VALLET, a propósito de la reducción de legados, categoría a la que creo nos reconduce el actual 814, se limita a decir, desarrollando ideas de O'CALLAGHAN («La inoficiosidad legitimaria», *R. J. C.*, 2, XX, abril-junio 1971, páginas 284 y sigs., y también en los *Estudios* . . . *cit.*, págs. 99 a 146), que implica

ción intencional consistiría en que en aquélla el legitimario recibe su legítima *casi* (57) siempre por vía intestada, pero tras una escueta *anulación* en lo menester de la institución (y, en su caso, de los legados y demás disposiciones testamentarias (58)), mientras que en ésta, el preterido parece que la recibirá *siempre* (59) abintestato, pero tras una *reducción* sujeta a reglas tan singulares como, por ejemplo, las de los artículos 821 y 822 del Código Civil (60).

b) La desheredación injusta sólo permite al legitimario recuperar su porción viril en la legítima corta, según declaró la Sentencia de 23 de enero de 1959, lo que implica una mejora tácita en favor de los otros descendientes que hubiesen sido instituidos; la preterición intencional no se sabe aún en qué medida deja a salvo la legítima del preterido. Podría pensarse, y así lo he apuntado ya (61) que la solución del Supremo para la desheredación del artículo 851 es cabalmente trasplantable al nuevo 814, pero también que la voluntad tácita de desigualar en todo lo posible, incluso en el segundo tercio, resulta más perceptible en la contundente desheredación que en la preterición, cuyo designio es más inescrutable.

c) Los plazos prescriptivos son muy controvertidos, tanto para la

una acción declarativa, de condena, personal, irrenunciable en vida del causante y transmisible, pero sin aclarar cómo se reconduce la sustancia reducida al legatario: si testamentaria o extratestamentariamente (extremo en el que LACRUZ, *op. cit.*, II, págs. 148-9, es algo más explícito, mas no lo suficiente). Pienso que no se ha profundizado en la cuestión por imaginar que el legitimario en el caso de reducción de legados (y lo mismo cabe decir en la de donaciones) había sido ordinariamente instituido heredero —como residuo de cuando debía serlo de modo forzoso—, y era ese título universal el que justificaba y canalizaba la absorción de lo reducido; y opino también que en el supuesto de que hubiese sido designado únicamente legatario y no admitiendo un *tertium genus* de delación para la legítima, los bienes o valores reducidos no pueden llegarle al legitimario más que por vía de sucesión intestada, abierta al amparo del artículo 912, 2.º, del Código Civil (caso en que el testamento no contiene institución de heredero en parte de los bienes: y eso aunque la contenga y universal sin restricciones), y declarada en el mismo proceso, en su caso, de reducción sin necesidad inexcusable de jurisdicción voluntaria al respecto.

(57) «Casi», si se admite la discutida y discutible desheredación injusta parcial, y la porción insuficiente del desheredado se le deja por vía de institución universal, que entonces se expande hacia lo anulado.

(58) Aunque esos legados y demás disposiciones testamentarias, más que anularse parcialmente, como la institución, se reducen en cuanto inoficiosos.

(59) No es posible conceptualmente una preterición parcial.

(60) Aunque esta primera diferencia se atenúa si la tradicional solución de esos artículos la consideramos también aplicable por analogía a la anulación del artículo 851 del Código Civil.

(61) *Vide* nota 53.

acción de preterición ahora reformada (62), como para la de impugnación de la desheredación injusta (63), como, finalmente, para la de reducción de disposiciones inoficiosas (64). De prosperar tesis no idénticas para estas dos últimas tendríamos otro posible motivo diferenciador.

d) En la desheredación injusta, a diferencia de en la preterición, si no se desea litigar acerca de la justicia de la causa desheredatoria siempre se puede acudir, para excluir sus efectos, al expediente de que hubo reconciliación ex artículo 856 del Código Civil (65).

e) El testador puede darle a la preterición intencional un alcance distinto del legal con tal que no atente contra las legítimas, posibilidad hasta ahora insólita para el exheredante vía artículo 851 y que contrasta con el tono imperativo de este último artículo (66).

A la vista de las anteriores posibles diferencias y de otras que cabría apuntar, así como de la primera razón aludida antes, creo, en suma, que el legislador de 1981 debió perfilar el concepto de preterición en lugar de darlo por supuesto, y además debió coordinar la reforma del artículo que comentamos con el texto y el contexto del artículo 851 del Código Civil.

No habiéndolo hecho así, y de admitirse la distinción entre preterición intencional y desheredación injusta en su variedad de sin expresión de causa (67), pienso que la misma ya no puede establecerse, como en la regulación anterior, sobre la base de la subsidiariedad de la preterición; antes —según la interpretación progresiva a que se alude en la nota 50— sólo cuando no se tratase de una desheredación manifiesta se «soportaban» los drásticos efectos de la preterición. Ahora, uniformados en buena medida sus efectos —aunque no sus mecanismos y otros detalles—, los dos institutos se hallan en pie de igualdad y habrá que

(62) Por todos, *vide* VALLET: *Limitaciones*, . . cit., II, págs. 925 a 927. Se barajan los plazos de cuatro, cinco, seis, quince y treinta años.

(63) *Ibidem*, págs. 978 a 980, donde se relaciona idéntico abanico de posibilidades que en el caso anterior.

(64) *Ibidem*, pág. 1108. Para la acción de reducción de legados se especula una duración de cuatro, quince o treinta años.

(65) Claro que esta cuarta diferencia se atenúa también si pensamos que en los casos de desheredación sin expresión de causa —que es propiamente la que estoy comparando con la preterición intencional— es difícil precisar el alcance de la reconciliación, al no haberse manifestado el motivo del enfado.

(66) Sin embargo, no parece inviable que, *salva semper legitima*, pueda el desheredante imaginar unos efectos distintos para la impugnación de la desheredación ordenada por él: por ejemplo, si no está realmente indispuesto con el desheredado, como sucede en la *exhereditio bona mente*, de que nos habla la doctrina (v. gr., PUIG BRUTAU: *Fundamentos...*, cit. V-III, pág. 225).

(67) Distinción que también podría negarse hoy con buenos argumentos, pues no debe perderse de vista la afirmación de GONZÁLEZ PALOMINO: «en Derecho, cuando no hay diferencia de efectos, no hay diferencia», y es más, por esta línea imagino que discurrirá la interpretación doctrinal.

buscar nuevos derroteros para el distingo: ¿Acaso mientras no se utilice la voz, un tanto peyorativa, «desheredado» —u otra gramaticalmente equivalente— habrá que entender que estamos ante una preterición intencional?

Desde luego, ése es el criterio acogido implícitamente por el artículo 141 de la Compilación catalana y el que resulta más sencillo y clarificador. De modo que desaparecida la vertiente de vicio formal que ofrecía la preterición, la intencional será una desheredación hecha de modo tácito, y la *exheredatio sine causa* del artículo 851, la formulada de modo expreso.

También pienso que a la vista del nuevo alcance de la preterición ex artículo 814 reformado, el silencio definitorio que le acabo de imputar debe salvarse acudiendo por analogía, o mejor, por transposición uniformizadora, al párrafo primero del susodicho artículo 141, aunque ello signifique desvirtua la doctrina de alguna sentencia como la citada de 17 de junio de 1908.

II. Siguiendo con la glosa pormenorizada del nuevo artículo 814, el precepto sigue diciendo: «La preterición *de un heredero forzoso...*».

¿Quiénes pueden ser preteridos en la nueva regulación? Pues, a diferencia de en la anterior, donde la preterición propia se reservaba para los herederos forzosos en línea recta, en tanto que el cónyuge se limitaba a «conservar» sus derechos, ahora el artículo 814 no distingue, de modo que se puede preterir a cualquiera de los legitimarios, cuya relación expuse al comentar el artículo 807. Ya no se individualiza la preterición del cónyuge, sino que tanto él como los ascendientes y descendientes en sus diversas clases, pueden ser preteridos con las mismas consecuencias. El único régimen excepcional lo reserva la legislación para la preterición no intencional de descendientes. Para todos los demás herederos forzosos, incluso para los propios descendientes omitidos intencionadamente, se articula una preterición que recuerda la del cónyuge en el régimen anterior. Hasta, como vimos, el Congreso propuso para este primer párrafo una redacción en que se hablaba de que al preterido se le «reconocería» su legítima, fórmula no muy distinta de la del «conservará», que el anterior artículo 814 preveía para el viudo (68).

En la actual versión del artículo 814 puede, pues, preterirse a cualquier legitimario vivo, póstumo o cuasipóstumo, y ya no tiene sentido

(68) En cierta medida, lo que se ha hecho ha sido aproximar los efectos de la preterición de todos los herederos forzosos (salvo la no intencional de descendientes) a los de la del viudo en la normativa anterior. Se ha utilizado un mecanismo —la reducción— algo distinto en su funcionamiento del antiguo de la conservación de la legítima —lo que parecía implicar su delación material forzoza—, pero matices aparte, los resultados son los mismos.

especular sobre si puede preterirse a los padres y descendientes naturales (69), ya que hoy los ascendientes —y no sólo los padres— y descendientes no matrimoniales pueden indudablemente ser preteridos.

Los únicos legitimarios respecto de los cuales no se incurre en preterición, aunque se les omita en el testamento y en vida, son:

— El indigno, por los mismos argumentos que en la regulación derogada (70), sin que, probablemente, quepa decir lo mismo de sus descendientes por las razones que expuse a propósito del artículo 761.

— Los descendientes del desheredado, por estarse en el caso siguiente.

— Y los descendientes de otro descendiente que no hubiese sido preterido (art. 814, antepenúltimo párrafo), según hemos de ver.

III. Por último, la frase inicial del artículo 814 termina diciendo que «(la preterición de un heredero forzoso) *no perjudica la legítima*».

A primera vista esa afirmación legal parece innecesaria, dada la evidencia de la proposición y el anclaje en nuestra mente de nociones básicas, como el respeto sacrosanto a las legítimas. Incluso en charlas informales he oído reproches contra la inanidad de la frase.

Pero a poco que se medite, se advierte:

1.º Que si el artículo no comenzase dejando a salvo la legítima en los casos de preterición, realmente se produciría una cierta laguna sobre los efectos de ésta, que no sería cómodo integrar con otros preceptos, como el artículo 813, párrafo primero; el artículo 851, en cuanto se refiere a la desheredación hecha sin expresión de causa, o el artículo 817. Desde este prisma inicial parece preferible entonces que el legislador prevea específicamente que la preterición deja incólume la legítima.

2.º Que, además, y ante el arrastre histórico de la figura, esa frase con que comienza el artículo 814 resulta clave para comprender el nuevo alcance que se ha querido dar a la preterición. Esta, y prescindiendo de más remotos antecedentes (71), originaba desde 1889 la anulación de toda la institución de heredero (72) y se dejaban a salvo «las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas». En consecuencia, se abría la

(69) Ni distinguir —como no aceptó la Sentencia de 22 de mayo de 1950—, en orden a su preterición, si concurren con herederos voluntarios o viudo, o con herederos forzosos de mejor rango: con la reforma han desaparecido esos rangos

(70) Vide, por ejemplo, VALLET: *Comentarios* ..., cit., pág. 164.

(71) Para los que me remito a la documentadísima exposición de VALLET: *Limitaciones* ..., cit., II, págs. 901 a 913; también LACRUZ, *op. cit.*, págs. 170 a 172, y O'CALLAGHAN: *La preterición* ..., cit., págs. 290 a 295.

(72) Salvo, como entendía la mejor doctrina, la fracción de ella conceptuable como mejora expresa o tácita.

sucesión abintestato para el caudal deferido vía institución anulada, si había tal institución y en la medida en que la hubiera: lo que evidenciaba el carácter todavía, en alguna medida, formal de la preterición, si bien, de resultar insuficiente la institución anulada entraba en juego su faceta material, reduciéndose hasta la satisfacción de la legítima las demás disposiciones patrimoniales testamentarias.

Ahora nada de esto sucede en la nueva regulación, por lo menos en la que parece ser categoría general, la preterición del primer párrafo, a la cual, por contraposición a la del segundo, cabe calificar de preterición intencional. Ahora, en esta última, no se anula institución alguna, suficiente o insuficiente, sino que simplemente se deja a salvo la legítima del preterido (73). La infracción del primitivo deber formal de mencionar a los legitimarios carece hoy de verdadera trascendencia. Tras el Ordenamiento de Alcalá se excluyó la necesidad de instituir heredero al legitimario; ahora, en 1981, en un nuevo y definitivo paso, se ha minimizado en verdad las consecuencias de su omisión —salvo tratándose de la no intencional de descendientes—, pues el legislador en tal evento se limita a dejar a salvo su legítima.

Lo mismo había decretado para el viudo/a desde 1889, y lo mismo había postulado, en lo posible, la doctrina, merced al acercamiento de la preterición intencional a la desheredación sin expresión de causa, para la omisión de los legitimarios en línea recta. Hoy se ha consumado esa aproximación y se presume que toda preterición es intencional: *iuris et de iure*, si se trata de cónyuge y ascendientes, y *iuris tantum*, si de descendientes (salvo en determinados casos, que hemos de ver).

La novedad reside entonces en la preterición de ascendientes, que aun siendo involuntaria, se asimila a la intencional: quizá se ha pensado que las posibilidades de la preterición errónea (74) respecto de los

(73) Con fórmula («no perjudica la legítima») nada insólita en otros sectores del articulado: cf. arts. 831; 863, 2; 1.042; 1.075, etc.

(74) A propósito de esta denominación intencionadamente eludida en el texto legal, desde su rectificación por la Ponencia del Congreso, ya dijo FIGA FAURA, refiriéndose a la Compilación de Cataluña, donde sí se aceptó el nombre, que, con toda exactitud, «no se puede hablar verdaderamente de error, pues error o verdad sólo puede predicarse de hechos presentes o pasados, nunca de hechos futuros; no es problema de error, sino de alteración de circunstancias (*rebus sic stantibus*, presuposición, base del negocio y demás teorías acerca de la alteración de circunstancias), o más precisamente, imprevisión del cambio de circunstancias que da lugar a un supuesto de falta de voluntad que la Compilación ha elevado a la categoría de presunción *iuris et de iure*». FIGA FAURA: «Dos notas sobre la preterición errónea de descendientes», en *R J C.*, 1970, número extraordinario del 75 aniversario, pág. 107, citado por O'CALLAGHAN: *La preterición ... cit.*, pág. 300. Sin perjuicio de volver sobre ello y aun reconociendo que no es una denominación absolutamente correcta, sigue siendo esta de «preterición errónea», más breve, cómoda y tradicional que la de «preterición no intencional», por lo que esporádicamente la seguiré usando aquí.

ascendientes son muy escasas (75), o quizá que la no desdeñable porción legitimaria del artículo 809 satisface con creces los derechos de la línea ascendente que, con carácter forzoso, no existen siquiera en otros ordenamientos (por ejemplo, sin ir más lejos, en el aragonés).

Por todo ello y por las demás razones que iremos viendo, la frase inicial del artículo 814 no sólo no es superflua o sobreentendible, sino que, en cuanto rectificación de un concepto histórico, resulta básica y decisiva. Ni siquiera cabe reprocharle el que no se circunscribiese a la preterición intencional de cualquier legitimario y a la involuntaria de cónyuge y ascendientes, porque así también se destaca el aspecto material de la preterición no intencional de descendientes: si las drásticas medidas del párrafo segundo son insuficientes, por existir copiosas donaciones computables, aun así ha de quedar salvaguardada, como mínimo, la legítima de esos descendientes.

Con el mismo énfasis que reproché al artículo su falta de definición de la preterición y de su deslinde con la desheredación sin expresión de causa, debo elogiar su acertada y escueta descripción de los efectos mínimos de toda preterición: dejar a salvo la legítima de los preteridos.

Pero ¿qué legítima? Ya he aludido antes al problema de qué debe entenderse por legítima en el único supuesto en que se plantean dudas, a saber, en el de preterición intencional de descendientes en concurrencia con otros —aun de la misma línea— no preteridos (76), si la corta o la larga, o sea, si se circunscribe a sólo la porción viril que al omitido corresponde en el primer tercio o alcanza también a la oportuna fracción del segundo tercio en la parte de éste no empleada en mejorar expresamente.

Aunque dejo abierto resquicio para la duda, creo que las razones que expuso VALLET a propósito de la mejora tácita (77) —de la que éste

(75) Aunque no cabe olvidar el caso del padre o madre a los que les sustrajeron el hijo que luego, ya mayor, reencuentran con testamento hecho, o el de los que reaparecen tras creerles el hijo muertos o desaparecidos, etc.

(76) Si se trata de preterición no intencional de descendientes no cubierta, por exceso de donaciones, con las medidas del 814. 2, me parece claro que la legítima que se les respeta es la larga, porque aquí no cabe inferir una voluntad tácita de desigualar en el segundo tercio, ya que la desigualación requiere dos términos en comparación, y en nuestro caso, por hipótesis, no se tuvo en la mente uno de ellos. Se dirá que entonces el término legítima del primer párrafo del 814 no es unívoco, pues unas vces designa la legítima corta (preterición intencional: *vide* texto) y otras la larga (preterición errónea); pero más que multívoca, la palabra es sencillamente ambivalente y el intérprete puede darle un alcance u otro según las necesidades del supuesto y la probable voluntad del legislador: tan legítima es, en principio, la corta como la larga y no era oportuno hacer farragosas distinciones en la frase liminar.

(77) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: «La mejora tácita», A. A. M. N., tomo VIII, páginas 16 y sigs.

sería un nuevo caso— y las de la Sentencia citada de 23 de enero de 1959, me hacen sospechar, y no me parece un desacierto, que prevalecerá la tesis de la legítima corta. También influirá la interpretación amplia o estricta que se dé a la categoría de la preterición no intencional de descendientes: si alguno de los supuestos que luego pretenderé incluir en ella no logran encajar en su ámbito, quizá por compensación, se tienda a ensanchar el derecho del omitido sin poderosas razones, máxime si se piensa que para dejarle sólo, con absoluta seguridad (a la vista de la Sentencia de 1959), su legítima corta, bastaba con desheredarle injustamente.

IV. El artículo 814 sigue diciendo que «... *se reducirá la institución de heredero...*».

Realmente constituye una novedad trasplantar la categoría de la reducción a la institución de heredero en sede de preterición. En la regulación anterior dicha reducción se reservaba implícitamente para las mandas y mejoras, las cuales sólo se salvaban en cuanto no fueran inoficiosas (con lo que siéndolo, se imponía el reducirlas), pero ahora el mismo efecto se predica de la institución de heredero.

Como ya he apuntado, entiendo que el régimen a aplicar a esa reducción será el de los artículos 817 y 820 a 822, y en algún aspecto (78), el de los artículos 654 a 656 (79).

Sobre la naturaleza y eficacia de la acción de reducción conviene repasar las enjundiosas consideraciones de LACRUZ BERDEJO (80), si bien

(78) Tal, por ejemplo, el de la irrenunciabilidad en vida a la hipotética acción de reducción que pudiera corresponder: tal, el de la legitimación para instarla que corresponderá al legitimario preterido y a sus herederos o causahabientes, con lo que sigo la opinión que, a propósito de la acción de reducción de legados ha defendido LACRUZ BERDEJO (*Derecho de sucesiones*, cit., II, pág. 189) y VALLET (*Limitaciones...*, cit., II, págs. 1107-8), si bien este último sostiene, un tanto inconsecuentemente y por razones más bien históricas, la transmisión sólo *iure sanguinis*, es decir, únicamente a los descendientes (y a los herederos voluntarios en caso de imposibilidad o interrupción del ejercicio personal), de la acción de anulación por preterición que hasta ahora concedía el artículo 814: postura —creo— en adelante indefendible, por lo menos para la acción de reducción por preterición intencional.

(79) Por el contrario, pasará a ser prioritaria la aplicación de los artículos sobre reducción de donaciones, respecto de los de reducción de legados, en el caso de que por abundancia de donaciones computables las medidas de este párrafo primero del 814 sean insuficientes para salvaguardar la legítima del preterido.

(80) LACRUZ, *op. cit.*, II, págs. 149-150. Me interesa reproducir para la cabal inteligencia del texto el párrafo en que nos enseña que: «La reducción de disposiciones testamentarias no es necesariamente una acción rescisoria, puesto que ni (cuando no se han entregado los legados o hecho la partición) rescinde un desplazamiento antecedente, ni siquiera ha de proponerse siempre en forma de acción, bastando al heredero legitimario, para negarse a la entrega de los bienes, oponer la excepción de perjuicio a su legítima cuando el legatario reclama un legado que no cabe en el tercio libre».

aquí, en sede de reducción del artículo 814, 1, no cabe oponerla por vía de excepción, ya que, por hipótesis, el preterido no ha podido ser instituido heredero.

Se precisa, pues, siempre el ejercicio de una pretensión (mejor que acción, la cual parece implicar necesariamente un proceso) de reducción, y además dirigida, en primer lugar, contra el instituido, sea *ex asse*, sea en cosa cierta (a menos que en este último caso deba considerársele legatario); el fenómeno no es muy dispar del que se producía hasta ahora a propósito de los legados (81), que, paralelamente, también podrían ser de cuota o de cosa determinada.

V. Continúa el artículo 814: «... antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias».

Acabo de afirmar que la reducción afecta, en primer término, a la institución y sólo subsidiariamente a las disposiciones que relaciona a seguido el artículo. Que se debe respetar ese orden resulta no sólo del tenor literal del precepto, lo que ya sería suficiente, y del paralelismo con el artículo 851, sino de la voluntad manifiesta del legislador, tal y como resulta de la aceptación de la primera parte de la enmienda senatorial 119, antes transcrita.

¿Por qué ese decaimiento prioritario de la institución? Estimo que no hay otra razón que el mimetismo con la desheredación injusta, donde esa prelación resulta, según nos explica VALLET (82), de la cristalización normativa de los mismos resultados a que doctrinalmente se había llegado antes, merced a la aplicación expresa o presunta de la cláusula codicilar o de la *omni meliori modo quo valere possit* en los testamentos *parentum inter liberos*.

La razón es, pues, histórica y artificial, y si no fuera porque se habría establecido una diferencia cierta, importante e injustificada entre

(81) Sorprende la escasa atención que en la regulación anterior dedicaba la doctrina a la reducción de la institución de heredero, posible al amparo del artículo 817: en general, se centraban los autores en la reducción de legados y en la de donaciones, probablemente por ser las categorías que contaban con preceptos específicos.

(82) «... el artículo 851 ordena directamente el mismo resultado práctico a que habían llegado los autores castellanos a través de los efectos de la cláusula codicilar o de la *quod omni meliori modo valere possit* expresas o tácitas en los testamentos *parentum inter liberos*. La diferencia radica en que el resultado que entonces se lograba oblicuamente sosteniéndose como legado o fideicomiso el exceso de la cuota de institución en cuanto no fuese inoficioso, hoy el artículo 851 lo resuelve directamente al declarar válida la institución que no perjudique la legítima del desheredado injustamente. La lucha para que la voluntad del testador se cumpla en todo aquello que no invada los límites de las legítimas, hoy se logra sin necesidad de recurrir a tales previsiones» (*Limitaciones*, cit., II, pág. 980; también en *Comentarios...*, cit., pág. 528,

preterición intencional y desheredación injusta, hubiese sido deseable el que prosperara en este aspecto la versión del Congreso, pues no estimo que los legados obedezcan a una voluntad más específica (y, por tanto, más merecedora de salvación) del testador que la institución de heredero.

Ahora bien, entiendo que el orden de prelación se compone sólo de dos grados: institución, por un lado, y demás disposiciones testamentarias, por otro. Entre estas últimas no cabe interpretar que existe un orden jerárquico en el modo en que han sido enunciadas por el legislador: legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias; antes bien, todas decaen a prorrata, salvo disposición contraria del testador (art. 820, 2.º).

Las mejoras que se sitúan en el segundo estadio en orden a su reducción, entiendo con la más cualificada doctrina vertida a propósito de la regulación anterior (83) que son las canalizadas no sólo por vía de legado o mediante palabras vulgares (v. gr., deyo) asimilables al mismo, sino, sobre todo, por vía de institución o embebida en ella, pues sólo para las que se han servido de este segundo cauce resulta de interés destacar su posición secundaria *ad reducendum*. De lo contrario, hubiera bastado con referirse a los legados.

Por «demás disposiciones testamentarias» creo que no cabe entender las instituciones alternativas o en suborden (sustituciones), pues decaen en la misma medida que la institución principal; ni tampoco las *mortis causa capiones*, que son atribuciones *ex lege*, no voluntarias; ni menos las disposiciones sin contenido económico (reconocimiento de hijos, nombramiento de tutor, etc.), que no tienen por qué verse afectadas. Quizá la figura que más claramente encaje en dicha genérica expresión sea el modo, pero también la erección y dotación de una fundación, etc.

En fin, otras muchas cuestiones que podrían abordarse al socaire del primer párrafo del artículo 814 tienen fácil solución o, por lo menos, tratamiento con sólo trasplantar *mutatis mutandis* las suscitadas en sede de desheredación injusta, reducción de legados y aun de donaciones. Por eso me limito a enunciarlas, remitiéndome a obras más profundas para su cabal planteamiento y comentario:

1.^a Así, en primer lugar, conviene destacar que la reducción de la institución y de las demás disposiciones testamentarias encuentran su tope y, en consecuencia, debe desviarse hacia otras atribuciones, cuando

(83) CÁMARA, VALLET, ALBALADEJO, LACRUZ, etc. Por todos, *vide* este último, *op. cit.*, II, págs. 185-6.

el instituido o beneficiado es legitimario y se tropieza con el límite de la legítima de éste (84).

2.^a En el caso de que proceda reducir la institución o legado hechos a descendientes, ¿se imputan previamente esas atribuciones para ver si y en qué medida devienen mejora o procede practicar antes la reducción? (85). Entiendo que este problema es muy difícil que se suscite en la reducción decretada por el artículo 814, 1, si partimos de la base de que al preterido le corresponde siempre y, en todo caso, la legítima corta, en concurrencia con otros descendientes beneficiados con institución universal o legado global.

3.^a No cabe cuestionar tampoco si está sujeta a imputación previa a la reducción cualquier atribución hecha al propio reducente, pues, por hipótesis ha sido preterido: y no cabe ni siquiera plantearse respecto de donaciones entre vivos a su favor porque seguramente entonces no hay preterición, ni siquiera intencional, sino atribución insuficiente (86).

4.^a ¿Quid si se superpone una preterición particional a la previa testamentaria? Probablemente seguirán siendo anulables testamento y partición (87).

5.^a Parece evidente que el preterido puede ejercitar, en su caso y subsidiariamente (cf. art. 820-1.º) a la acción concedida por el artículo 814, 1, la de reducción de donaciones; si el texto legal lo olvida, no por ello dejan de entrar en juego las disposiciones específicas (arts. 654 y concordantes).

6.^a ¿Cuál será el suborden en la reducción de legados? ¿El del ar-

(84) VALLET: *Limitaciones...*, cit., II, pág. 986

(85) LACRUZ: *Derecho de sucesiones*, II, págs. 151-2, donde expone así la cuestión: «La reducción plantea un problema de cálculo cuando entre los legados a reducir hay alguno hecho a un descendiente, pues entonces, imputado el legado en la legítima estricta y la porción libre, queda todavía, para salvar el resto, la posible imputación en el tercio de mejora, al amparo del artículo 828. Se duda entonces sobre si la imputación en la mejora es previa a la reducción, de modo que la masa a reducir se forme sólo con los legados a extraños y el resto del hecho al descendiente que tampoco cabe en el tercio de mejora, o bien si procede reducir primero todos los legados a prorrata e imputar en la mejora ulterior la parte del hecho al legitimario que, mediante la reducción, ha sido excluida del tercio libre». Véase también su exposición del ejemplo y postura de MANRESA —a la que se adhiere VALLET— y de la de SCAEVOLA —a la que se suma el propio LACRUZ—. Me parece mejor fundada, en sede de genuina reducción de legados, la opinión de los que anteponen el juego del 828 al del 820, pues el cálculo de la legítima larga —lo que exige averiguar en qué medida es o no es mejora el segundo tercio— es previo a la reducción, ya que de otro modo no se sabría hasta dónde debe llevarse ésta.

(86) Véase la cuestión para la reducción *stricto sensu* en VALLET: *Limitaciones...*, cit., II, págs. 988-9.

(87) VALLET, *ibídem*, págs. 989-90.

título 820-2.º o el del 887? La conciliación entre ambos preceptos no parece oportuno abordarla aquí (88).

7.^a También he afirmado la aplicación de los artículos 821 y 822 no sólo a los legados reducibles, sino también a la institución en cosa cierta que deba seguir la misma suerte y, en general, a cualquier atribución testamentaria específica (89).

8.^a Deliberadamente no abordo otras cuestiones de la acción de reducción ex artículo 814, como su naturaleza —probablemente rescisoria—, legitimación pasiva, prescripción, etc. (90).

9.^a Y tampoco me adentro, por estar ya tratado asimismo con acierto y hondura, en la eficacia de la reducción ex artículo 814 con respecto a quien haya adquirido del instituido, legatario o beneficiado en general, en el supuesto de que se hubiesen hecho cargo de la atribución y dispuesto de ella antes del ejercicio de aquella acción (91), etc.

VI. El artículo 814 continúa diciendo: «*sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos...*»:

El «sin embargo» inicial no arguye que en la hipótesis de este segundo párrafo no deba también quedar incólume, como mínimo, la legítima, tal y como he sostenido anteriormente. Esa conjunción adversativa lo que contrapone son los medios para conseguir aquella indemnidad. Normalmente, lo será una estricta reducción; aquí, en cambio, medidas, con toda probabilidad, de más largo alcance.

En fin, procede adentrarme ya en uno de los puntos clave de la nueva regulación: ¿qué debe entenderse por preterición no intencional?

El legislador, una vez más, no ha querido comprometerse, a pesar de contar aquí también con valioso modelo en el párrafo tercero del artículo 141 de la Compilación catalana.

Parece lícito entonces que, por lo menos, el intérprete acuda, como punto de partida, a dicho párrafo, de modo que, en principio, podría haber preterición errónea:

(88) Principales posiciones de nuevo en VALLET: *Limitaciones*, cit., páginas 1098 a 1104; también véase LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 151, nota 8.

(89) Para los problemas que suscita esa aplicación, y para la prevalencia, en su caso, sobre esos artículos, del 829, me remito una vez más a VALLET: *Limitaciones...*, cit., págs. 1105 a 1107, y a LACRUZ, *op. cit.*, pág. 153.

(90) Para todas ellas, LACRUZ, *op. cit.*, pág. 149.

(91) Vide LACRUZ, *op. cit.*, pág. 149, nota 6, donde recoge la opinión de CÁMARA; también VALLET: *Limitaciones...*, cit., págs. 1110-1. Si por exceso de donaciones computables procede la reducción de éstas, la eficacia de esta acción respecto a terceros es muy otra. VALLET: *Limitaciones...*, cit., págs. 1172 a 1174, LACRUZ, *op. cit.*, II, pág. 162.

- 1.º Si el legitimario ha nacido después de otorgado el testamento.
- 2.º Si el legitimario ha llegado a serlo después de otorgado el testamento.
- 3.º Si la existencia del legitimario era ignorada por el causante al testar.

En esta tercera hipótesis cabe incluir con preferencia el supuesto de que lo que ignore el causante al testar no sea propiamente la existencia del legitimario (92), sino su subsistencia, o sea, su existencia coetánea con el otorgamiento del negocio *mortis causa* (por creerlo equivocadamente fallecido).

En relación con la segunda hipótesis, se me ocurre que pueden ser tres las posibilidades de surgimiento de esos legitimarios sobrevenidos (93):

a) Que se establezca posteriormente a testar la relación familiar que conlleva la condición de legitimario (reconocimiento o imposición (94) de filiación u otorgamiento de la escritura de adopción, como última fase de su *iter* constitutivo).

b) Que aun estando establecida previamente la relación familiar con la persona del legitimario, la condición de tal haya sido declarada posteriormente por la ley (95).

(92) Pues este caso, frecuentemente, aunque no siempre, se confunde con la primera de las hipótesis expuestas, a saber: «si el legitimario ha nacido después de otorgado el testamento», ya que entonces es seguro que su existencia la ignoraba el causante al testar (prescindo aquí de que conociera su existencia probable, es decir, su concepción, pues ya no se trataría, lógicamente, de una preterición errónea, aunque sí lo sea criticablemente en Cataluña, dada la rigidez del 141, 3, de la Compilación)

(93) Legitimarios que sean descendientes que son los únicos que interesan al Derecho común y al catalán, desde el momento en que sólo ellos pueden ser involuntariamente preteridos.

(94) Téngase en cuenta que en los casos de filiación (no necesariamente extramatrimonial) impuesta contra la voluntad u oposición del progenitor el nuevo artículo 111 niega a éste (¿también a los ascendientes de ulterior grado de su línea?) derechos *por ministerio de la ley* en las herencias del hijo impuesto o de sus descendientes. Lo mismo ocurre cuando el progenitor «haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme» (violación, estupro). Ahora bien, como la norma se refiere unilateralmente a los progenitores y no a los descendientes, tampoco me ocuparé de ella aquí.

(95) Siempre circunscribiéndome —insisto— a los legitimarios descendientes será el caso para los testamentos otorgados antes del 8 de junio de 1981, pero que rijan sucesiones abiertas después (cfr. disposición transitoria octava de la Ley 11/81 y duodécima del Código) de los descendientes no matrimoniales y (de prosperar la tesis que sostuve en la nota 36) adoptivos plenos en relación, no con sus padres —de los que antes también eran legitimarios, aunque no siempre en la misma cuantía que ahora—, sino con sus ascendientes de ulterior grado; de suerte que, por ejemplo, sería un legitimario preterible no intencionadamente, desde este enfoque, el hijo no matrimonial de otro matrimonial premuerto a la hora de testar, en la sucesión del padre de éste, que ahora es también abuelo, no sólo biológico, del primero.

c) Que estando establecida previamente la relación familiar y la potencial condición legal de legitimario, ésta no opera por la interferencia de otro legitimario de mejor grado cuya desaparición *post testamentum* convierte en actual aquella condición (96).

Finalmente, en relación con la primera hipótesis, cabe observar que abraza tanto al póstumo como al cuasipóstumo (97).

Pues bien, de las tres hipótesis de preterición errónea que acoge el artículo 141 de la Compilación catalana, paréceme fácilmente trasplantables al Derecho común la primera (nacimiento *post testamentum*) y la

(96) Así sucedería, tratándose de ascendientes en el caso de premoriencia de todos los descendientes, sobreviviendo alguno de aquéllos, o en el de premoriencia de un ascendiente de grado más próximo sobreviviéndole otro de grado ulterior, sobre el que no haya de prevalecer el de otra línea ex artículo 810 del Código Civil, pero ciñéndome, como es lógico, a los descendientes esta hipótesis de legitimario sobrevenido *per accidens*, parece muy difícil, desde el momento en que, según el antepenúltimo párrafo del 814, «los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos»; no obstante, no creo que sea imposible el caso de que habiendo preterido intencionadamente a un descendiente (lo que excluye la aplicación de dicho antepenúltimo párrafo), por premoriencia de éste *post testamentum*, pasen a ser, desde este enfoque, legitimarios preteribles inintencionadamente —v. gr., por postumidad— los hijos de aquél. No se arguya que entonces siempre serían de mejor condición —al poder ser preteridos involuntariamente— los descendientes de un preterido intencional que los de un no preterido, porque la representación de éstos, como veremos, se extiende a todo lo que en la *herencia* se hubiese dejado a su representado, por lo que en los casos normales es fácil que coincida lo que a aquellos corresponda en la intestada, con lo que a éstos les llegue por vía de representación.

(97) Se advierte una acusada influencia germana en este concreto aspecto (determinación de los supuestos de preterición errónea) en la Compilación catalana, pues el párrafo 2.079 del B. G. B. establece que «una disposición de última voluntad puede ser impugnada si el causante ha preterido a un titular de legítima existente al tiempo de la muerte del causante cuya existencia no era conocida para él al tiempo del otorgamiento de la disposición o el cual ha nacido o se ha convertido en titular de legítima sólo después del otorgamiento. La impugnación está excluida siempre que haya de entenderse que el causante habría adoptado la disposición incluso con conocimiento de la —verdadera— situación de hecho» (citado con arreglo a la traducción de CARLOS MELÓN INFANTE, apéndice del *Tratado de Derecho Civil* de ENNECCERUS-KIPP y WOLFF, Bosch, Barcelona, 1955; compulsada su inalterada redacción en la edición de la C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 97 völlig neubearbeitete Auflage nach dem Stand vom 1. Januar 1980, München, 1980). La influencia alemana en la Compilación en este punto, a través probablemente de RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, ponente en la comisión redactora del Proyecto definitivo de 1959 y anotador del Derecho de Sucesiones de THEODOR KIPP, ya fue destacada por O'CALLAGHAN, *op. cit.*, pág. 300. Obsérvese que los casos expuestos, prácticamente paralelos en los ordenamientos alemano-occidental y catalán, constituyen meros indicios de preterición errónea, con simple presunción *iuris tantum*, en el primero, en tanto que implican una presunción *iuris et de iure* (críticamente) de dicha preterición, en el segundo. Obsérvese igualmente que la legislación y doctrina alemanas tratan de esa especie de preterición errónea, no en sede de legítimas, sino dentro de las causas de impugnación de las disposiciones de última voluntad, lo que parece un acierto sistemático.

tercera (ignorancia de la existencia coetánea), puesto que en ambas, por no haber surgido o por creerla fallecida, no se tuvo presente la persona del legitimario al tiempo de otorgar la disposición de última voluntad.

No obstante, dentro de estas dos primeras hipótesis, creo que se impone distinguir dos casos:

- que el causante falleciese sin llegar a enterarse del nacimiento o de la reaparición de su descendiente legitimario,
- o que falleciese tras un lapso más o menos largo de tiempo desde que cualquiera de ambas noticias llegase a su conocimiento.

En el primer caso, la preterición no intencional resulta segura; en el segundo, sólo probable o posible, y se impone una indagación del porqué del comportamiento pasivo del causante en orden a otorgar un nuevo testamento en que recordase al cuasipóstumo, al póstumo noto (concebido) o al reaparecido a tiempo; dos factores considero indicia-rios: el período más o menos extenso de tiempo en que permanece inalterada, después de los nuevos datos, la voluntad testamentaria, y la índole de las relaciones (amistosas o no) entre el causante y el legitimario sobrevenido; pero tampoco se pueden desprestigiar otros, v. gr., hábito o facilidad de testar, cultura jurídica, etc.

En cambio, resulta de más difícil importación al derecho del Código la hipótesis segunda, especialmente en sus supuestos *b)* y *c)*, ya que tanto los neolegitimarios por modificación de la ley, como los devenidos legitimarios *per accidens* eran personas seguramente existentes y conocidas al tiempo de testar (98). El supuesto *a)* —establecimiento *post testamentum* de la relación familiar— se asemeja más a las hipótesis de nacimiento o reaparición sobrevenidos, pero con la peculiaridad de que muy difícilmente puede fallecer el testador sin enterarse de la existencia de esos nuevos familiares suyos, ya que o interviene en el establecimiento de la relación o lo hace un descendiente intermedio, que probablemente pondrá en juego el artículo 814, 3, del Código Civil. De nuevo habrá que valorar aquí el sentido de su pasividad testatoria, que acaso se complique por la interferencia de muy variadas consideraciones (99).

(98) Prescindo aquí de hipótesis marginales en que también resultasen desconocidas del testador (v. gr., si el abuelo testador ignoraba la existencia del hijo no matrimonial reconocido de su hijo preterido intencionadamente que conmuere —este último— con él), pues creo que hacen tránsito a las dos primeras hipótesis antes vistas, en su variedad de que el causante fallezca sin enterarse de la existencia de descendientes legitimarios.

(99) Por ejemplo: edad del adoptado y alcance que le daba el adoptante a la adopción; reconocimiento voluntario o impuesto; aprecio hacia el hijo no matrimonial en relación con los demás matrimoniales que pudiera tener el testador, etcétera.

De todas maneras, creo que también en los supuestos *b)* y *c)* (y, desde luego, en el *a)*), se produce un cambio de circunstancias que pueden haber alterado las bases sobre las que se otorgó el negocio testamentario: la prueba de esa alteración, como veremos, no estará apoyada en presunción alguna y será, por tanto, más difícil, pero en modo alguno imposible.

Un planteamiento mucho más estrecho de la preterición no intencional sería el que prescindiese de la contemplación de otros cuerpos legales y se ciñese a la comparación con el instituto paralelo que existe en el Código Civil, dentro de las donaciones, a saber, con la revocación por superveniencia o supervivencia de hijos (art. 644, por cierto, también modificado en la reforma que vengo comentando):

Resultaría, en efecto, muy sistemático y simplificador que sólo se considerasen casos de preterición involuntaria los en que:

- el causante tuviese después del testamento hijos, aunque fuesen póstumos,
- o resultase vivo el hijo del causante que éste reputaba muerto cuando hizo el testamento.

Pero a poco que se medite, se verá la dificultad de mantener un paralelismo a rajatabla entre preterición no intencional y revocación por superveniencia o sobrevivencia de hijos (paralelismo que tampoco ha intentado el legislador en su reforma simultánea de los arts. 644 y 814):

1.º Porque la revocación sólo opera si el donante al donar *no tenía hijos ni descendientes*, en tanto que la preterición errónea prescinde de esa exigencia.

2.º Porque la donación sólo se revoca si el donante tiene o le reaparecen hijos, pero no si ocurre lo propio con descendientes de ulterior grado (100), en tanto que la preterición no intencional también se puede cometer contra descendientes ulteriores que sean legitimarios.

Otras posibles diferencias dependen del concepto que se tenga de la preterición errónea e incurriría en petición de principio si las admitiera, puesto que de lo que se trataba en este segundo planteamiento es-

(100) Esa interpretación estricta del artículo 644, que reconozco no es la única posible, se apoya en que el legislador cuando ha querido acordarse de los descendientes lo ha hecho, como en el primer párrafo, y en que la revocación como atentatoria a la libertad y firmeza del dominio debe contemplarse restrictivamente. Al donante le puede nacer un descendiente de segundo (o ulterior) grado que sea legitimario suyo si tras la muerte de su unigénito varón efectúa una donación que, en estricta aplicación de la ley, no parece sea revocable porque luego su nuera que resultó encinta le proporcione un nieto.

tricto era determinar las hipótesis de aquélla mediante correspondencia con la revocación ex artículo 644 (101).

Las diferencias legales claras entre preterición no intencional y revocación por superveniencia o sobrevivencia, así como las menos claras que pudieran resultar de su aplicación jurisprudencial, e igualmente la estrechez de los supuestos del artículo 644, me inclinan a renunciar a la analogía con este último precepto, como único camino para integrar el concepto, legislativamente impreciso, de la preterición no voluntaria.

Me parece preferible entonces el recurso comparativo con la Compilación catalana y el B.G.B., que intenté al principio. Por eso creo, en definitiva, que en todas las hipótesis que he sistematizado antes al hilo del artículo 141, 3, de la primera (y del § 2.079 del segundo), puede darse en Derecho común preterición no intencional de descendientes (102).

Pero también opino que en cada una de ellas la prueba de que se ha producido un caso concreto de preterición errónea varía; así:

— En los supuestos en que el testador falleciese sin llegar a enterarse del nacimiento o de la reaparición de su descendiente legítimo, basta probar esos extremos para que se presuma, sin más, la preterición no intencional, puesto que entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir hay un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1.253).

— En los supuestos en que el testador falleciese tras un lapso más o menos largo de tiempo desde el nacimiento o la reaparición de su descendiente legítimo, y también desde el establecimiento de la relación familiar con él (por reconocimiento o adopción), no debe actuar presunción alguna ni en favor ni en contra de la preterición involuntaria: aquel a quien interese su estimación deberá probar los hechos constitutivos de su pretensión, y el o los perjudicados, los extintivos de la misma, con admisión en ambos casos de alegaciones sobre circunstancias extrín-

(101) Así, por ejemplo, dentro del caso primero de revocación («que el donante *tenga*, después de la donación, hijos aunque sean póstumos») es dudoso si se comprende no sólo el supuesto de la adopción, sino también el del reconocimiento de hijo que acaso se hubiera tenido, biológicamente, antes de la donación, pero que sólo se reconoce después de la misma. Siendo dudoso si estos supuestos permiten actuar la revocación por superveniencia, ¿cómo decidir por trasposición si lo serían también de preterición errónea? De ahí la independencia relativa que se postula en el texto entre ambos institutos.

(102) Resulta criticable que el legislador no haya prefigurado un elenco flexible, abierto si se quiere, de supuestos en los que se presumiera la preterición errónea, dispensando así, claramente, de la carga de la prueba al que se acogiese a cualquiera de ellos, pero más lo hubiera sido reproducirlos con la misma rigidez con que los configura el precepto catalán, y a la que ya me he referido.

secas al testamento y, probablemente, aunque no tengan conexión con su tenor literal (103).

— Finalmente, en los supuestos que he bautizado de neolegitimarios (por cambio de la ley) y de legitimarios sobrevenidos *per accidens* (premorienza del intermedio omitido), en que el testador probablemente conoce las personas de los preteribles, aunque no su actual condición legal de legitimarios (104), existe casi una presunción contraria a la involuntariedad de la preterición, aunque todavía cabe probar que fue inintencionada y que no era propósito del causante olvidar en absoluto a los legitimarios advenedizos: por supuesto, con la misma amplitud de prueba a que acabo de aludir en el apartado anterior (105).

Dos consideraciones me sugieren las anteriores conclusiones:

La primera, de lamento, ya que en 1981 el legislador español parece incapaz de perfilar normas con similar perfección a como lo hiciera el ya octogenario Código de la época bismarkiana, al que todavía se puede acudir para suplir las insuficiencias o los silencios del nuestro. Incluso su sistemática en este punto, aunque disperse las dos tradicionales variedades de preterición, parece superior o más rigurosa.

Y la segunda, de sorpresa, y luego, de escepticismo, puesto que la flexibilidad que van a tener los tribunales para apreciar si se ha incidido o no en preterición no intencional de descendientes, recuerda la que tuvo en sus comienzos el Tribunal de los centumviro romano, en cuyas decisiones tanto influyeron, al parecer, las circunstancias personales y familiares del olvido de los «sui», hábilmente expuestas por retóricos y abogados (106): ¡cuántos siglos para acabar retornando a los orígenes!

VII. Continuando con el examen del artículo 814, el mismo dice a continuación:

(103) Ya que no se trata propiamente de desentrañar el significado de una cláusula del testamento, sino el de una omisión en él padecida, por lo que mal puede exigirse conexión con un silencio.

(104) Se dirá que en los supuestos del apartado anterior también el testador podía conocer las personas del luego reconocido o adoptado, pero no parece igual ignorar que eran legitimarios a ignorar que eran familiares o parientes (cualidades que pasa a tener el descendiente al que se reconoce o adopta): la condición de pariente pertenece al ámbito de lo sociológico; la de legitimario, al de lo jurídico.

(105) Creo que en este tercer grupo de supuestos en que existe una presunción contra la preterición errónea se incluye con más justeza el de que se establezca *post testamentum* la relación familiar del descendiente legitimario, pero contra la voluntad del testador (imposición de la filiación).

(106) Vide VALLET: *Limitaciones...*, cit., II, págs. 902-3; también LUIGI DI LELLA: *Querela Inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Nápoles, 1972, citado por VALLET.

«1.º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2.º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas...».

Lo primero que llama la atención en esta regulación es la contraposición entre preterición no intencional total y preterición no intencional parcial o singular, según se refiera a todos los descendientes (preteribles, claro) o sólo a alguno o algunos. ¿Por qué esa distinción sin precedentes legislativos en el Derecho común?

En seguida se piensa en cierto deseo de aproximación al Derecho aragonés, donde los artículos 122 y 123 de su Compilación establecen una distinción semejante. Pero de ser exacto ese propósito no parece muy afortunado, porque en Aragón la preterición singular, que allí constituye una infracción puramente formal, viene impuesta por la inexistencia de una legítima material individual: el testador puede distribuir desigualmente todo su caudal computable entre sus descendientes, apartando a cualquiera de ellos, y si esto lo puede hacer expresamente, el que lo hiciera tácitamente, incluso sin querer, infringiendo tan sólo un deber formal de mencionar, no podía motivar consecuencias muy drásticas, y de ahí la solución del artículo 123 de la Compilación de 1967 (107).

Además, la regulación aragonesa resulta en este extremo artificial, al seguir sancionando omisiones formales, y algo caprichosas, pues un mismo comportamiento del testador puede incidir en las graves consecuencias del artículo 122 o en las menos graves del 123, en función del dato, puramente accidental, de que cuente sólo con un descendiente o con más de uno.

También puede pensarse en la influencia de la opinión de tratadista tan prestigioso como VALLET DE GOYTISOLO, quien, bajo la rúbrica «Propuestas de derecho constituyente», había escrito (108) que «la preterición errónea propiamente dicha, debida a sobrevivencia de hijos que se creían fallecidos o al ulterior nacimiento de otros hijos, en principio debería dar lugar a la invalidación no sólo de la institución de heredero, sino de las demás disposiciones de tipo patrimonial, a no ser que de la interpretación del testamento, conforme al artículo 675 del

(107) Si silenciara formalmente a todos sus legitimarios, la omisión, salvo en la hipótesis marginal de atribución de todo el caudal a un nieto de padre vivo, se identifica con la lesión de la legítima material colectiva y, por eso, el artículo 122 prevé para dicha omisión unos efectos de mayor alcance, subdistinguiendo, además, en su seno entre preterición errónea (circunscrita a la hipótesis inexistencia) y preterición intencional.

(108) *Limitaciones...*, cit., II, pág. 944.

Código Civil, resulte que la voluntad del testador fuese otra. Así, en caso de preterición de todos los hijos o del único, la nulidad de la institución de herederos y de los legados debe ser total; en cambio, en caso de tener el testador más hijos y de haberles instituido por igual, si hubiese otorgado alguna disposición a favor del cónyuge viudo en usufructo o de la totalidad de la parte libre, debería entenderse que su intención es mantener esta disposición, por no parecer presumible que en la intención del testador se hallara la de favorecer al hijo o hijos preteridos más que a los instituidos».

Obsérvese, empero, que aunque hay un evidente eco en la regulación actual de ésta (y de alguna otra opinión) de VALLET, su propuesta no ha sido fidedignamente reproducida. Para él, la preterición no intencional singular de sólo un descendiente no debe producir la anulación de todas las disposiciones patrimoniales del testamento, más que si los demás descendientes no preteridos han sido comparados (y postergados) al cónyuge viudo. El Código, aunque salva la institución a favor de éste, no adiciona este requisito de la comparación al de la omisión parcial; además, es poco probable, como hemos visto, que los supuestos de preterición no intencional sean sólo los de sobrevivencia o supervivencia de que parte VALLET.

Pues bien, sea cual fuere el origen o la fuente de la innovación de este aspecto del artículo 814, creo que pueden formularse serios reproches al texto definitivamente aprobado, según iremos viendo.

Ante todo, es imprescindible determinar el sentido de las dos alternativas que el mismo plantea, según que resulten preteridos todos los descendientes o no (ya que a esta negación equivale la fórmula inicial del núm. 2.º: «En otro caso...»):

Por mi parte, entiendo que el número 1.º entrará en funcionamiento:

— Si resultan preteridos inintencionadamente (109) el único o todos los descendientes,

(109) El que el participio «preteridos» del número 1.º se refiere sólo a los preteridos sin intención se desprende del hecho de que ese número desenvuelve los efectos que desencadena la preterición no intencional a que se refiere la frase anterior de la que es desarrollo, puesto que se separa de ella por dos puntos. Pero ¿quid, si se comete preterición intencional de un descendiente y no intencional de otro? Creo que si el primero de ellos acciona por la vía del número 1.º o del número 2.º, según que no haya o sí un tercer descendiente recordado, será inevitable que el segundo se beneficie de la anulación de todas las disposiciones patrimoniales testamentarias o de la invalidación de la institución de heredero, a menos que se haga prevalecer la voluntad implícita del causante al amparo del último párrafo del 814. Volveré sobre ello.

y el número 2.º:

- si habiendo más de un descendiente, se incurre en preterición no intencional de sólo alguno o algunos de ellos y, por lo menos, se recuerda a uno.

Ahora bien, imaginemos un padre que tenga un hijo al testar, al que prelega bienes e instituye heredero, y que poco después fallece dejando otro hijo preterido involuntariamente (v. gr., un póstumo): ¿Por qué en este caso simplemente se anula la institución de heredero, mientras que si el mismo padre no hubiese tenido más hijo que el que no llegó a conocer, se hubiesen anulado todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial? ¿Acaso comparó al hijo nacido con el otro, al que no contempló ni en hipótesis? ¿No es más probable en él una voluntad igualatoria, que sólo se hubiera conseguido por la vía del número 1.º (caso de preterición errónea total)?

Desde luego que sí, y de ahí lo criticable de una distinción que, ya sea trasplante inadecuado desde ordenamiento distinto, ya reproducción distorsionada de opinión certera, no conduce sino a consecuencias arbitrarias (110).

Pero pormenoricemos un poco más el comentario de estos efectos de la preterición errónea:

A) En cuanto al número 1.º, ya he apuntado que, a pesar de la gravedad de la medida —anulación de todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial—, la misma podría ser insuficiente para dejar cubierta la legítima material si no fuera porque su puesta a salvo,

(110) No me parece menos arbitrario el supuesto de que el beneficiado por el testamento no sea uno de los descendientes, sino persona distinta, por ejemplo, un extraño. Si es verdad que a éste lo ha preferido el testador a los descendientes que a la sazón tenía y no preterió, ¿cómo saber si la misma anteposición la hubiera mantenido en confrontación con un póstumo? Pero aun admitiendo que el legislador presuma que la preferencia al extraño habría persistido en el ánimo del causante, en presencia también del legitimario involuntariamente olvidado, ¿no ha reparado dicho legislador en que el mecanismo elegido por él —anulación de la institución de heredero— puede provocar un resultado contrario a la idea de que se parte? Por ejemplo, si a ese extraño se le había beneficiado con institución universal en tanto que se satisfizo con legado las legítimas de los descendientes no preteridos, pues mientras éstos conservan su atribución, aquél ve decaer totalmente la suya. En el artículo 644 del Código Civil, si el donante tenía descendientes y a pesar de ello donó a un extraño el advenimiento de un nuevo legitimario en línea recta descendente, no faculta para revocar la donación; el 814, 2.º, en cambio, en lugar de limitarse paralelamente a salvaguardar la legítima del preterido, y aun a costa de la de los otros descendientes no omitidos y postergados al extraño (comprimiéndola al aumentar el divisor), decreta una caprichosa anulación de la institución, que lo mismo puede perjudicar a dicho extraño, que a los demás descendientes, que a un tercero distinto de aquél y éstos.

gracias a la frase inicial del artículo 814, nos conduce a los artículos 636 y 654 a 656. Pero es que además, la reducción permitida por esos artículos será a veces innecesaria, puesto que en no pocos de los casos de preterición no intencional se podrá ejercitar también la acción de revocación de las donaciones, al amparo del artículo 644 y concordantes del Código Civil, con lo que decaen todas las donaciones en su totalidad y no sólo en lo menester y por orden inverso de fechas.

Al decir este número primero que se anulan las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, es evidente que se debe abrir la sucesión intestada en todo el caudal (111), que entonces corresponderá al preterido en concurrencia, en su caso, con el cónyuge viudo (112).

Las características de esta acción de anulación total (legitimación, prescripción, transmisibilidad, etc.) son las mismas que las de la de anulación de sólo la institución de heredero del número 2.º, las cuales, a su vez, son idénticas a las de la acción que concedía el artículo 814, 1, del Código Civil, versión anterior, y que ya han sido suficientemente estudiadas por la doctrina, a la que por enésima ocasión me remito.

Mas ¿qué se debe entender por disposiciones testamentarias de contenido patrimonial? Repasemos brevemente algunos casos dudosos:

1.º Desheredaciones justas: si es de un ascendiente *ad cautelam*, carece de importancia excesiva decidir si se entiende revocada o no su desheredación, puesto que, en todo caso, se le antepondrá en la intestada el descendiente preterido; pero ¿y si es de otro descendiente o del cónyuge?:

a) De otro descendiente: ¿opera en este caso el artículo 814, 2, 1.º? ¿No es presupuesto de ese número el que resulten preteridos y preteridos inintencionadamente (no desheredados) todos los descendientes? Literalmente así parece, pero creo que la desheredación equivale a la supresión del legítimo del campo sucesorio y que a estos efectos (113) es como

(111) ¿Al amparo del artículo 912-1.º —«cuando uno muere con testamento que haya perdido después su validez»— o del 912-2.º —«cuando el testamento .. no dispone de todos (los bienes) que corresponden al testador»? Propiamente no es el testamento, sino sus disposiciones patrimoniales las que han perdido validez, por lo que no son éstas adecuadas para transmitir un caudal que permanece como si de él no se hubiese dispuesto. Pero la cuestión de cuál sea la puerta legal para la intestada no me parece demasiado trascendente.

(112) Si es que se resuelve en su favor y por los motivos que expondría en su lugar (si continúo el presente artículo), el olvido en que ha incurrido la reforma respecto del juego de la legítima viudal en la sucesión intestada (supresión del art. 953, a cuyo comentario, en su caso, me remito).

(113) Y a otros, por ejemplo, para el cálculo de la legítima individual en Derecho común, a diferencia de lo que sucede en Cataluña —art. 130 de la Compilación—.

si no existiera. Desde ese enfoque, si no salvamos de la anulación, como creo que procede, la cláusula de desheredación justa, interpretando que no tiene un contenido patrimonial directo, sino prioritariamente moral, se produciría la consecuencia poco equitativa de que, por rebote, podría el desheredado con causa ser llamado a la sucesión si su comportamiento no conllevara, como normalmente ocurrirá, su indignidad para suceder (y salvo que de nuevo acudiésemos a la discutible panacea del art. 814, *in fine*).

b) Del cónyuge: entiendo igualmente que para cubrir los pocos supuestos en que desheredación e indignidad no coinciden, conviene interpretar que la desheredación justa de un esposo no decae ex artículo 814, 2, 1.º, bajo el argumento de que el carácter patrimonial de la cláusula que la ordena es sólo indirecto y negativo.

2.º Desheredaciones injustas: las de ascendientes *ad cautelam*, no importa qué suerte corran, por lo ya dicho. ¿Y las de otros descendientes? Ante todo, creo que aquellas desheredaciones no deben evitar el juego de la nulidad total ex artículo 814, 2, 1.º, aunque el *Tatbestand* de éste sea sólo la preterición involuntaria total, porque no sería justo para, por ejemplo, el póstumo no beneficiarse de todo el as por el comportamiento subjetivamente (para el testador) incorrecto de otro descendiente, y sí, en cambio, si ese otro descendiente hubiese premuerto. Además, la coherencia con lo dicho en la nota 109, donde no evitaba el juego de la preterición errónea total la concurrencia de un preterido intencionalmente (114), me obliga aquí a defender lo mismo, o sea, que se puede preterir involuntariamente a un descendiente con la consecuencia del número 1.º del párrafo segundo del artículo 814, aunque exista otro u otros descendientes injustamente desheredados. Ahora bien, podría sostenerse, a diferencia de lo que en dicha nota resolví para el preterido intencionalmente, que el desheredado sin causa recibirá en la intestada sólo una porción equivalente a lo que sería su legítima corta en la testada, porque el aspecto moral-penal de la cláusula de desheredación injusta, que no se anula, permite evitar el juego ciego de los artículos 932 y 933 del Código Civil. Para el preterido con intención, al no existir cláusula que salvarse pueda resulta más difícil (si no es por la dudosa vía del art. 814, *in fine*) resolver lo mismo, aparte de que la voluntad del causante de apartarlo es siempre menos rotunda al silenciarlo, aun a propósito, que al desheredarlo inmotivadamente.

3.º Nombramiento de albacea y de contador partidor: el primero creo que no debe anularse ni siquiera en cuanto a su remuneración (ar-

(114) Sujeto en tantos aspectos equiparado, como vimos, al desheredado injustamente.

título 908 del Código Civil), que es más contraprestación que atribución gratuita; el del segundo opino que tampoco, aunque en algún caso (por ejemplo, preterición errónea de sólo un descendiente que en la intestada no concurre con nadie) carecerá de posibilidad de partir y haría muy bien en seguir el consejo ínsito en la cláusula palominiana de «no estorbar».

4.º Adjudicaciones para pago de deudas, legado de pago (art. 873), etcétera: creo que en la medida en que no envuelvan atribuciones gratuitas, sino medidas para cumplir obligaciones previas, deben salvarse.

B) En cuanto al número 2.º, puedo ser más breve porque su enunciado coincide casi totalmente con el del artículo 814, 1, en su versión acabada de reformar; cabe entonces efectuar, una vez más, remisión a los muchos y conspicuos autores que se han ocupado de la preterición antes de la Ley 11/81 (115).

Y como no voy a insistir en lo caprichoso que resulta este efecto, cuando, además, del preterido erróneamente existen otros descendientes legitimarios recordados, ni en la sinrazón de que decaiga primero la institución que los legados, me limitaré a subrayar que respecto de la versión anterior del artículo 814, 1, se ha introducido un inciso (el de «ordenadas por cualquier título») referido a las mejoras (116). Sin duda, se ha querido respaldar legislativamente con él, la opinión ya aludida de los que dejaban para la segunda fase de invalidaciones (por reducción) las mejoras embebidas en la institución o canalizadas expresamente a través de ella (interpretación que ya sostuve, al abrigo de la mejor doctrina, para el párrafo primero del actual art. 814). Y no se me diga que en esa otra sede no debe ser así, porque cuando el legislador ha querido postergar el decaimiento de mejoras «ordenadas por cualquier título», lo ha dicho expresamente, puesto que entonces desembocaríamos (117) en el absurdo de que el preterido intencionadamente sería de mejor condición, al ver reducida en su favor y de una sola vez (118) toda la institución, incluso en lo que fuera mejora, que el preterido de forma involuntaria. Además, el mejorado *ex institutione* se hallaría en primera o en segunda fila de invalidación, en función del dato indiferente para él de que tropiece con un preterido intencional o con un preterido erró-

(115) *Vide* nota 48.

(116) Aunque gramaticalmente sí, lógicamente no puede referirse también a las mandas.

(117) Merced al juego ciego del apotegma *inclusio unius, exclusio alterius*.

(118) Sin necesidad de tener acaso que dirigirse, por ser entonces suficiente la institución reducida para cubrir su legítima, contra legatarios y mejorados vía legado.

neo. Desde luego, lo lógico habría sido que el legislador hubiese hecho la misma salvedad en el artículo 814, 1, y en el 814, 2, 2.º

Como también lo habría sido, ¡ay!, que hubiese recordado las «demás disposiciones testamentarias» en esa segunda sede. A la vista de su omisión, para hacerlas decaer en cuanto inoficiosas, habrá que acudir entonces, en caso de preterición no intencional parcial, a las disposiciones generales (art. 817) o a la analogía (*de minore ad maius*) con el artículo 814, 1.

VIII. Sigue el artículo 814: «... *no obstante la institución de heredero a favor del cónyuge, sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas*».

El único problema que me suscita este párrafo es el de averiguar cuál fue la auténtica *voluntas legislatoris* al rechazar la segunda parte de la enmienda 119 del Senado. ¿Fue un verdadero propósito de que la institución a favor del cónyuge sólo se salvase en caso de preterición errónea parcial y cuando, precisamente, se tratase sólo de institución de heredero y no de legado? ¿O fue la suya una forzada aceptación del mal menor, dada la estrechez de movimientos que permite el Reglamento de la Cámara Baja, ante la desafortunada ubicación que se dio en la Ponencia del Senado a la segunda parte de la enmienda 119, como ya he referido?

Me inclino por lo primero y en verdad que fue acertada y coherente la no admisión de dicha parte de la enmienda. En efecto, y partiendo de que el párrafo que comento es un desenvolvimiento de la idea de VALLET (*vid.* ap. VII), si se ha instituido heredero al cónyuge habiendo descendientes legitimarios no preteridos, es fácil que la ley presuma que la voluntad del testador habría sido la misma aun en el caso de aparición de un nuevo descendiente preterido sin querer: de ahí que la deje a salvo. Pero si el causante no llegó a comparar a su cónyuge con la línea descendente de comportamiento normal (119), resulta lógico que el legislador deje actuar las reglas generales como supletorias de la voluntad de un ciudadano medio o patrón, y de ahí que decaiga la institución junto con las demás disposiciones patrimoniales del testamento.

Y en cuanto a que sólo se deje a salvo la atribución al cónyuge, si se canaliza a través de una institución de heredero, no puede ser más razonable, puesto que si se le beneficia con un legado, el mismo está ya a salvo hasta el límite de la inoficiosidad por el juego del artículo 814,

(119) Prescindo aquí de la desheredada justa y aun injustamente. En cambio, considero «normal» dentro de la filosofía de la ley tanto la matrimonial como la no matrimonial.

2, 2.º, dado que los legados todos, y no sólo el hecho al cónyuge, sólo se reducen en cuanto perjudiquen a las legítimas de los preteridos (legítimas aquí largas, no se olvide).

IX. Añade el artículo 814: «*los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos*».

También encuentro en este párrafo eco de otra de las propuestas de derecho constituyente formuladas por VALLET (120), concretamente de aquella en que, para el supuesto de preterición de descendientes de un hijo premuerto que no hubiese sido preterido, le parecía «preferible aplicar la sustitución vulgar tácita si no se probare que fue otra la intención del testador, en cuyo caso se trataría, evidentemente, de una preterición intencional».

Obsérvese, ante todo, que la ley no precisa que el descendiente representado ha de haber premuerto al causante, por lo que, en principio, esa representación se producirá también (cf. art. 929) en los casos de desheredación y de indignidad (cuando el indigno no ha sido omitido). Ahora bien, como ya anticipé para esta última incapacidad relativa en el comentario del artículo 761, en estos casos de desheredación e indignidad la representación de la estirpe se circunscribe a la cuota legítimaria que hubiera debido corresponder al desheredado o indigno (y, además, por la vía de la representación de esa estirpe en la condición de legitimario de su causante incapaz), en tanto que la representación que articula el artículo 814, 3, lo es en la «herencia» del ascendiente, sin, al parecer, limitarse sólo a aquella cuota legítimaria. Lo que quiero destacar no se aprecia en la hipótesis de desheredación, puesto que al desheredado, al que necesariamente ha recordado el testador (poniendo en movimiento respecto de su prole los efectos del art. 814, 3), nada se le ha debido dejar, o en todo caso, si se admite la desheredación parcial, se le ha dejado menos de su legítima. En cambio, el aparente contraste sí se percibe en los casos normales de indignidad, en los que ésta se declara *post testamentum* y, frecuentemente, *post mortem*: al indigno le habrá dejado el causante-testador una porción de bienes que, probablemente, desbordará su legítima; pues bien, si se desorbita la interpretación del artículo 814, 3, se podría concluir que los descendientes de ese indigno, le representarían en toda su porción hereditaria y no sólo en la legítima (vía previo reconocimiento de su condición de legitimarios, insisto). Pero tal conclusión iría contra reglas más específicas, como las de los artículos 761 y 766. ¿Quiere eso decir entonces que el artículo 814, 3, no

(120) VALLET: *Limitaciones* ..., cit., II, pág. 944.

opera en los casos de indignidad? No tal; dicho párrafo articula una representación de los descendientes de otro descendiente no preterido, sin distinguir casos (por lo que, sin duda, abraza el de indignidad), pero tampoco *cuantía* de la porción a recibir por vía representacional. En las hipótesis normales de premoriencia, se tratará de una representación en toda la porción hereditaria del representado; en los de indignidad, la «herencia», de que habla el artículo 814, 3, se debe interpretar como la porción del caudal en que otros artículos del ordenamiento (761, 766 y, para la desheredación, 857) autorizan la representación y nada más. El artículo 814, 3, sienta el principio representacional, y el *quantum* de la representación es cuestión de otros preceptos. Más distinciones no hubieran sido posibles en tan escueto párrafo.

Así, pues, los casos en que se pueden cumplir las previsiones desencadenantes del artículo 814, 3, son los de premoriencia, indignidad y desheredación (121), aunque en estas dos últimas hipótesis, la representación se ciña a la condición de legitimario que ostentaba el representado y sólo pueda conducir a la porción legitimaria que teóricamente le hubiera correspondido.

Aclarado lo anterior, es hora de destacar que en este párrafo tercero del artículo 814 se zanja legislativamente una cuestión muy debatida en la doctrina (122), la de si es posible la representación en la sucesión testada.

Me atrevería a afirmar, sin aparato de citas por archiconocidas, que las posturas principales vertidas al respecto hasta la reforma (y dejando aparte los que negaban totalmente su posibilidad) podrían reducirse a:

— La que admitía la representación sólo en la porción de legítima estricta que se hubiese dejado al descendiente premuerto, y que encontró eco en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1952.

— La que admitía la representación en la línea descendente, pero no en porciones más o menos varias de legítima, sino en la condición de legitimario, con lo cual la premoriencia de un descendiente anterior, con omisión de los posteriores que de él proviniesen, constituía preterición de estos últimos, con decaimiento de la institución ex artículo 814 antiguo (criterio de las Resoluciones de 10 de mayo de 1950 y 14 de agosto

(121) No el de renuncia (arts. 923, 924 y 929 «a contrario» del Código Civil) y a diferencia de lo que decreta para Aragón el artículo 141 de su Compilación que, al admitir la representación aun en el *casus noluntatis*, origina unos problemas prácticos considerables, como sabemos todos los que hemos aplicado el derecho en aquella región.

(122) Véase, por ejemplo, la que cita PUIG BRUTAU: *Fundamentos*, cit., V. 3.º, págs. 376-7; también, más concreta sobre nuestro punto, VALLET: *Limitaciones...*, cit., I, pág. 627, nota 149.

de 1959, a la vista de las cuales se hizo muy recomendable en los testamentos, hasta el punto de devenir casi cláusula de estilo, la sustitución vulgar en favor de las estirpes de los instituidos que fueran descendientes).

— Y la que postulaba indagar si en las instituciones a descendientes había o no datos suficientes para descubrir en el testamento una voluntad de sustitución vulgar tácita (ya que no de representación genuina) en favor de los de ulterior grado, a fin de evitar la preterición de los mismos (123).

Pues bien, lo que ha hecho el legislador ha sido aceptar parcialmente la idea de CÁMARA (124), pero presumiendo *iuris et de iure* la voluntad de sustituir y utilizando en lugar de ese verbo el de representar, con la ventaja de que así el supuesto legal nunca comprenderá el *casus noluntatis*.

La idea parece acertada porque la construcción de la representación en la condición de legitimario y subsiguiente preterición de la estirpe (postura segunda de las acabadas de exponer) podía reconducir a ésta más bienes de lo que probablemente era voluntad del testador. En efecto, éste, al contemplar al cabeza de aquélla, probablemente quería sólo que fuese para dicha estirpe, en un devenir normal de los acontecimientos y muertes, lo que dejaba al iniciador de la misma. Y esto es lo que va a ocurrir ahora en nuestro Derecho, por cuanto vuelvo a subrayar que la representación legal articulada se da no sólo en la legítima (a salvo lo dicho para la indignidad y la desheredación), como pudiera hacer pensar la ubicación del artículo 814, sino en cualquier porción de herencia que se hubiere canalizado al descendiente no preterido y premuerto, incluso por vía de legado.

Con la salvedad de no admitir el *casus noluntatis*, la solución es muy parecida a la que había sancionado el párrafo segundo del artículo 467 del Código Civil italiano, sólo que éste la refiere al instituido en general y no únicamente a los descendientes (125).

Precisamente, la relectura de ese precepto foráneo, me sugiere el problema de qué sucede si el testador ha previsto una sustitución en

(123) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: «El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos. En torno a la sentencia de 6 de diciembre de 1952», *R. D. N.*, enero-marzo 1955, págs. 7 y ss.

(124) Que antes había sido apuntada también por ROCA SASTRE: «El derecho de representación en la sucesión testada», publicado en *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1948, págs. 259 y ss., en especial págs. 276-7.

(125) «... Si ha rappresentazione nella successione testamentaria quando il testatore non ha provveduto per il caso in cui l'instituito non possa o non voglia accettare l'eredità o il legato, e sempre che non si tratti di legato di usufrutto o di altro diritto di natura personale», citado de la edición de la CEDAM, Padova, 1977.

favor de personas distintas de los descendientes del no preterido, o si sólo ha dispuesto en favor de éste un derecho puramente personal que se deba extinguir con su muerte.

Creo que conviene distinguir:

1.º Que al aponer la sustitución (126) o atribuir el derecho personal, el testador tuviese presente la estirpe del descendiente porque ya existía, subsistía y gozaba de la condición familiar y potencialmente legitimaria correspondiente. Entonces me parece evidente que, a pesar de la letra del artículo 814, 3, los descendientes ulteriores no representan al recordado de forma tan singular, sino que ellos mismos pasan a estar preteridos intencionalmente, con las consecuencias del artículo 814, 1. De no estimarse así, los resultados serían parecidos, pues, al cumplirse la voluntad sustitutoria o al extinguirse *ex lege* o *ex voluntate* el derecho, los descendientes de ulterior grado nada reciben, y aunque no deban considerarse preteridos, es evidente que su legítima material no ha sido cubierta y, cuando menos, podrán ejercitar las acciones de reducción de disposiciones testamentarias y de donaciones.

2.º Que al ordenar la sustitución (126) o dejar el derecho personal, el testador no tuviese presente la estirpe del descendiente, porque a la sazón no existía, subsistía ni gozaba de la condición familiar o potencialmente legitimaria correspondiente. En estos casos, también se impone prescindir un tanto del sentido riguroso del término «preterido» en el artículo 814, 3, y considerar que los descendientes de ulterior grado han sido preteridos y probablemente, en función de los criterios generales expuestos en su lugar, preteridos inintencionadamente, con el consiguiente derrumbamiento de todas las atribuciones testamentarias gratuitas. Además, la coherencia con lo dicho en la nota 96 así lo exige, pues no es lógico que sean susceptibles de preterición errónea los descendientes de un preterido intencionalmente y premuerto, y no lo sean los de un no preterido también premuerto, pero recordado sólo en el testamento con una disposición inadecuada para satisfacer los derechos de la estirpe, en la que, en esta hipótesis, no pensó el testador (127).

(126) Que puede ser fideicomisaria (convertida en nuestro supuesto en vulgar implícita), vulgar expresa o ejemplar; la pupilar es biológicamente muy difícil que opere porque cesa al llegar el descendiente de primer grado a los catorce años, antes de los cuales es insólito tener prole.

(127) Imagínese el supuesto de que el abuelo en su testamento y ante la perspectiva de un hijo ya demasiado mayor en el sentir corriente para casarse y tener familia dispone de sus bienes por igual entre sus hijos, pero grava fideicomisariamente todo lo que deja a aquél (aunque sólo debiera poder hacerlo con la parte disponible), en beneficio de los otros y sus estirpes, tras lo cual el empedernido solterón casa, tiene un hijo pese a su avanzada edad y mueren él y su padre, por este orden, antes de que este último hubiese podido rectificar su testamento. ¿Quién afirmaría que el caso es puramente «de libro»?

X. Finalmente, el artículo 814 termina diciendo: «*Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.*»

A salvo las legítimas, tendrá preferencia, en todo caso, lo ordenado por el testador».

El primero de esos dos párrafos coincide casi con el tercero y último de la versión anterior, con la única alteración consistente en que antes decía: «la institución surtirá efecto», y ahora reza: «el *testamento* surtirá *todos* sus efectos». Variación lógica que coordina este inciso con los nuevos efectos de que se reconocen a las diversas especies de preterición.

Como el párrafo aludido en su versión anterior nunca suscitó dudas por su claridad y evidencia, no voy a extenderme más sobre el actual.

En cambio, sí constituye una novedad el último párrafo del remozado artículo 814, que convierte en dispositivo —para el testador— todo el instituto de la preterición, con tal de que queden indemnes las legítimas.

Ya antes apunté que esta configuración dispositiva de la preterición probablemente tiene su arranque en la postura de ALBALADEJO (128), intentando minimizar las absurdas e injustas consecuencias a que podía conducir el artículo 814, 1, versión ahora derogada.

Dicho autor, partiendo de la primacía de la *voluntas testatoris*, se esforzó porque se pudiesen seguir efectos menos drásticos que la anulación total de la institución de heredero si resultaba una voluntad, incluso implícita, del causante de que la misma no pereciese totalmente en provecho del preterido. De manera que postulaba la salvación de aquella parte de institución «que, según se deduce de la voluntad del testador, se habría establecido aun habiendo instituido al preterido».

El intento era ingenioso, aunque tropezaba con claros pronunciamientos jurisprudenciales de tono radical y con el tufillo imperativo que destila cualquier institución relacionada con las legítimas.

Ahora, cuando los principales inconvenientes del régimen anterior se han intentado superar merced a la distinción entre una preterición involuntaria y otra intencional, lo primero que se piensa de este último párrafo del artículo 814 es que constituye una sobrealbarda un tanto inútil.

Pero si bien se mira, este apéndice del precepto puede dar un juego inusitado si se acoge a él, valientemente, la jurisprudencia.

Ya hemos visto las deficiencias de la nueva regulación, especialmente en la determinación de los efectos de la preterición no intencional. Si

(128) MANUEL ALBALADEJO GARCÍA: «Para una interpretación del artículo 814, 1, del Código Civil», *R. D. P.*, diciembre 1967, págs. 1023 y ss.

los resultados ciegos y automáticos a que conduce el artículo 814, 2, se pueden evitar demostrando que, a pesar de la probada inintencionalidad del olvido, la voluntad, incluso, ¿ahora por qué no?, implícita, del testador hubiera sido la de originar unas consecuencias menos demoledoras (129), pues bienvenida sea la atenuación que nos lleva a una solución justa; lo mismo que si la interpretación nos inclina en el otro sentido (130) de efectos más contundentes. Aunque también me temo que el párrafo vaya a ser un semillero de pleitos, si se aduce sin escrúpulos, con el solo propósito de dilatar la reparación de omisiones, quizá de miembros no pertenecientes a lo que hasta la reforma entendíamos por familia o incluso dentro de miembros no bien avenidos de la misma. Una vez más, los márgenes de arbitrio judicial pueden convertirse en un aliciente para el litigio.

(Continuará.)

JUAN MANUEL REY PORTOLÉS
Registrador de la Propiedad

(129) Por ejemplo, si se había instituido universalmente al primogénito, en concurrencia con otros hermanos, a los que simplemente se les había hecho legados de cuota en cuantía suficiente a cubrir su legítima corta, con el propósito, que se transparentaba, de hacer llegar a aquél la empresa familiar, pero sin hacer uso, quizá por la evidencia del propósito, de la facultad partitiva que concede el 1.056, no parece difícil excluir la invalidación de la institución en la parte disponible (la legítima y mejora tácita del favorecido ya se salvan *per se*), aunque surga, verbigracia, un póstumo preterido.

(130) Ya LACRUZ (*op. cit.*, II, pág. 178) sostuvo bajo la normativa anterior posición tan audaz como la siguiente (que ahora tendrá más respaldo y con menos rodeos): «si de la distribución hecha en el testamento se desprende la voluntad del testador de igualar a todos los legitimarios, cabría eliminar la desigualdad producida por la preterición (por ejemplo, si unos legitimarios fueron instituidos herederos y otros favorecidos con legados), considerando a los legados como instituciones *ex re certa*, o bien entendiendo implícita en el testamento la voluntad del testador de que los legatarios colacionen (art. 1.037)». También en la misma línea —aventuro yo— podrá abrirse camino en los tribunales una preterición «cuasi-no intencional» de ascendientes o cónyuge...

La Libertad capitular y los artículos 1.328, 1.320 y otros del Código Civil

PLANTEAMIENTO GENERAL

La pretendida fórmula igualitarista del nuevo artículo 1.328, así como la finalidad proteccionista del 1.320, y la presunta eficacia extensiva general del capítulo primero, título III, libro IV —Del régimen económico matrimonial: disposiciones generales— han movido a una interpretación creio errónea a mi compañero de distrito Juan Alvarez Sala (1).

Subraya la existencia de una serie de limitaciones tras la reciente reforma del Código Civil. Acierta en el planteamiento y elección del tema, pero, sin embargo, de todo su trabajo se deduce una propensión al mantenimiento de una interpretación imperativista bastante dudosa o, al menos,

(1) Su trabajo *Aspectos imperativos de la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular*, tal y como me fue circulado por la Comisión de Cultura del Colegio Notarial de Baleares.

En el presente trabajo no se han usado los precedentes parlamentarios por dificultad en conocerlos en las fechas de redacción del trabajo. Tampoco las conclusiones del Congreso de Derecho Foral de Zaragoza, pues la parte afecta estaba redactada con anterioridad.

Ha adquirido especial desarrollo el tratamiento de los regímenes de separación y participación, por la práctica profesional diaria y la magnífica construcción dogmática del nuevo régimen de separación en el Código Civil. Sería interesante hacer un estudio comparativo, que excede de mi capacidad, entre el régimen de separación en el Código Civil —basado en la gestión de negocios ajenos sin mandato, que hace innecesaria la referencia a la legitimación para actuar por el 1.439, que la permite a cualquier cónyuge— y el nuestro balear de separación de orientación dotal romana, que podría permitir el juego de los artículos 1.438 y 1.441 en Mallorca, pero no del 1.442 y dudosamente del 1.439. A ello no alcanza ni mi conocimiento del *ius comune* ni el del sistema romano de separación, precedente del mallorquín.

matizable. El problema debe de centrarse en si existen esos límites tras las profundas modificaciones de algunos artículos que pudieran incidir en una interpretación que vacíe de contenido o, al menos, liberalice la inteligencia del 1.328, que le preocupa.

También en línea de principios se le podría reprochar que si bien ciertas novedades recientes tienen un marcado acento constitucional, la interpretación de los nuevos textos ha de hacerse con referencia a los diferentes regímenes económicos matrimoniales que el legislador ha previsto. En lugar de proyectar las pretendidas prohibiciones indiscriminadamente, habrá que examinar si cuadran en cada régimen económico, según su tipo y flexibilidad.

Aparte de que una vez introducidas en el Código han de ser interpretadas dentro de su sistema. La referencia del 1.315: «... sin más limitaciones que las establecidas en este Código», indica que las prohibiciones sólo son las del Código, y, además, que han de interpretarse, si no restrictivamente, como creo, de acuerdo con el sistema del propio Código, sin acudir a la norma constitucional, sino como un elemento más entre los interpretativos de los nuevos textos prohibitivos.

1.º CONSTRUCCION CONSTITUCIONALISTA DEL 1.328

Es cierto que el autor intenta una interpretación coherente del 1.328, que podría resumirse, a lo que entiendo, así:

Se preocupa por descartar que el 1.328 se refiera únicamente a relaciones puramente familiares, a cualquier potestad exclusiva de un cónyuge sobre el otro. Y alude, dentro de su línea interpretativa, a la Constitución, artículo 32, al equiparar hombre y mujer en cuanto a derecho a contraer matrimonio.

Hasta aquí logra su propósito, como no podía menos. Pero ya estaba conseguido antes de la reforma, al haberse suprimido la licencia en la dirección potestad marido sobre mujer y con la modificación del artículo 57. El concepto estaba claro en la vieja redacción del 62-1.º, que nos dará la clave interpretativa que sostendremos.

Sin embargo, el 1.328 no puede referirse sino a hombre y mujer «casados entre sí», en cuanto matrimonio sujeto necesariamente a un régimen económico matrimonial (1.316). La interpretación de «igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge», del 1.328, debe ser referida al artículo 14 de la Constitución, relativo a la no discriminación entre las personas por el sexo, y 32, plena igualdad jurídica. Significará que el «estado» de esposo no atribuye ninguna especial facultad, legitimación, titularidad o poder en el consorcio matrimonial. Algo que en término de

legitimación —entendida ampliamente— el viejo 63 ya daba por sentado, y en término de facultades imponía ya el 57 del Código Civil desde 1975.

En contra no podía alegarse el antiguo 59, porque este sólo señalaba en un sistema de administración unipersonal quién sería el administrador, permitiendo el pacto en contrario, por lo que imponía imperativamente —antes de 1975— un *status* privilegiado del marido.

No es preciso interpretar literalmente el 1.328, referido a «derechos». En todo caso, «igualdad de derechos» no puede referirse sino a equiparación de ubicación de hombre-marido y mujer-esposa en el esquema estático y dinámico de organización legal del consorcio conyugal actuante. Pero una equiparación abstracta, en cuanto formulación o traducción al Código Civil de un precepto constitucional, sujeta al juego de los artículos referidos a cada régimen, implica elevar de rango al 1.328, pero al propio tiempo permite su interpretación «elástica», pues es conocida la eficacia «última» de todo precepto «constitucional» no vulnerado directamente por otra norma vigente no declarada anticonstitucional.

Obsérvese que el artículo 14 habla de igualdad ante la ley abstracta; hace referencia a sujetos iguales —españoles— ante algo igual —la ley—. Pero de esta igualdad no puede deducirse un igualitarismo en el Código Civil al regular los diversos regímenes económicos matrimoniales, cuando un interés exterior a esa relación bilateral se mezcle; así, por ejemplo, la protección jurídica de la familia (39-1). Se deduce claramente del 53-1 de la Constitución, que sólo por ley se regula el ejercicio de tal derecho de igualdad.

No vale alegar contra ello, en pro del igualitarismo, que el artículo 39-1 no está en el capítulo II, sino en el III, Principios rectores, mientras el 14 está en el II, Derechos y libertades, porque el propio 53-1 de la Constitución habla de que su ejercicio se tutelará por ley que recoja los principios esenciales del artículo 14. Ninguna duda cabe de que el artículo 1.328 los recoge, pero no excluye la libertad de normación de las partes en los capítulos, ya que el Código Civil declara la libertad (1.315-1.317) con una construcción legal supletoria que respeta el contenido esencial del 14 de la Constitución, autorizando por el artículo 39-1 de la Constitución la autonomía de la voluntad para la protección del interés de la familia en cada caso concreto a través de la libertad capitular.

El 1.328 reclama su paternidad de los 14-32 constitucionales, pero el 14, por la vía del 53 de la Constitución, devuelve la interpretación última de tal igualdad al Código: cobra con ello plena fuerza las «establecidas en este Código» del 1.315, al prohibir indiscriminadas y generales referencias a la Constitución, ya que el propio Código respeta y desenvuelve las libertades constitucionales.

La referencia a plena igualdad jurídica del 32 tampoco debe de traer-

se a colación, para una interpretación «igualitarista» del 1.328, por ir su aplicación por la misma vía del 53-1, lo que permite interpretarla según el Código Civil, a salvo el recurso de inconstitucionalidad, de más que dudoso éxito, al igual que el de amparo, ya que en el caso que tratamos estaríamos ante un pacto que ha de admitirse por «el libre desarrollo de la personalidad —10-1—, dentro de la igualdad legal —14 de la Constitución—, en respeto de la libertad —art. 1 de la Constitución.

2.º CONSTRUCCION CIVILISTA DEL 1.328 DEL CODIGO CIVIL

Se trata de simple igualdad abstracta ante la ley, de la que no puede deducirse sin más un igualitarismo a ultranza, y menos en el régimen económico capitular, objeto de este trabajo.

El artículo 1.328 no es sino la versión del Código Civil de los 14 y 32 constitucionales.

No se encuentra en el capítulo I, Disposiciones generales, sino en el II, Capitulaciones matrimoniales. Si se hubiese querido elevar a principio general de todo régimen económico matrimonial, se hubiese incluido en el capítulo I, Disposiciones generales, aun siendo más que dudosa la aplicación de este citado régimen económico matrimonial, dado su vario-pinto contenido.

Habría un principio general a deducir de otros preceptos aplicables a todo régimen económico, pero expresamente formulado para el caso de régimen económico matrimonial capitular, ilógico, absoluto.

Habría así un principio de igualitarismo absoluto deducido de una prohibición de estipulaciones concretas en régimen capitular, que impediría matizar la presunta y general igualdad, y que siendo directamente establecido con este fin impregnaría todo régimen económico.

Claro que ubicar tal igualitarismo en el capítulo I hubiera chocado demasiado frontalmente con el artículo 1.319, «encomendadas a su cuidado». Tenemos relaciones exteriores a la familia, las necesidades (1.319), que sitúan a los cónyuges en lugares distintos. Obsérvese situación desigual tanto en el ámbito interno, potestad, como en el externo, al legitimar la actuación unilateral de uno de los cónyuges frente a terceros extraños. No serán las únicas. En el interior de la familia pasa lo mismo con la titularidad de los bienes.

Se podría pensar que se trata de imponer y señalar el criterio igualitarista para los casos de régimen de participación y separación, como señala el autor comentado al referirse al 1.429 y 1.435; pero aparte de que régimen de separación puede haberlo sin capítulos, en la interpretación de dichos preceptos disintimos. El no encontrarse en el capítulo I.

nos permitirá prescindir del 1.328 con mayor libertad al interpretar dichos regímenes.

No es la finalidad del 1.328 declarar la nulidad de cualquier estipulación capitular que limite la igualdad de derechos patrimoniales entre los cónyuges, o no lo es del todo. Ni tampoco del todo exacto referido a las estipulaciones que integran el contenido estatutario de los capítulos, aunque esto sea algo más. No tiene un contenido patrimonial directo. No es sino la fórmula proveniente desde la primitiva supresión de la licencia conyugal, a la declaración de que el matrimonio no restringe la capacidad, a través de la supresión de los «fines del matrimonio» y la supresión por anticonstitucionales de toda «autoridad» o «potestad» siguiendo el *iter* temporal de textos vigentes y proyectos. La referencia a «fines del matrimonio» debía de ser eliminada por sus pretendidas connotaciones confesionales. Evidentemente, sobraba la referencia a «autoridad» con la Constitución en la mano. Respecto a la «potestad» sobraba mantenerla: por su posible connotación personal y porque referida a capacidad de obrar estaba suficientemente desarrollada en el 1.319-1.º y el 1.384, ambos desarrollando la capacidad de obligar sin titularidad del actuante, y con ella, el 1.384. Ante esto, el legislador tradujo civilmente la modificación constitucional mediante una declaración pragmática, que había de ser interpretada en el contexto de la capitulación, y en defecto de claridad de ésta por el régimen adoptado en ella, o declarado expresamente en ella supletorio a efectos interpretativos o integradores, y, en último término, por el régimen de separación de bienes: 1.435-2.º y 3.º del Código Civil.

Una formulación igualitarista hubiera dicho «que corresponde a cada cónyuge». El uso del subjuntivo, en lugar del presente de indicativo, implica una igualdad abstracta por referencia a cada tipo de régimen económico matrimonial; es éste el que define la igualdad. El indicativo situaría una relación con plena eficacia igualitaria inmediata (2).

Obsérvese que el viejo 1.316, antes de 1975, hablaba de autoridad que corresponde —en indicativo—. Señalaba, pues, los ámbitos de actuación. Se suprime —aunque sólo en este artículo (no del régimen general del Código Civil tras 1975, 59, 1.312)— en 1975, manteniéndose con otros textos igual señalamiento de «competencias». Renace en 1981, pero referido a la igualdad que corresponda —en subjuntivo—. Ciertamente que han desaparecido los artículos que apoyaban una interpretación por competencias conyugales, pero al regularse los diversos regímenes económicos, ya netamente dibujados, tal «corresponda» del 1.328, ha de referirse necesariamente a cada régimen:

(2) Recuerdo merece la sabrosa cuestión del subjuntivo «constituyan» del Congreso último de Zaragoza entre CARLOS LASARTE y JESÚS DELGADO.

a) De otra manera, el 1.319-1 quedaría sin contenido, pues correspondería a ambos atender a tales necesidades, como corresponde de *iure*; ello significaría que el 1.319 sanciona una actuación de *facto*, lo que no es claro ni mucho menos —«encomendadas» presupone acuerdo bilateral o social por costumbre.

b) El 1.319-2 habla claramente de «potestad». Será convencional, fáctica o consuetudinariamente reconocida, pero es propia potestad desigualatoria.

c) Esa potestad es reiterada en el régimen de separación (artículo 1.440), significando una desigualdad del mismo origen que *sub a previo*.

Así entendida la «igualdad de derechos que corresponda», no significa ni que las atribuciones de cada consorte ni que su participación o derecho hayan de ser iguales.

Ese pretendido igualitarismo chocaría con la acentuación de las titularidades separadas —1.384, 1.385-1.º— dentro del régimen de la sociedad conyugal, quizá la reforma más esencial en la misma, que no puede ser explicada *sic et simpliciter* por la seguridad del tráfico.

Ahora sí puede cobrar plena virtualidad el 1.347-3.º Este, en su relación con el 1.355-1.º, señala el cambio. No del todo equiparados, al menos a simple vista. El 1.347-3.º, *in fine*, hace nacer una titularidad privativa sobre un bien ganancial, pero que a efectos del 1.352, 1.384 y 1.385, se considerarán de titularidad privativa. Claro que no serán bienes privativos, a lo que parece (art. 1.361), ya que no pertenecen privativamente al adquirente, pues la adquisición para uno solo no excluye la ganancialidad, ni el 1.355, que no puede volverse por pasiva permitiendo determinar titularidades privativas. Aunque da que pensar si en tal pacto no será posible la generalidad del 1.358. Este no tiene por qué referirse sólo a los 1.355, 1.356, 1.357 y 1.359 acaso. El «conforme a este Código» abogaría por el carácter siempre ganancial, aun con titularidad privativa formal, y ésta parece ser la interpretación correcta. Sin embargo, un pacto que permitiera considerar privativos los adquiridos para uno de los cónyuges a costa del caudal común, por lo menos en cada caso concreto consentido por ambos, no tanto quizá en términos generales, y siempre que se sujetase al reintegro *inter masas* del 1.355, parecería viable, pues el 1.347-3.º, *in fine*, inmutado, podría entrar aquí en choque con el 1.355, que no lo prohibiría, al ser bilateral, así como con el 1.354, que soluciona por proindivisión la confusión privativo-ganancial.

EL REGIMEN DE LOS ARTICULOS 1.404 y 1.429

La interpretación que nuestro amigo da al 1.328, «igualitarista», le permite *sic et impliciter* mantener la inderogabilidad del 1.404 y 1.429..

No insiste en sus aseveraciones. Sin embargo, el 1.404, en su referencia a por mitad, tiene una explicación bien simple. El 1.344 define con un matiz objetivo la participación en las ganancias o beneficios. El 1.404 sobra; su inutilidad, sin embargo, se explica contablemente: va explicando cómo se efectúa la liquidación y es lógico indicar qué pasa con el remanente. El 1.404 por sí no prohíbe una capitulación en la que se haya pactado una distribución desigual de las ganancias. Un artículo contable por su contexto, «los artículos anteriores», dice, no puede ser extraviado de su contenido. Sólo se refiere a la sociedad de gananciales, y aun cuando ni en el 1.316 ni en otros se habla de la sociedad «legal» con el antiguo grafismo, la regulación lo es como de régimen supletorio.

La modificación capitular que excluya la división por mitad puede:

- a) Situarnos fuera del régimen de sociedad de gananciales.
- b) O colocarnos ante una capitulación «incompleta».
- c) O ubicarnos ante un pacto «inocuo», su tesis, por juego del 1.328.

Es un problema de elasticidad del tipo sociedad de gananciales.

A.—La primera interpretación es la más tentadora.

Las modificaciones del 1.344 son más profundas que un simple cambio de sintaxis. La referencia es «atribución...» al disolverse aquélla, antes inexistente, permite:

a) Mantener la existencia de una titularidad «individual» durante el matrimonio, que deja fuera de juego al 95 del Reglamento Hipotecario y permite aclarar el 1.347-3.º, *in fine*.

b) Explicar el 1.352; el 1.384, que es más generalizable de lo que parece; el 1.385, y el 1.386.

c) Explicar el 1.373. Embargados los gananciales, la exigencia, que es opción del cónyuge del deudor, de sustitución, generaría un embargo de titularidad. Este embargo de parte ostentado en abstracto generará problemas múltiples de prelación y régimen que no se pueden ahora examinar. Se sustituyen bienes por «parte», pero hará falta nuevo acto de embargo; ¿se reconocerá una especie de tercería si se han embargado gananciales ex 1.347-3.º, *in fine*, si el titular no era el deudor? Más aún, ¿cabrá embargar esos gananciales-bienes? ¿La simple titularidad no implicará la necesidad de embargar la parte ostentada por el deudor en

el caso del 1.347-3.º? ¿No se puede defender una preferencia si consta fehacientemente —o aun sin ello— que tales gananciales han sido financiados con bienes privativos: 1.358, y más claro como crédito refaccionario en 1.359? Todo ello sería defendible, a base, además, del 1.402, 1.410 y, sobre todo, del 1.401, y por aplicación de las normas del beneficio de inventario. En tal caso, por vía del 1.410, se plantearía hasta efectuar la partición una situación de solidaridad, según el 1.082 y 1.083 del Código Civil, entre las partes «ostentada» por el cónyuge deudor y la del no deudor optante. Pareciendo que si se ejecutaren los bienes comunes, el deudor puede optar por esperar a la liquidación o pagar «los abone» con otros bienes propios, siendo dudosa la interpretación del 1.373-2.º por parecer permitir un pago *inter* masas antes de la liquidación.

d) El «se reputará» permite indicar que es sólo una presunción contable que parte de la equiparación de valores e impide el empobrecimiento de una masa.

Pero al reforzar el modo de atribución hace, en el 1.344, del «por mitad», en un artículo referido a bienes, el centro normativo. No sólo es un modo de atribución, es la medida la que hace la existencia de la sociedad de gananciales.

Los argumentos históricos parecen también contundentes y decisivos. Así pareceríamos darle la razón a nuestro amigo ALVAREZ-SALA. La tesis igualitaria que nuestro amigo sostiene podría conducirnos a la ineficacia de la estipulación que establezca una distribución capitular, no por mitad, por:

- La interpretación que él propugna del 1.328.
- La del momento atributivo del 1.344 como determinante.

Parece que la igualdad de derechos, al no ser practicable en abstracto, ha de ser referida a cada régimen económico matrimonial: no estaríamos ante una sociedad de gananciales legal. Estaríamos ante un régimen innominado, permitido claramente por los 1.325, 1.315 y 1.435. Problema distinto sería cómo habría éste de ser interpretado, dependiendo de la interpretación, en que no entraremos, del 1.316, «ineficaces», frente al 1.435-2.º y 3.º

No se puede alegar que ha desaparecido del 1.315 la referencia a las «condiciones... a los bienes presentes y futuros». El 1.315 dice que el régimen económico se estipula en capítulos. Permite seguir manteniendo la dualidad régimen-estipulaciones; para aclarar dudas desaparece la referencia a condiciones, se señala el contenido como resultado unitario de la capitulación y se traspassa al 1.435 la definición de que es el régimen económico: «las reglas por las que han de regirse sus bienes».

En cualquier caso, como la estipulación pudiera ser nula, pero no

ineficaz, la capitulación como un todo, parece preferible sostener, en principio, la validez de tal estipulación capitular, que implicaría haber establecido unas «reglas de bienes» (art. 1.435) diferentes a las de la sociedad de gananciales.

Por ningún sitio vemos la imperatividad del 1.344 ni la del 1.404, sino «dentro» del régimen de gananciales.

2. Efectividad de los artículos 1.404 y 1.429.

Tampoco creo que se pueda justificar la inderogabilidad capitular del 1.404, por ser una simple regla de liquidación.

No quiero decir que los artículos 1.404 y 1.429 no tengan una eficacia imperativa. La tienen en cuanto procedimiento de liquidación, conectados con los artículos anteriores. No se pueden desgajar del procedimiento en que están integrados. El neto, que trata de hallarse «remanente» de bienes en el 1.404, «crédito de participación» en el 1.429, vendrá determinado por las reglas sustantivas en los 1.344 y 1.411-1.429. Pero el procedimiento liquidatorio si parece inderogable, al menos en principio, a no hallar otro, difícilmente imaginable en una liquidación de bienes o fijación de créditos, respectivamente, y además por el interés de tercero, insisto, en toda liquidación (arts. 1.401, 1.402, 1.419 y 1.422 del Código Civil).

En su interpretación de proyección polivalente del 1.328 parece explicar el 1.429. Da la impresión que le gustaría decir que el 1.328, *in fine*, es de orden público.

El 1.429, al disponer que la participación puede ser distinta de la establecida en los dos artículos anteriores, significa que la diferencia entre el incremento de los dos patrimonios —si el resultado es positivo en ambos— o el incremento del que obtuvo resultado positivo podrá ser diferente de la mitad. Regir por igual y en la misma proporción no significa sino que puede establecerse una proporcionalidad en atención a la situación en que entre sí se encuentren los patrimonios al comienzo, y al final del régimen, pero siempre referido a patrimonios.

«En favor de los dos» es el elemento igualatorio: precisamente se trata de que la participación sobre la ganancia sea igual para ambos cónyuges. La igualdad es aparente, porque significa que alguna cuota de la diferencia positiva tras la liquidación no se va a percibir, lo que hará que quede para el patrimonio generante. Puede perfectamente darse que una cuota de incremento quede «vacante», en el caso de pactarse participación diferente de la mitad, si uno de los cónyuges liquida con pérdidas. Al no ser bienes que necesariamente hayan de ser atribuidos, puede haber un incremento «no participado» dependiendo del juego de que hayan o no los dos obtenido ganancias y éstos se repartan o no por igual. Precisamente la igualdad querida mantiene la desigualdad inicial.

Así:

1.º Patrimonio A: Diferencia positiva: 100.

Patrimonio B: Diferencia positiva: 10.

Diferencia de incrementos: 90 ($90 : 2 = 45$).

$$45 + 10 = 55.$$

$$100 - 45 = 55.$$

Total: 110.

Ambos obtienen ganancias por igual. Hay que entenderlo bilateral. El 1.427 sólo señala la participación del menos afortunado.

2.º Patrimonio A: Diferencia positiva: 100.

Patrimonio B: Diferencia positiva: —

Incremento: 50.

Sólo uno obtiene.

Lo que se permite es que la diferencia sea repartida no por mitad, sino por cuartas partes u otra fracción «ava».

Pero aquí, ya referida la desigualdad a ambas masas, lo que impone otro cálculo.

Entonces:

A: Diferencia + 100.

B: Diferencia + 10.

Diferencia: 90.

$$22,50 + 10 - 2,50 = 30.$$

$$100 - 22,50 + 2,50 = 80.$$

Total patrimonio A: Quedará con 80.

Total patrimonio B: Quedará con 30.

$$\frac{90 : 4 = 22,50}{10 : 4 = 2,50} \quad ; \quad \frac{80}{30}$$

No existe más que una igualdad participatoria.

A: Diferencia: $100 : 4 = 25$; 85.

B: Diferencia: _____ ; 25.

El igualitarismo no existe sino en el porcentaje, en todo caso.

Así se puede explicar la participación abstracta igual, pero no el resultado desigualatorio de la ganancia. Lo que si hace es mantener la igualdad formal entre los patrimonios, sobra entonces el añadido «y en favor de ambos cónyuges», puesto que lo único que se equipara son en abstracto los patrimonios, salvo referido a que la no por mitad impone el cálculo de la participación del patrimonio más favorecido.

Lo único que sucede es que los socios —esposos— participan en un mismo porcentaje en la comparación de los resultados finales de ambos. Lo que el 1.429 establece no es un igualitarismo. Es sencillamente que si ambos patrimonios obtienen diferencia positiva el valor contable se agote totalmente, lo que sólo se logra si la proporción es igual respecto de ambos patrimonios y cónyuges. Pero la proporción de participación abstracta puede ser perfectamente desigualatoria. Se trata de dejar a las partes sólo la intensidad de la participación; la intensidad cuantitativa del vínculo societario; la desigualación paccionada no puede ser más patente.

EL REGIMEN DEL ARTICULO 1.375

Más dificultad plantea el 1.375, si es que permite un sistema de administración y disposición diferente de la conjunta.

Bajo el criterio de igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge, un pacto capitular que estableciere la administración única podría vulnerar el 1.328. Entonces el 1.375 se entendería sin perjuicio del 1.328, y tendría razón, en parte, el autor del trabajo comentado: permitiría sencillamente la sustitución de una administración «conjunta» por una solidaria. Al respetarse en ambas la posibilidad de acción del otro cónyuge. Varía sólo el régimen de suma de concurrentes actuantes para cada caso. A lo más, le permite variar los criterios legales supletorios de los artículos siguientes, que determinan la actuación solidaria o mancomunada, restringiéndolo sólo aquí a la administración. Si yo lo entiendo:

a) El autor niega la interpretación a contrario del 1.375.

b) Va inmediatamente al régimen del poder irrevocable, que admite en régimen de gananciales y no en régimen de separación o comunidad limitada.

A) No entiendo a qué interpretación a contrario se puede hacer referencia en el 1.375, que establece la supletoriedad de gestión y administración conjunta. Toda interpretación a contrario posee una deducción sobre un texto que no prohíbe el resultado de la investigación. Literalmente, el 1.375 está suficientemente claro para disipar toda duda. Aislado

el texto viene a decir para un régimen de coadministración lo que el viejo 59, para uno de administración unitaria.

No se puede limitar lo que el texto dice. Una administración unitaria capitular no presenta dificultad con el 1.375; hacer prevalecer el 1.328 sobre el 1.375 es tan gratuito, al menos, como lo contrario. En el derecho anterior, el régimen de administración admitía matizaciones capitulares indiscutidas. No hay razón alguna para un cambio: la actual sección cuarta, con el mismo título que la vieja sección quinta, comienza señalando la libertad de estipulaciones capitulares. El 1.325, «modificar», no admite modalización cuando es tan enfáticamente reiterado por el artículo 1.375. La ley mantiene una flexibilidad para el régimen de gananciales que quizá no tenga en otros, según veremos.

En todo caso, cabría distinguir dentro de la imperatividad en régimen de gananciales: una más fuerte que parece observarse en la sección primera, disposiciones generales, a salvo el 1.355. Quiero aclarar que me refiero a la imperatividad normativa, sin admitir en absoluto la inderogabilidad capitular si no es examinado norma por norma, y aun así no parecen tan imperativos los 1.355, 1.356, 1.357 y 1.359.

La sección tercera no establece expresamente pacto en contrario. la cuarta parece totalmente dispositiva y tampoco la fase liquidadora de la sección quinta parece permisiva.

Sin embargo, equipara la disposición a la administración en el propio 1.375, lo que obligará a plantear la cuestión en otros términos, que son los problemáticos:

¿Puede pactarse una disposición unilateral?

En su caso, ¿puede pactarse una disposición unilateral por el cónyuge no titular?

Ya he indicado que una de las consecuencias más importantes de la reforma de la sociedad de gananciales es el potenciamiento objetivo de la misma, referida a bienes y por ello a la titularidad de los mismos. Los 1.384, 1.385 y 1.373 imponen la solución: la titularidad sobre los bienes es lo esencial. Los actos de administración de bienes por su titular son válidos (art. 1.384), lo que implica que vinculan a la sociedad de gananciales según el fin (art. 1.362-3.º) y que la titularidad es independiente del fin, como corroboran claramente los 1.386-1.390.

Una solución simplista podría consistir en indicar que tales artículos vienen formulados para la seguridad del tráfico e interpretables en función de éste los 1.384, 1.385 y 1.386.

a') Con tal interpretación holgaría la duplicidad de títulos-valores (art. 1.384), derechos de crédito (art. 1.385), pues en el tráfico mercantil casi todos los títulos-valores documentan derechos de crédito.

b') La referencia a dinero sería inocua, pues a igual solución llegó la doctrina anterior a base del 464 y la facultad de obligarse el cónyuge no administrador. La haría también innecesaria el juego de los artículos 1.356, 1.357 y 1.360, en que subyace la filosofía posesoria de los bienes muebles.

Pero no son sino pruebas de la interpretación de la titularidad separada de los bienes; en estos casos enajena siempre el titular.

El otro, si interviene, en su caso, ¿consiente o coadyuva? Plantearse tal pregunta en el régimen de los artículos 1.352, 1.384, 1.385, no procede; «el suscrito como consecuencia de la titularidad», el realizados y el ejercitados son suficientemente claros. No se requiere el consentimiento conjunto. También es de observar su ubicación tras el 1.383, fundamental innovación en pro de la configuración del patrimonio ganancial como dos masas con información contable recíproca. No se puede minimizar el 1.383 refiriéndolo a las actividades ya realizadas por uno para que el otro titular del patrimonio las apruebe. Cuando el Código pretende salvaguardar a los terceros así lo dice, sin embargo, para dinero o títulos valores habla de nombre o poder; parece deducirse que enajena siempre un titular, sin que la referencia a que unos «sean válidos» y otros «serán ejercitados» tenga importancia. Es la titularidad la que dicta el disponente, lo impone; no es que estemos ante una excepción a los 1.376-1.377. Vienen a decir los 1.384, 1.385 y 1.386:

— Los actos de administración pueden ser o no conjuntos.

— Los actos de disposición y ejercicio de los bienes citados no corresponden conjuntamente a ambos cónyuges.

No podría ser menos dada la naturaleza de los bienes afectos: dinero, fungible por excelencia, títulos valores a circular según su ley, créditos, según la titularidad. Los 1.384 y 1.385-1.º corroboran el principio de titularidad del 1.352.

B.—Sin embargo, parte de la doctrina acude, para la admisión de un pacto en contrario, a la teoría del poder o ve en el mismo un poder.

Creo que una referencia al poder como solución exigiría no hablar en abstracto, sino diferenciar:

a) Actos de administración. Al ser válidos los realizados por su titular o poseedor, el problema se centra en si hay diferencia entre «actos de gestión» (art. 1.375) y de administración (art. 1.384). La diferencia no nos parece clara. El 1.439 expresamente los equipara «o» dice. Es evidente la equiparación en régimen de participación y separación.

Quizá la explicación esté en que introduciendo «gestión», se puede

aplicar más claramente la teoría de la gestión de negocios ajenos sin mandato, que late supletoria en las relaciones *inter masas*.

La estipulación concediendo intervención, consentimiento o conocimiento previo del otro cónyuge obligaría *inter partes*, pero no frente a terceros basados en el principio de titularidad. Mejor aún, estipulada tal cláusula los beneficiaría, pero no les perjudicaría su inobservancia, añadiría un nuevo patrimonio obligado.

b) Con relación a actos de disposición, no puede plantearse, porque ya está resuelto de antemano, el viejo problema de la codisposición o co-consentimiento, o la aprobación (art. 1.322).

La estipulación en contrario con relación a estos actos de administración y disposición es el centro de la tesis del poder. En el 1.375, de sus tres proposiciones: defecto de pacto, actuación conjunta, sin perjuicio de los artículos siguientes, no puede significar sino que el pacto enerva la actuación conjunta o impone otra, y también puede imponer otra actuación en los casos de los artículos siguientes, ya que parece que el pacto contrario afecta también a lo determinado en los artículos siguientes.

También cabría la interpretación contraria, referida a los artículos 1.384, 1.385 y 1.386. Es decir, a pesar del pacto que excluyese la actuación conjunta, indiscriminada, la actuación por el cónyuge no «administrador ni legitimado para disponer» sería válida en los términos del 1.384 y 1.385. Otro problema, en que no entro, es si en este caso el cónyuge legitimado capitularmente puede reivindicar la posesión o la conclusión de la posesión excluyente del otro para evitar que tales bienes escapen de su ámbito de administración: por ejemplo, pidiendo cuenta conjunta o depósito de acciones de su cónyuge a su nombre.

Sin embargo, a pesar del pacto en contrario, no parece posible excluir la facultad del cónyuge no administrador de actuar ex 1.386, pues aquí no es la titularidad, sino el carácter extraordinario de los gastos, lo que le faculta. Parece que ni siquiera deberá de advertir al administrador, ya que la urgencia, en la mayor parte de los casos, procederá de la no atención normal de las necesarias, y en otro caso, la legitimación procederá de la misma excepcionalidad. Un criterio sería quizá el de la previsibilidad.

El cónyuge no titular o poseedor de los citados bienes, títulos, créditos, dinero, necesariamente se inmiscuye en la esfera de su consorte con un título legitimador: al no poder ostentar la cualidad de administrador por su condición de cónyuge lo hace por pacto. Aquí sí creo que se trataría de un poder en cuanto facultad y a su naturaleza jurídica; sin embargo, incluido en capitulaciones, me parece clara su condición de estipulación capitular, no hace falta convertirlo en un apoderamiento preventivo y general. O mejor, da igual considerarlo formalmente como se quiera, pues

el nomen no es lo esencial; lo únicamente determinante es que «forma parte» de las reglas porque hayan de regirse «sus bienes». O parece forzado convertir lo que es una estipulación capitular en un poder para aplicar su régimen negocial —no querido probablemente— o no tiene sentido la discusión, pues nunca, ni aun bajo las más antiguas redacciones del Código Civil, se prohibieron los poderes entre esposos.

Parece, pues, que ni por la intención de las partes, ni por la ubicación formal, ni por formar parte de las reglas que rigen los bienes, tal pacto de disposición unilateral sea un poder si se concedió a un no titular en capítulos. Es una solución similar a la del viejo 1.389, sin que parezca puedan reverdecer las dudas que acerca del carácter de ese mandato se plantearon los autores, y obsérvese que aquél hablaba de reglas de capitulaciones, y en defecto de ellas, a las reglas del mandato. No decía en absoluto que fuera un mandato, aplicaba las soluciones del mandato dentro de un marco capitular, único caso que comento, pues el en defecto era a la vez subsidiario e integrador o complementario. Nos detendremos en:

EL ARTICULO 1.377

Queda por explicar el ámbito del 1.377. Este recoge el espíritu del 1.413, viejo, y con el cambio, esencial del consentimiento de ambos cónyuges, parece difícil justificar la facultad concedida en capítulos por un cónyuge a otro de disponer, sin considerar al facultado como apoderado.

La solución práctica consagrada de consentimiento uxorio a través de poderes generales, o el ser la única figura jurídica regulada de gestión de negocios ajenos con mandato, lleva inmediatamente a esa postura. Sin embargo, un punto parece esencial: la definición de lo que es un régimen económico matrimonial viene dada por el 1.435, «expresar las reglas por las que hayan de regirse sus bienes»; el legislador cuida distinguir capitulaciones —nunca reglas o estipulaciones capitulares— y el régimen económico, que es el resultante de las reglas, puesto que puede ser cualquiera de los tres regulados con las modificaciones pertinentes. Más aún, no hay modificaciones, porque si éstas son reglas particulares, no cambian el régimen, que es la suma de las reglas de bienes. Así, toda regla sobre bienes es estipulación capitular; no hay por qué limitar el 1.375.

Curiosamente, todo lo anterior se deduce clarísimamente del 1.435-2.º y 3.º, al regular en el régimen de separación (quizá el más técnicamente tratado) la jerarquía de regímenes económicos.

Como «regla» capitular habrá que estar a ella, con un criterio similar a nuestro *standum est chartae*. Basta que se exprese en capitulaciones una

regla —la de disposición unilateral, por ejemplo— para que estuviéramos ante una capitulación, aún incompleta; en este caso, ya hay una regla distinta a la de la sociedad de gananciales. ¿Por qué no entender entonces aplicable supletoriamente, en ayuda de «tal regla», el régimen de separación que la integrará y arropará? No se objete que se hable de reglas en plural (art. 1.435-2.º), porque así lo impone la propia construcción plural de todo el punto segundo.

Así: si es un pacto anterior o simultáneo al matrimonio, no hay por qué hablar de poderes irrevocables o no (art. 1.435-2.º).

Si el pacto es posterior al matrimonio, se habrá (art. 1.392-4.º) convenido un régimen económico distinto en la forma prevenida, entendiendo tal modismo no sólo como formalidad capitular escrituraria, sino como regla de régimen económico «de regirse» los bienes (art. 1.435-2.º).

En todo caso, si se pensase que el 1.328-1.377 ordenan, como «*quasi* de orden público», que la actuación conjunta e igualitaria sea mancomunada o solidaria; siempre es claro que tal pacto, que en absoluto sería ineficaz en el sentido del 1.316 —y vuelvo a señalar el plural ineficaces como referido al nombre tradicional de las reglas, capitulaciones—, nos situaría ante un régimen económico «distinto» (art. 1.392-4.º), que nos llevaría para integrar tal capitulación al 1.435-3.º, al régimen de separación, sin que sea válido argumentar la diferencia entre concluir (art. 1.392) y extinguirse (art. 1.435).

Sí es interesante señalar que el 1.316 habla de ineficaces «las capitulaciones», lo que ha de entenderse como negocio jurídico dirigido a adoptar un régimen. Significa que una regla sobre bienes ineficaz no vicia toda la capitulación y el régimen en ella adoptado. Se ha aclarado mucho el 1.315-2.º Como la regla de disposición unilateral estará ordinariamente construida sobre la base del régimen de separación, la propia interpretación de la regla se hará de ese modo. No cabe argumentar que los tres regímenes sean separados, compartimentados. No tendría sentido la referencia a modificar el régimen (art. 1.325), que no ha de referirse sólo a pasar de un régimen a otro, sino a establecer unas u otras reglas dentro de cada uno.

Cualquier otra argumentación acerca del poder en capítulos significa desorbitar la distinción, evidente, estipulación capitular-capitulación, sostenida brillantemente para hacer quebrar la indiscriminada inalterabilidad proyectándola desde unas legislaciones que siempre han considerado la capitulación como «reglas de regir bienes» esencialmente variables, sobre el derecho común. Y, además, aplicarla con una incorrección manifiesta en cuanto al fin, rompiendo la unidad negocial de la reglamentación de bienes en que la capitulación consiste.

El autor, argumentando a base del poder y su carácter irrevocable,

plantea un problema negocial fuera totalmente del encaje de una capitulación matrimonial.

Si la tesis del mandato irrevocable trata de posibilitar la actuación unilateral, habría que distinguir:

— El concedido por el cónyuge no titular al titular del bien. Sería similar al consentimiento uxorio anterior, sólo que bilateralizable. No parece que pudiera excluir el juego del 1.383, aunque si establecer *de facto* una larga periodicidad. Dudoso, pues imposibilitaría de hecho los 1.393-4.º, 1.390 y 1.391, de donde podrían resultar perjudicados los acreedores del concedente.

— Por el cónyuge titular al no titular. Es un auténtico poder-mandato representativo, cuya irrevocabilidad vendría dada por la causa. Creo que el 1.383, aquí conectado a los 1.719-1.720, darían siempre lugar a una situación en la que el pacto podría ser revocado, a instancia del concedente o de sus acreedores.

Sin embargo, en principio, debe mantenerse la interpretación capitular de tales facultades, sean o no bilaterales.

Si la capitulación es sólo un instrumento público, no es capitulación. Si contiene reglas sobre gobierno de los bienes, ya es capitulación; si el poder está entre esas reglas, ya nada tiene de poder, sino la facultad de actuar con arreglo a esa regla en lo por ella regido. Pero su interpretación, naturaleza y carácter ya no son los de un poder negocial, sino que depende de la unidad del régimen arbitrado, sea éste totalmente capitular o capitular y supletorio legal (de separación o no). Es evidente que como continente puede contener una serie de negocios jurídicos, pero ya no son reglas sobre la regencia de «sus bienes». Y si estos negocios no son estipulaciones, tampoco serán los poderes, si los hay. Si son poderes, no son estipulaciones capitulares, por la distinta construcción negocial y presumible finalidad o intención, y si éstas lo hacen encajar en el contenido estatutario, ya no son poderes, sino reglas de administración y disposición.

Parece extraño que el autor, tras haber planteado el problema del poder irrevocable, centre en el 1.322 la posibilidad, que admite, de un pacto que suprima la necesidad de consentimiento del otro cónyuge para disponer, en términos de reciprocidad. Y aludiendo al 1.328, el pacto que no tuviera tal reciprocidad le llama discriminatoria cláusula de dispensa, considerándola declaración de voluntad unilateral revocable, que no sería estipulación capitular. Reaparece la idea del poder.

En cuanto se descomponga, en relación a las facultades, la unidad de las reglas que establecen el estatuto constitutivo del régimen de gobierno de los bienes puede aparecer la figura del poder. Ello viene facilitado por el carácter complejo de la capitulación, que, como tal, integra

y viene formada por una serie de «reglas». Pero éstas constituyen una unidad superior —el régimen económico matrimonial— a las diversas facultades de que se sirve; y aun siendo aisladamente un poder, no es válida su interpretación aislada, basta acudir al 1.285 para demostrarlo. Romper la unidad negocial de la capitulación es artificial e innecesario, ya que «las reglas» establecen la regencia de los bienes. Ciertamente que el Código Civil no llega a reconocer la amplitud de contenido capitular de los regímenes forales —artículo 25 de la Compilación de Aragón—, pero también se ha avanzado enormemente, ya que permite considerar como régimen económico matrimonial el derivado de donaciones por razón de matrimonio efectuadas por terceros ajenos a los cónyuges. El cambio con relación a la situación anterior es fundamental: antes las donaciones por razón de matrimonio eran constitutivas de un contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio, pero era dudoso que pudieran constituir un régimen económico matrimonial. Sólo era una situación particular en que se encontraban determinados bienes. Entiendo que en la actualidad el enfoque varía, porque el régimen se define por los bienes; el 1.343 parece el central, aunque es un desarrollo del viejo 1.333, que lo supera. Sigue empleando la palabra «cargas» en el concepto de condición, o en una acepción neutra, de cargas o de condiciones, parece que no requiere especial detenimiento su aceptación. Por ello: si unas donaciones por razones de matrimonio constituyen un régimen económico, que será completado con el de separación o el de gananciales, como modificación del mismo, toda estipulación relativa a bienes constituye un régimen económico matrimonial y, en consecuencia, no se precisa interpretar sus facultades o reglas según la naturaleza jurídica de la facultad que concedan, sino más bien dentro del régimen que integren, sea completo o sea completado por el de separación de bienes.

Hay que huir del fetichismo nominalista y atender a las reglas que rigen los bienes.

No desconozco que se puede alegar que la tipificación de los regímenes hace a éstos más cerrados entre sí, y que se trata de que todo matrimonio tenga un régimen. Pero si esto es válido en régimen legal o en capítulos de adopción de régimen no desarrollado por reglas sobre bienes, no lo es un régimen puramente cartular capitular.

La distinción entre régimen legal y capitular se afianza. Ambos son un todo, que se autointerpreta según sus reglas; pero el capitular, al no tener que estar regido por el principio nominalista, puede ser sólo capitular pro parte.

No hay términos hábiles para romper arbitrariamente la unidad negocial capitulaciones, aunque el régimen adoptado sea incompletamente regulado.

EL REGIMEN DEL ARTICULO 1.320

La nueva configuración del capítulo primero del título III, Disposiciones generales, puede referirse: a todo régimen económico, lo que parecería lógico, o a reglas de aplicación general con carácter de subsidiariedad. Ambas cosas va a defender el autor comentado.

Es claro que se ha querido regular una especie de régimen primario o normas de aplicación general, al referirse a las cargas del matrimonio, régimen de necesidades ordinarias, disposición y contrato entre cónyuges.

Para que fuera un régimen primario debería de haber sido definido como efectos del matrimonio, lo que no se ha hecho. Más bien parece que son reglas de carácter general (pretendido). Se puede sostener, a la vista del 1.316, que si hay un régimen económico primario es el de la sociedad de gananciales, que nace ex matrimonio; entonces el capítulo primero no son sino normas de variada índole y no clara aplicación general en todo régimen económico legal.

Por eso es algo menos y algo más que un régimen primario.

En éste no habría por qué establecer normas de capacidad que excedan del régimen económico matrimonial. La referencia a marido-mujer lo es en cuanto a que entre sí desaparece la limitación de celebrar negocios jurídicos. Más dudoso es que sea aplicable a toda clase de régimen económico y, sobre todo, a cualquier clase de bienes en régimen de comunidad.

a) EL 1.320 EN GENERAL

La finalidad defensiva del patrimonio familiar esencial, el asentamiento, es clara en el 1.320. Sin embargo, me parece que se podría matizar en él; procedería distinguir:

- En un régimen de comunidad.
- En el de separación.
- En uno de participación.

Estoy plenamente de acuerdo con el autor, que en un régimen de comunidad el consentimiento parece ser específico o más bien diferente del que prevén los 1.322-1.377, al menos, en cuanto a su ámbito, pues «la vivienda habitual» no admite interpretaciones extensivas a residencias secundarias, y parece referido al domicilio conyugal común, sólo para el caso de que lo haya.

La referencia uso ordinario de la familia ha de referirse a los muebles

y a la vivienda, aunque no hable aquí el 1.320 de vivienda habitual común, como lo hace el 1.321.

1. Podría plantearse el problema en la situación de separación de hecho. Si es unilateral mantiene su fuerza el 1.320; así se puede deducir también del 1.368, que extiende la legitimación en esta separación.

Sin embargo, si es bilateral y consentida, el hecho jurídico que la genera hace desaparecer el concepto «familia». No parece que en este supuesto estemos en la necesidad de la autorización judicial. En este caso, pedir para los muebles de uso la licencia judicial sería inútil, puesto que ha desaparecido el concepto de ajuar doméstico y la finalidad del 1.320, explicable aquí tanto por la protección familiar como por una masa de bienes de titularidad indiscernible.

Para los inmuebles pudiera sostenerse la necesidad de licencia judicial, por paralelismo con el 1.388. Pero este mismo admite la distinción, abandono y separación de hecho como algo distinto. Parece defendible que en este caso habrá que estar al acuerdo suscrito en forma pública por el 1.280-1.º, sin que estemos ante un caso del 3.º ó 4.º Cabría plenamente hablar aquí de poder; con ello se recogería la tradicional práctica de los poderes en las separaciones de hecho. Será un problema de prueba de separación de hecho. Existente ésta decaerá el 1.320.

No parece que sea preciso que el acuerdo implique una liquidación privativa de los bienes: *a)* porque toda liquidación implica un procedimiento liquidatorio de orden público; *b)* porque no caben adjudicaciones hasta la liquidación; *c)* por la posición de los acreedores de la sociedad conyugal (arts. 1.401-1.402); *d)* porque el 1.320 protege a la familia matrimonial exclusivamente, que son dos conceptos claramente separables —entiendo—, a través de la nueva configuración de las cargas matrimoniales y la posible coexistencia de familias con vínculo matrimonial disuelto (al menos, perdura tal concepto familia padres-hijos, a través de la equiparación familia parentesco).

El problema, creo, más difícil del 1.320 en una separación de hecho es el de su relación con el 1.441, de ramificaciones insospechadas una vez que la separación bilateral pactada entrañará casi siempre disolución de la sociedad conyugal, pasando entonces a una extraña situación de comunidad en separación muy extendida en la práctica.

2. La contraposición (arts. 1.320-1.321) permite establecer con claridad que los muebles a que alude el 1.320 no son los enseres del 1.321, que contrapone al mobiliario. Los enseres son los pequeños bienes muebles de uso privativo, y a ellos no alude el 1.320, que se refiere a los muebles como algo más importante. No sólo se excluyen algunos de los indicados en el 346-2.º, sino también los de uso personal de uno de los cónyuges,

es decir, los del 346-2.º, en cuanto por su ubicación, función, destino o posesión estén en —poder del 1.384— la disponibilidad no familiar.

El criterio de ubicación y de uso colectivo familiar de tales muebles parece ser el determinante.

La esencia del 1.320 es constituir excepción caracterizada al principio de titularidad a base de la prevalencia de la posesión por el colectivo familia matrimonial. Otros colectivos extra o ex familiares estarán protegidos a través de la afección a cargas familiares.

3. La imperatividad del 1.320 parece clara en el 1.377, ya que el 1.320 tiene un ámbito más concreto. Sin embargo, no acabo de ver por qué es esencialmente distinto; la intensidad de la protección legal es diferente y permite dudar fundadamente de la eficacia capitular de un pacto en contrario, en régimen de gananciales; pero, por otra parte, si se ha de convertir, como lo hará en cláusulas de estilo (ya parece que lo previene el párrafo 2.º), si se puede permitir que, como indica el autor, se trata de un apoderamiento o manifestación unilateral vinculante revocable, ¿será una cláusula capitular o un poder? El problema no es sino la admisibilidad de un sistema expreso de separación absoluta capitular.

No parece descabellado considerar tal declaración como una renuncia a un derecho concedido por la ley, y haría falta demostrar que el artículo 1.320 no sólo es imperativo, sino de orden público, conceptos netamente separables. No obstante, dada la intención del legislador y lo poco implantada que está la distinción norma imperativa y de orden público, parece correcto acudir a la tesis del poder para solventar problemas prácticos. Pero me parece que poder expreso, no tratando de convenir una capitulación en un poder, porque si el 1.320 es de orden público, constituye contenido capitular *ex lege* y por ello mismo es integrante del régimen pactado.

Habría que acudir a un poder que no tiene limitación alguna, máxime tras el 1.323; si acaso la causa de la irrevocabilidad, ya que no podría ser la estipulación capitular de permiso ilimitado de disposición. La renuncia nos sirve en este caso, sumando el poder y renuncia y estableciendo a ésta como causa de aquélla, pero siempre en el ámbito negocial, no en el capitular, donde parece imperar el 1.320.

Claro que los párrafos anteriores hacen referencia a un negocio jurídico *inter cónyuges*, por el que se excluye la necesidad de consentimiento conjunto para disponer de tales derechos sobre los bienes afectados, por ejemplo, como cláusula especial en la escritura de adquisición del piso vivienda habitual. Parece válida en cuanto lo es toda renuncia.

Sin embargo, es posible que en capitulaciones se establezca un régimen que, entre otras reglas, imponga el no juego del 1.320. No parece que la imperatividad del 1.320 se proyecte a un régimen capitular. Yo

diría que el valor de la libertad capitular es hasta constitucional (arts. 1-1.º, 10-1.º, 32-1.º y 39-1.º de la Constitución).

4. Una frase es oscura, «aunque... cónyuges». La referencia a pertenezcan parece excluir a los gananciales de titularidad individual, ya que éstos hasta la liquidación no le pertenecen, aunque estén bajo su titularidad. Por otra parte, para ello sobra. El caso de los bienes privativos está claramente incluso.

No significa sino una excepción al principio de titularidad, tan amplia que incluso puede pertenecer todavía a un colectivo familiar disuelto no liquidado (arts. 96-2.º y 3.º, 103-4.º) la vivienda, que puede ser distinto del que ahora la use, y en cuyo caso la enajenación requerirá triple consentimiento: del anterior cónyuge y del nuevo (arts. 91-1.320).

b) EL PROBLEMA CAMBIA TOTALMENTE EN UN RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN

Este está regulado crediticiamente en el Código Civil; no interesan en absoluto «los bienes», sólo las ganancias. A los bienes en su regulación sólo se refieren los 1.412 y 1.414, pero en la fase de liquidación; lo importante es que en este régimen no existe sino un «crédito de participación» (art. 1.431), y se habla de compromiso grave de sus «intereses». La regulación referida a bienes es parca. Por lo que hace a enajenación de bienes, se refiere sólo al «valor», e incluso en el caso de fraude se habla de valor; en tal régimen contable difícil explicación tiene una prohibición referente a enajenación de bienes del 1.320.

Parece ilógico pensar en participación anticipada a la liquidación. La finalidad defensiva de un bien del 1.320 cuadra muy mal con los 1.411-1.412, «libre» disposición, y 1.414-1.416.

En el régimen de participación no hay posibilidad de incluir el 1.320. Vulnera al propio 1.411 si ha sido adquirido durante el matrimonio, porque si se enajena en fraude, el 1.424 implica solamente una compensación en metálico. Y la referencia del 1.424 a los derechos, ha de referirse por el 1.423 a los derechos crediticios de inclusión en el patrimonio final.

El régimen de participación diferencia administración regular e irregular únicamente, con una sola solución: la conclusión del régimen (artículo 1.416). Si la venta ordinaria de la vivienda común sin fraude para el otro cónyuge, pero sin su consentimiento, es anulable (art. 1.321), y el caso más grave, venta en fraude, da lugar sólo a un crédito en el patrimonio final; la aplicación del binomio 1.320-1.322 no se remata porque el caso más grave daría lugar a un crédito, y el menos grave, a una anulación. Además, se incluye una perturbación, como es en este ré-

gimen la referencia a los bienes de los que dispone su titular siempre. Y esa enajenación a lo único que daría lugar sería a la conclusión del régimen de separación por el 1.415, en referencia a los 1.393-2.º y 1.416. Los artículos 1.415, 1.416 y 1.424 son incompatibles con el 1.320. En régimen de participación, si resulta que el cónyuge sólo puede pedir «un crédito de participación», y que cese el régimen de participación, la anulabilidad del 1.320 no opera. Sencillamente, si hay fraude, se subsumirá el acto en el 1.424; si no lo hay, se podrá pedir, en su caso, la aplicación de los 1.415 y 1.416, por ese orden. Porque el 1.416 cierra al 1.415, y en este 1.416, «irregular administración» ha de referirse al «patrimonio» único en que el otro cónyuge está interesado, incluyendo actos de disposición, pues ya es sabido que la distinción actos de administración. disposición, no tiene sentido referirnos a bienes concretos cuando se refiere a un patrimonio; otra interpretación es imposible porque en el régimen de participación sólo interesa el valor crediticio del patrimonio final, no los bienes.

No quedaría más que un argumento: el carácter general del capítulo I. Disposiciones generales, no convincente para un régimen necesariamente capitular (arts. 1.315-1.325).

Por supuesto, que si hay separación de hecho en régimen de participación, la enajenación sólo podría dar lugar a la extinción por petición, según los 1.393-3.º, 1.415 y 1.416. Lo que significa que no juega el 1.320, sino que efectuado tal acto pone en peligro los intereses del otro y éste, si lo desea, puede pedir la cesación del régimen de participación, con juego del 1.424, si procede, y si no del 1.422. Pero la venta no sería jamás anulable, el conjunto (arts. 1.415, 1.416, 1.422, 1.423, 1.424) excluye la aplicabilidad de los 1.320-1.322. Mejor dicho, no veo una posible aplicación de los 1.320-1.322, sino concluido el régimen de participación y pidiendo la conclusión del mismo. Vigente esté la anulación de una venta es improcedente, por contradictoria con el caso, más grave, del 1.424. Además, el 1.424 mantiene la «libre» disposición y no hace distinción ninguna (3).

No tiene sentido práctico en este régimen los 1.320-1.322. Lo más que operaría es el 1.433, pero ello excluye a los 1.320-1.322, por ser una acción fraudatoria y no de anulabilidad.

(3) Obsérvese que la anulación sólo daría lugar a la declaración de crédito, y que éste podría no pagarse en la vivienda habitual dispuesta sin consentimiento del otro cónyuge (art. 1.432), con lo que la operatividad de los 1.320-1.322 podría ser perfectamente enervada afianzando el crédito (art. 1.433) por el cónyuge o un tercero,

Interpretación del «en su caso» en el 1.320

1. Por otra parte, el 1.320, al hablar de «en su caso», hace necesario determinar qué supuesto precisa la autorización judicial. En su caso, intermedio entre consentimiento de ambos y autorización judicial significa la existencia de supuestos en los que no es precisa la autorización judicial.

El famoso «en su caso» no lo mencionan ni el 1.376 ni el 1.377. En ellos no existe la alternativa que aquí aparece; allí siempre autorización judicial, aquí no siempre ni como única alternativa inmediata.

a) ¿Pueden ser estos casos los capitulares? En una forma de cláusulas que pueden conceder facultad dispositiva unilateral, mancomunada o solidaria que excluyan la autorización judicial, reducida al último rango, que será, en este evento, «un caso» como no previsto; como los 1.377-1.375, sustituida la disposición conjunta por un pacto. Puede defenderse la referencia a los poderes generales.

b) Pero también puede referirse «en su caso» a cada uno de los regímenes económicos regulados. Si aludimos a la sociedad de gananciales, nada nuevo añade, excepción hecha de la extensión de la disposición conjunta, a falta de pacto, a la vivienda común habitual privativa de uno de los cónyuges o adquirida a nombre de uno solo de ellos constante matrimonio, en que pudiera pensarse que estamos ante una codisposición si este consentimiento es tan específico, particular y casuístico como se dice.

No es esto tan claro. Lo único que se añade al régimen general en caso de gananciales es una matización posible al 1.385 y ser preciso el consentimiento para enajenar la vivienda privativa. Para ello no hay que reforzar tanto ese consentimiento, que choca con el 1.322. Y como excepción no meditada, pero grave, a que en los muebles la posesión es título, so pena que se parta de una posesión «conjunta» por la familia, que puede perjudicar incluso a los adquirentes de los muebles.

Parece que ésta es la explicación más factible, ya que el colectivo familia ha sido protegido hasta establecer una posesión conjunta, que no es comunidad, y que se impone a los adquirentes de bienes muebles e inmuebles. Los problemas del choque con el 464 no han sido todavía meditados: ¿Prevalecerá la acción reivindicatoria del colectivo familiar? ¿Cómo se tomará la decisión de reivindicar? Quizá sea la decisión más adecuada distinguir: a) Muebles que constituyen el mobiliario como un todo global —reivindicable o anulable la transmisión—. b) Singulares elementos del mobiliario, prevalecería el 464 y su irreivindicabilidad. Parece claro que el dinero sigue un régimen especial (art. 1.384). c) En-

seres que globalmente constituyen el ajuar (sub. *a*)). *d*) Enseres individualizados. *e*) Objetos del 1.321-2.º excluidos del 1.320, en principio, salvo, quizá, incluidos si fueren de pertenencia familiar continuada.

En este caso, la pertenencia «generacional» podría plantear la existencia de muebles de uso ordinario de la familia en un sentido que parece no sea el querido inmediatamente por el legislador, pero que en una interpretación purista son ordinarios en aquella familia y están en poder de tal colectivo. Ordinario se refiere a uso, no a valor; éste para nada se toma en cuenta, ¿o sí?, ¿y se implica el 1.321-2.º en el 1.320?

Por otra parte, el 1.320 puede mezclarse también con el 164, pues los objetos preciosos o muebles valiosos de los hijos pueden ser también de uso ordinario de la familia, y en este caso se sobremontaría el 164 al 1.320. La salida me parece ser atender al estado posesorio, diversificar según los bienes y prescindir de su titularidad.

La facilidad del tráfico inmobiliario deja en nebulosa a los bienes muebles enajenados unilateralmente, no citados en el párrafo 2.º

c) EL 1.320 EN UN RÉGIMEN DE SEPARACIÓN

En un régimen de separación se plantea el problema de la aplicabilidad del 1.320 en términos algo diferentes que en uno de participación, pues si en éste su propia mecánica crediticia excluye al 1.320, el régimen de separación se está ya refiriendo a bienes. Es también el último de la escala legal, pero no es propiamente tal, porque tiene virtualidad atractiva sobre el de participación. Esto plantea problemas porque el de participación parece legalmente de tipo rígido, mientras el de separación semeja más elástico.

Obsérvese que en un solo artículo, el 1.433, se menciona dos veces el pacto de contrario: En lo relativo a cargas y respecto a la valoración de la aportación del trabajo casero. Estos acuerdos hacen referencia a supuestos tan imperativos, a primera vista, como el 1.318 y el nuevo concepto «trabajo para la casa». E incluso se podría pensar que el 1.319 está subsumido dentro del 1.439, ya que aun en régimen de separación se puede atender por el no titular a las cargas del matrimonio. Curiosamente, la ley concede facultad de más amplia gestión sobre los bienes privativos ajenos que la señalada en el 1.319.

En el supuesto que estudiamos, incluso los bienes que responden, y no sólo el modo de reparto interno, pueden ser objeto de regulación (artículo 1.435-2.º), en relación al 1.440, en el aspecto externo, y en el reparto interno (arts. 1.438-1.319) (obsérvese que en este régimen la sub-

sidiariedad del 1.319 no aparecería, ni en el punto 2.º del mismo, aunque es dudoso). Aun pensando que los 1.318-1.º y 1.437 coinciden, y pudieran prohibir pactos que excluyan de responsabilidad a ciertos bienes, el encuadre del 1.320 no entraría en un régimen de separación por esa vía.

También el 1.437 choca con el 1.320, que habla de «libre» disposición, de los que tenga y de los que adquieran después. ¿Por qué las referencias al 1.319 en el 1.440, y no al 1.320 en el 1.437?

En el régimen de separación se acude en ciertos casos al capítulo I, título III, Disposiciones generales, pero no en otros. Aquellos artículos no llamados se verá uno a uno si son aplicables; 1.315-1.316 son enunciativos, superiores a todo régimen. También se aplicará el 1.317, cuya imperatividad y generalidad se deduce del principio general de inoponibilidad e irretroactividad que consagra. Si el 1.318, aunque quizá matizable. El 1.319 es expresamente llamado. El 1.322 lo excluye el 1.437. Los 1.321, 1.323, 1.324, siguientes, tienen su propio ámbito: sucesorio, de capacidad y de prueba. No cabe el 1.320, por las razones antes indicadas, en un régimen de participación o separación.

Además, como argumento decisivo está el 1.441, de rancio abolengo en todo régimen de separación. Será imposible acreditar la pertenencia de muchos bienes muebles. Pero el problema se plantea de diferente modo: aunque la palabra bien en el 1.441 parece omnicomprendiva, eso precisamente nos salva de las dificultades interpretativas de los 1.320-1.321. Los muebles, como conjunto, se pueden probar a quién pertenecen, pero no quizá el mobiliario, como piezas separadas y enseres del ajuar (si las ropas por el uso privativo), para los cuales se aplicará la presunción del 1.441. Ciertamente entonces la comunidad del 1.441 se aplicará a objetos de menos relevancia, pero quizá no haber pormenorizado tanto la ley haya sido beneficioso frente al auténtico laberinto a que puede dar lugar la conexión (artículos 1.320-1.321, 346-2.º).

Sí ofrece más posibilidades el 1.439 de coordinarse con el 1.320. Se habría de admitir —es fácil— que el asentamiento es una carga del matrimonio, pero no es más que un argumento limitado. Cada cónyuge maneja su patrimonio, reconociendo una facultad de gestión para levantar las cargas del matrimonio la ley al no titular, que difícilmente se ha de coordinar con la del consentimiento de los 1.320-1.322. Además, aquí la ley no pide el consentimiento del otro cónyuge (art. 1.437).

¿Por qué no va a ser posible excluir capitularmente en un régimen de separación el 1.320? No se ve obstáculo alguno que lo impida.

d) AMBITO DE APLICABILIDAD DEL 1.320

Entonces, ¿a qué queda reducido el 1.320?

1. Al régimen legal de gananciales sin capitulación matrimonial previa, afectante a vivienda privativa.
2. A la vivienda adquirida a nombre de uno solo de los cónyuges, siendo el caso una excepción al principio de la importancia adquirida tras la reforma por la titularidad de los bienes gananciales.
3. Al cambio o extinción del régimen económico de gananciales. En éste ya se tutela si no hay capitulación, el derecho del cónyuge no titular si la vivienda es ganancial, y se impone la actuación conjunta.
4. Si hay un procedimiento de liquidación. Mientras éste continúa, y aun después de las adjudicaciones, se protege la vivienda común, en tanto lo siga siendo y exista la unidad familiar.

El 1.320 es extracapitular por esencia y fines.

La fuerza del 1.320 se proyecta sobre el patrimonio previo privativo, y sobre el caso de extinción de sociedad de gananciales sin separación de hecho y sin capítulos que regulen el nuevo régimen de separación.

Otra cosa es extravasar el 1.320 a un lugar que no le corresponde.

El 1.320 no hace a este caso sino limitar la libre enajenación de la vivienda que fuere antes privativa o que se le hubiere adjudicado al disolverse la sociedad conyugal. Siempre que el régimen no sea el de participación; desde su inclusión, que sólo sería posible por pacto, nos situaría fuera del régimen legal de participación ante uno innominado.

Por otra parte, como el régimen de participación no es posterior *ex lege* a la sociedad de gananciales disuelta, no se le aplicará el 1.320.

Para los derechos forales existen otra serie de motivos que prohíben la aplicación del 1.320.

EL PRETENDIDO REGIMEN PRIMARIO: ARTICULOS 1.318-1.418

Por otra parte, el pretendido régimen primario de los 1.315-1.324 tampoco está muy claro, según antes dije.

El distinto contenido de los artículos es tan evidente que hace pensar en una especie de viejos 56-57 —dentro del capítulo Disposiciones generales, como antes—, porque contienen normas de capacidad, derogando viejas prohibiciones; normas de contenido sucesorio (art. 1.321) y legitimación para actuar o distribución de competencias, que se entiende en el 1.319. Aparte del 1.320, de no aplicación general.

Es algo dudoso que estemos ante un verdadero régimen económico matrimonial primario, porque el propio contenido del capítulo no lo avala y porque tal régimen debería deducirse en el derecho común del general de gananciales, y además se ha potenciado el de separación en una correcta interpretación del 1.365 viejo.

De ahí el autor deduce el carácter imperativo del 1.318; normativo supletorio, diría yo. Ciertamente que las cargas del matrimonio se regulan en la sociedad de gananciales, sin embargo, no parece exacto decir que el régimen —ganancial— de cargas opera como valor entendido en los regímenes de participación y separación, ni que el sistema de responsabilidad se debe integrar entre los diversos regímenes matrimoniales.

Además de poderse afirmar la ruptura del concepto cargas del matrimonio. En situaciones de convivencia de hijos de anterior matrimonio disuelto y otro posterior en el hogar de este último, carga del matrimonio será atender a aquellos hijos, pero puede serlo también la pensión a favor del ex cónyuge. El sorprendente artículo 100. en conexión con el artículo 101, puede llevar a pensar que una carga del segundo matrimonio es aquella pensión que ya no grava sólo al obligado, sino que ha perdido su carácter crediticio y es deuda no extingible por defunción del obligado. Auguro fuertes presiones para lograr el efecto extintivo que parece deducirse del artículo 99.

Esto supone una interpretación de los regímenes de participación y separación que no puede ser aceptada. Al regularlos no hallamos ni una sola referencia generalizable que permita tal integración. Puntualizando más, creo que lo que es carga del matrimonio está bien regulado ex crédito y sirve también para los regímenes de participación y separación, pero a partir de ahí nuestra discrepancia es total. No llegamos a entender cuál sería la comprensión del 1.413 del Código Civil. El régimen de participación se integra con el de separación de bienes, y aquí sí que hay un artículo que el autor tranquilamente subordina al 1.318, el 1.438. Habla de fórmula imperativa, «los bienes de los cónyuges», el 1.318, pero el 1.438 matiza más y se refiere a recursos económicos. Recurso es más amplio que bien, máxime cuanto el punto segundo permite considerar recurso a una actividad que no es un bien económico, al menos, directo. Según la interpretación del autor, ¿dónde y cómo se interpretaría el «a falta de convenio» del 1.438? ¿Qué sentido tendría el 1.438?

a) Sólo dar realización concreta a la regla abstracta que enuncia el mismo 1.438, adaptándola a las circunstancias de la familia.

b) ¿Parecería aplicable el 1.438 cuando se hayan agotado los bienes comunes?, ¿o no existan?, ¿y proyectarlo sobre todo régimen común?

c) ¿Se establece una proporcionalidad estricta respecto a bienes, no a personas?

d) ¿Se pueden identificar bienes y recursos, refiriendo bienes a tales y recursos también a circunstancias personales?

Estas preguntas no pueden ser contestadas a base de subordinar sin más el 1.438 al 1.318, y diciendo que aunque el 1.318 se refiere a bienes y otro a personas, el 1.319; en el 1.438, todo se reduce a responsabilidad de bienes. O es decir demasiado o nada.

Ambos artículos están determinando los obligados a estas cargas, los cónyuges; pero el 1.438, como corresponde a un régimen de separación, señala que a pesar de éste, ambos cónyuges son deudores de actividad conducente a sostener las cargas, mientras el artículo 1.318 se refiere más a los bienes que responden a esas obligaciones de actividad, porque en el régimen de comunidad quien está obligado a atender a ellos son quienes administran o disponen con tal objeto de los gananciales, o incluso de privativos, mientras en el régimen de separación, el 1.438 cubre ambos aspectos.

Se puede admitir la distinción entre bienes que están obligados a las deudas provenientes de las cargas atendidas (art. 1.318) y la actividad para subvenir las; sin embargo, el 1.438 dice más, impone la atención personal. Los 1.438 y 1.439 contemplan con exactitud la obligación de levantamiento de cargas desde la perspectiva de la actuación personal de los cónyuges, al no haber masa común; de ahí las facultades de gestor de negocios del 1.439.

Aplicado en este punto los 1.318 y 1.320, ¿dónde estarían ubicados? ¿Debemos decir que si se tratase de la vivienda común, ésta respondería, en primer lugar, de toda gestión? (art. 1.319-2.º). Es claro que no se habría logrado entonces la finalidad indicada. Tendríamos una solidaridad de responsabilidad entre la vivienda y los bienes de uso doméstico y los bienes del actuante. Pero esto no se deduce del 1.439, y también el 1.440 admite otra interpretación, según veremos, en su referencia al 1.319. No se explicaría la subsidiariedad del 1.319-2.º en un régimen con las amplias facultades de gestión; si un cónyuge carente de bienes hace responsable a los del otro cónyuge y solidariamente con ellos a sus bienes comunes —la vivienda habitual—, poco se habrá adelantado.

Un estudio detallado de esta materia llevaría a la conclusión de que el 1.318 tiene escasa aplicación en un régimen de separación, excepción hecha de sus puntos 2.º y 3.º, en cuanto al incumplimiento de una obligación por los cónyuges.

Quizá la única aplicación del 1.318 sea dar un principio general de

afección de bienes a las deudas derivadas de una actuación para subvenir a unas necesidades concretas. No define ni la intensidad de la afección, ni el orden de responsabilidad, ni cuáles son las cargas. A éstas se responde de distinta manera en cada régimen, y para el de separación lo hace muy técnicamente el 1.439, después que el 1.438 resalta el deber personal, remachando la regulación el 1.440-1.º No hace falta el 1.318-1.º; sobra. Lo mismo puede decirse del régimen de participación. Sin embargo, en la sociedad de gananciales, con gran acarreo histórico, las soluciones están bastante menos claras a través de una serie de excepciones y situaciones de necesidad ordinarias o extraordinarias que dificultan la comprensión de la regla general, si es que existe como tal.

EL ARTICULO 1.319

El 1.319 tiene efectos definidores generales a todo régimen en su párrafo primero, porque concede facultades para fines matrimoniales y porque es llamado por el 1.440. Llamada que es difícil imaginar su aplicabilidad al párrafo segundo del 1.319, o se extiende la solidaridad a los patrimonios separados o tal subsidiariedad inexistentes los bienes comunes es impensable. Y, además, coartaría la intervención del que tiene los bienes, precisamente lo contrario a lograr por el 1.439.

Si aquí ubicamos la vivienda familiar pueden producirse efectos no pensados. Como el 1.320 no dice que la vivienda sea común, estaríamos ante una limitación al 1.437. Eso es claro. Pero obliga a distinguir:

— Responsabilidad de la vivienda por deudas ordinarias en potestad doméstica (art. 1.319-2.º), solidaridad con el privativo del gestor.

— Responsabilidad por deudas de cargo de la sociedad conyugal que no sean en ejercicio de potestad doméstica. Responden los bienes (artículos 1.438-1.318), y, sin duda, la vivienda es un bien del matrimonio; es difícil posponerla. Para posponer tal responsabilidad deberíamos acudir al 1.440, pero éste habla de obligaciones contraídas sin referencia a causa matrimonial. No puede pensarse que en régimen de separación, a efectos de responsabilidad, sólo sean cargas que graven los intereses comunes las derivadas de la potestad doméstica ordinaria (contradirían esta interpretación los arts. 1.439-1.440).

Tampoco se ha declarado tal inembargabilidad o supletoriedad del hogar común. De todo ello se deduce el difícil encaje del 1.320 en régimen de separación: en todo caso, ese consentimiento haría al cónyuge no propietario interesado, y por ahí entra el régimen de los 1.439 y 1.438. Sobra el 1.320.

El artículo 1.438 permite adaptar la contribución a las circunstancias de la familia, pero refiriendo conjuntamente la obligación a los bienes y a los recursos «no bienes». No parece claro por qué el 1.438 sólo puede matizar y desarrollar el 1.318. La contribución a que el 1.318 se refiere es personal o patrimonial. Dar realización concreta a la regla abstracta de proporcionalidad requeriría que el pacto en contrario, si sólo puede referirse a los bienes, significare un inventario de los respectivos de cada uno.

Los dos primeros puntos del 1.437 imponen la responsabilidad solidaria en relación al 1.318-1.º No habría términos hábiles para salvar a la vivienda, aun no considerada común, y no se puede meter el 1.320 en un régimen de separación por la vía del 1.441.

Además, el 1.319, *in fine*, da la solución: ¿por qué los reintegros entre masas se hacen según su régimen y no también la responsabilidad? Podría pensarse que hoy el régimen de responsabilidad se ha simplificado, estandarizándose a base de: un régimen común con supletoriedad para los patrimonios privativos, aun en régimen común, del 1.438-2.º; el del 1.440; el especial de las deudas de potestad doméstica; así como el contable de la participación. La propia enumeración demuestra que no se ha logrado la uniformidad y que el 1.319 está pensado para el caso de existencia de bienes comunes. Cada régimen ha de interpretarse según su propia dinámica.

El 1.319, *in fine*, formula una simple regla de sujeción, porque implica que sobre ellos pueden hacerse efectivos los créditos a favor de terceros derivados de la gestión para el levantamiento de las cargas. Nada más. Como se responde, qué bienes, quién y con qué reglas, vendrá dado por cada uno de los regímenes económicos adoptados. Es una regla para acreedores.

Tales créditos, derivados de levantamiento de cargas, siempre se harán efectivos sobre los bienes de los cónyuges. Hacerle decir más al 1.318 es inútil, salvo las consecuencias personales de la no atención. Y así se explica la coordinación 1.318-1.º y 1.319, *in fine*.

Por otra parte, los regímenes de separación y participación se integran entre sí. Difícil será fuera de los casos previstos, siempre concretos, encontrar huecos para la supletoriedad del régimen de gananciales. ¿Con base en qué? Una sola regla de responsabilidad o afección de bienes no sirve. Y los 1.439-1.440 tienen virtualidad suficiente para enervar aquellas normas integrándose por los principios propios de un sistema de separación absoluta, con la sola limitación en los casos en que opere el 1.320, sin tener que acudir a los de la sociedad de gananciales. El 1.415 debiera haber sido más explícito, y es taxativo, y el 1.440 no lo es menos. No hay base para esa pretendida integración.

LA OBLIGACION DE ATENDER A CARGAS MATRIMONIALES EN REGIMENES DE SEPARACION

Al no haber bienes comunes en un régimen de separación, la contribución puede referirse perfectamente a personas y bienes. Uno puede contribuir con sus bienes y el otro con su actividad, que implica un recurso; y se podrá pactar la desigualdad de responsabilidad interna, lo que el mismo autor comentado admite. Sin embargo, una regla abstracta de proporcionalidad absoluta no la veo por sitio alguno, sobre todo porque la distribución de responsabilidad, a que se refiere el 1.319, viene contradicha por el 1.439.

En un régimen de separación de bienes, la ley tiene que forzar el cumplimiento de la obligación de levantar las cargas; como se establezca por pacto (art. 1.439), o concediendo la capacidad de actuar sobre el patrimonio del otro cónyuge al no titular del mismo. La explicación es clara: En el régimen de gananciales, la administración conjunta, el 1.319 y otros artículos, el 1.377 y siguientes, sirven para garantizar la satisfacción de las obligaciones derivadas de las cargas del matrimonio, a la par que legitiman la actuación de cualquiera de los administradores sobre los bienes comunes. En régimen de separación, el convenio no tiene límite legal alguno, lo esencial es la contribución y los recursos no han de referirse sólo a los bienes. Sin embargo, la falta de patrimonio común hace acudir a la gestión de negocios ajenos, sin límite alguno, y así se debe de interpretar el artículo 1.439; si acaso éste se debe de integrar de alguna manera no es con las normas sobre la sociedad de gananciales, sino con la clásica gestión de negocios sin mandato; es lo que el gestor tiene «a los mismos que un», pero no lo es; la dicción legal es clara, «administrado o gestionado». No se ve razón para aplicar las normas de los gananciales, ni hay semejanza ni identidad de razón o situación para tal aplicación indiscriminada.

Además, el 1.439 recoge claramente el interés del gestor. La aplicación de los artículos 1.888 a 1.893 parece evidente. El 1.893 debe, impone en la futura reforma adaptadora de Ley y Reglamento Hipotecario una solución con unas coordenadas absolutamente distintas a las de la sociedad de gananciales, sin que quepa decir *sic et simpliciter* que el principio de inscripción o el de tracto cierran el registro para una actuación ex 1.439 del cónyuge no titular, por ejemplo, declaraciones de obra nueva, modificación de entidades hipotecarias y quizá —con muchas dudas— actos dispositivos. Es una cuestión que voces más autorizadas dirimirán. De todas formas, el choque es frontal, pues no parece minimizable el 1.439.

La conclusión:

— El 1.318 queda limitado a una norma de acreedores. Siempre que su crédito proceda de atender a una carga del matrimonio, ésta se le hará efectiva: el modo y el cómo ya no lo dice el 1.318, ni se puede deducir supletoriamente en régimen de separación de las normas de la sociedad de gananciales. Así lo ratifica el 1.319, *in fine*.

LOS ARTICULOS 1.438 y 1.439

El párrafo segundo del 1.438 plantea también interesantísimos problemas:

«Trabajo para la casa» es más amplio que la simple referencia a trabajos caseros. Podría significar una especie de régimen de sociedad conyugal continuada, cuando se extingue en vida de ambos la sociedad legal de gananciales; lo que antes no era aportación al ser todos los bienes comunes, pasa a serlo al no haber comunidad.

Así creo que son paralelos el 1.320, en los términos de aplicabilidad que veíamos para los regímenes de comunidad y de separación por disolución, y el 1.438, que detiene la aplicación del 1.320 tan pronto como capitularmente concluya el régimen de separación. En incluso podría pensarse que sin ella.

a) EL PACTO DEL ARTÍCULO 1.438

ALVAREZ-SALA, en su conocida tesis generalizadora, admite un pacto con cuotas concretas de participación, que parece entiende matemáticamente: 66 por 100-34 por 100, o que uno sufrague todo, hecha exclusión de los comunes. El problema es cuáles son los comunes en un régimen de separación: ¿Se puede referir a los bienes comunes no liquidados procedentes de la previa sociedad conyugal? No parece claro; a éstos se les aplicará ya el régimen de separación, cuya operatividad es inmediata tras la disolución.

Más bien podría proyectarse al revés, algunas disposiciones del régimen de separación (arts. 1.438 y 1.440 inicial), sobre el régimen de gananciales, para ver cómo responden en un régimen de gananciales los bienes privativos. Antes, regulada la responsabilidad sobre las facultades del administrador, se establecía un sistema de subsidiariedad que se ha aclarado ahora a base de la titularidad y el concepto de masa patrimonial, dejando en la oscuridad, en el régimen de gananciales, la

responsabilidad de los bienes privativos del no actuante, en muchos casos. Aquí sí procederá aplicar el régimen de separación, y a través de él, la solidaridad que en él parece imperar. Con ello resulta que el 1.319-2.º modificaría el régimen general, introduciendo, como excepción, una subsidiariedad que no aparece en ningún otro lugar; ¿quizá un arrastre de la vieja facultad marital y su régimen de proyección sobre gananciales privativos, dotales, parafernales? Porque esa subsidiariedad del cónyuge no actuante es difícil de coordinar con un régimen de separación que no tiene ni la masa común, a responder en primer lugar, ni la presunta coadministración, sino dos masas en pie de igualdad y con un 1.439 no minimizable ni desdeñable. Parece pensada esa subsidiariedad del no actuante para un régimen de gananciales.

b) LA REVISIÓN Y CONTENIDO DE LOS PACTOS DEL 1.439

Inmediatamente después se preocupa de la revisión de tales pactos y llega a la conclusión de que serán:

— Inocuos, «si se aparta sensiblemente el pacto de la proporcionalidad de los respectivos recursos».

— Actuación de un cónyuge en su provecho individual: el cónyuge que responsabilice los bienes no privativos suyos o, en parte, a los comunes.

Justifica que ello va contra el 1.328 y que no cabe en el 1.323 del Código Civil.

Ya hemos tratado de criticar la aplicación indiscriminada que hace el autor del 1.328, sin consideración alguna al régimen económico matrimonial de que se trate, lo que hace más extraño aún la limitación que hace imponer al artículo 1.323, en cuanto éste opera para él en el ámbito de los contratos aislados, singulares, donde se mueve la permisión del 1.323, dice.

De los propios términos empleados parece que hace contraponer la anterior prohibición con la actual autorización. Pero para ello no hay términos hábiles en el texto, habla «de cualquier título» y «clase de contratos». La referencia a títulos... «y derechos» puede abarcar perfectamente a las capitulaciones matrimoniales. Toda clase de contratos se pueden celebrar por cualquier título, y de una prohibición casi general, se ha pasado a un régimen de capacidad total, no a un permiso. Si antes la prohibición era independiente del régimen económico, como llegó a interpretarse por la doctrina, ahora la capacidad debe ser igual de general. Que se refiere a capacidad lo resalta el «podrán». Así inter-

pretadas las limitaciones deben ser taxativos y no existentes en el abstracto y generalizable 1.323; las únicas que pueden subsistir dependerán del régimen económico matrimonial vigente entre los cónyuges.

No hay que acudir al 1.323. Este lo único que establece es una capacidad general que permitirá cualquier pacto capitular de adopción de diversos regímenes matrimoniales; no hay prohibición expresa para un pacto capitular que establezca una desigual responsabilidad por cargas; la referencia a la fianza parece improcedente, aunque el autor criticado no insista en ella como argumento principal.

— Si es una fianza, es algo distinto del régimen capitular, y seguirá el discutido régimen de la fianza por deudas futuras.

— Si es un pacto capitular, no parece que tenga límite en el 1.328.

La frontera entre ambos conceptos estaría en que las deudas garantizadas hagan referencia a las cargas del matrimonio. Y éste es el punto que el autor no resalta al mezclar el concepto de fianza con el de capitulación. Parece que incurre en el mismo error que cae al referirse a los poderes irrevocables en otro lugar de su trabajo: si la finalidad de la «fianza» y «el poder» son desarrollar reglas sobre sus bienes con ocasión o para el matrimonio, estaremos ante una capitulación; de lo contrario, habría diversos negocios, aun en el texto de la escritura pública capitular.

Pero parece claro que el 1.323, como regla de capacidad, se aplica tanto a la asunción de derechos y deberes capitulares, como a los negocios simples e independientes del matrimonio. No obstante, la regla general de capacidad ha de ponerse en relación con el diverso régimen legal para ver si estamos todavía en él después de cada pacto entre cónyuges o hemos vulnerado la flexibilidad de tipo del mismo. Pero no es sólo el 1.328 el que debe examinarse, sino las normas generales del régimen económico de que se trate.

BREVE IDEA SOBRE LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

Estoy de acuerdo con ALVAREZ-SALA en cuanto al valor entendido de lo que es carga, aplicable por ello a todo régimen económico matrimonial; porque ello ya no hace referencia a los bienes, sino al propio consorcio general y sus fines esenciales.

No todas las atenciones familiares son legalmente cargas del matrimonio. El concepto cargas del matrimonio tiene una virtualidad esencial para los propios acreedores con créditos derivados de la atención de los mismos. Podríamos establecer una distinción:

- Cargas.
- Necesidades.

La carga es siempre necesidad en sentido lato de obligación de atender con los bienes matrimoniales, pero no al revés.

Anteriormente, la distinción, en parte, podría venir empañada porque las cargas debían de ser atendidas por el administrador, mientras que no atendidas podrían caer en el concepto de necesidad para aplicarles entonces la facultad de llave, bilateralizable al esposo o no; quizá no. Hoy la definición no puede establecerse por la facultad de atenderlas o subvenir a las mismas. Entonces podría parecer innecesario el 1.319, desde el momento en que se bilateraliza la vieja facultad de ser administrador de los gananciales y la de subvenir las necesidades.

La administración conjunta y la bilateralización del 1.319, o hacen desaparecer la vieja distinción o la permiten mantener para establecer una distinción en orden a quien pueda atender a las necesidades a nivel discutible, si sólo interno o externo también, pero centrando el problema no en la facultad de atenderlo, sino en la elevación de categoría de una necesidad a carga.

El difícil problema queda planteado por el autor al mantener la posibilidad de alterar el concepto de carga matrimonial aplicable a algunas atenciones familiares.

Parece peligrosa, sin perjuicio de un más detallado estudio, la equiparación de cargas y atenciones. En principio, me inclinaría por la negativa; el hecho de que para responder de ellas se sume solidariamente el patrimonio del que contrajo la deuda no es suficiente razón para la equiparación. Sin embargo, el régimen de responsabilidad conjunta hace muy difícil la separación cargas-necesidades.

El párrafo segundo del 1.362-1.º plantea dudas mayores en este tema. Si para los hijos que conviven con el colectivo familiar nuevo, procedentes de uno anterior o extramatrimoniales, las cargas se limitan a alimentos y educación, parece que se traduce restrictivamente en la norma civil la «asistencia» del artículo 39-3.º de la Constitución, complicando la interpretación para los hijos el 93, y los artículos 97-98 y 100-101 para el ex cónyuge.

Tampoco es suficiente alivio que el 1.319 sólo se refiere a las necesidades ordinarias, lo que significaría equiparar cargas-necesidades ordinarias. Pero la distinción entre ordinarias y extraordinarias ha perdido sentido con la administración conjunta, y el problema parece que queda en una auténtica nebulosa.

1. Quizá el régimen de separación, por nuevo, pueda despejarnos alguna duda: el 1.438 habla de cargas, y el 1.439; sin embargo, el 1.440

habla de potestad doméstica ordinaria —obligaciones—. Al no haber bienes comunes en que hacer efectivos los gastos ocasionados por atender las cargas, el principio de independiente gestión impone que las cargas se hagan efectivas según convenio, proporcionalmente a los recursos; el concepto de potestad doméstica ordinaria impone a este régimen la responsabilidad del deudor y del no deudor. Parece que las cargas no atendidas pueden —en cuanto a legitimación para ordenar el gasto— devenir obligaciones contraídas en el ejercicio de la facultad doméstica ordinaria. Pero la referencia al 1.319 hace difícil el juego de la solidaridad de ambos patrimonios frente al acreedor, a no ser que la referencia del 1.319 sea para la definición, y el 1.439 para el modo de responsabilidad, como he defendido. Esta última interpretación aparece avalada por el último párrafo del 1.319, la conformidad a «su régimen matrimonial» prohíbe la solidaridad.

En régimen de separación, la solución viene, pues, facilitada porque no se habla para nada de necesidad. Se utilizan los términos técnicos y exactos: cargas (arts. 1438-1.439), obligaciones contraídas (artículo 1.440-2.º).

El elemento de distorsión, salvable, para este régimen lo representa el párrafo segundo del 1.440, con su alusión, creo innecesaria, al 1.319.

Así, si las cargas o necesidades se atendieron por gastos contraídos por uno u otro cónyuge, siempre son iguales las consecuencias y siguen el mismo régimen. Obsérvese que no habiendo masa común, la familia nueva atenderá en pie de igualdad a los hijos de anteriores nupcias o extramatrimoniales. Pero es muy defendible que si no conviven, los bienes del cónyuge no progenitor, no respondan en absoluto, corrigiendo así la desmesurada extensión del 1.362-1.º, *in fine*.

En régimen de separación parecen coincidir cargas y necesidades.

2. En gananciales también me parece que el régimen de las necesidades ordinarias y el de las cargas cumplen la misión de flexibilizar el concepto más rígido que de las cargas da el 1.362. Además, tal parece deducirse del 1.365-1.º Aunque la solución es mucho más oscura debido a que la existencia de una administración conjunta de difícil operatividad impone una serie de excepciones atendidas las necesidades ordinarias (artículo 1.319), extraordinarias (art. 1.386) y otras que pueden complicar la solución. Una terminología tan variopinta no presenta la solidez dogmática del sistema de separación.

El problema no acierto a aclararlo tampoco con el 1.365. No hay duda que, en orden a la legitimación, los dos conceptos coinciden (artículo 1.362-1.º): «previsiones» lo avala; pero la situación de los acreedores es distinta. Y parece cierto que el 1.362 no es directamente subsumible en el 1.365-1.º Reaparece la distinción —difícil— para los acree-

dores; complicada, además, con la referencia genérica a la gestión de los gananciales, que podría significar perfectamente, como en el 1.439, actuación sobre el patrimonio privativo del otro cónyuge. ¿Será la propia actuación del disponente la que determine qué régimen se seguirá?, ¿o el acreedor en atención a las circunstancias objetivas de la relación familia-gasto? Parece más adecuada esta segunda posición.

Sin embargo, la sola existencia del 1.365 impide ya permitir el paso capitular del régimen ordinario de necesidades al de cargas, y aún más configurar las cargas como necesidades ordinarias. El régimen de las necesidades ordinarias es objetivo, ex gasto. No es capitular.

La seguridad de los créditos, según las distintas causas de los mismos, parecen imponerlo así. Mejor dicho, el pacto sería posible, pero no entrañaría sino una obligación no conectada con las cargas del matrimonio y su régimen.

Sin embargo, no parece clara la relación entre el directamente frente al acreedor del 1.365 y el 1.319-2.º, en cuanto a la solidaridad.

3. En participación no se plantea la duda.

Allí hay solamente obligaciones a satisfacer. Parece que si un cónyuge se excede y lleva una administración desordenada atendiendo a cargas y necesidades que no sean tales, siempre habrá deudas deducibles del patrimonio final, sin perjuicio de que se haya podido aplicar el 1.416, a no ser que se prefiera el régimen conjunto del 1.423-1.424, de considerarlo o no como un crédito de participación.

Parece adecuado pensar que se ha equiparado el régimen de las cargas y necesidades en los regímenes de separación, pero no es clara la solución para el de gananciales. Siempre se han equiparado en cuanto a la capacidad para ordenarlas, pero sólo las cargas generan el especial sistema de responsabilidad de los gananciales, aunque argumento, y no desdeñable, en contra sea el 1.365-1.º, que al abarcar gestión que capitularmente le corresponda permite tal extensión capitular. En contra cabría la extrañeza de una acción directa sobre una necesidad considerada carga sólo capitularmente; puede, no sé, que se refiera sólo a la legitimación para contraerlas, a una posible administración unipersonal. Todo depende de la postura que se adopte en la relación, difícil, entre 1.319, 1.362-1.º y 1.365-1.º, que el tiempo aclarará.

Esta correlación no parece preocuparle a ALVAREZ-SALA, por cuanto dice que la capitulación puede sin recortar su alcance objetivo o de la responsabilidad en base al 1.911 —1.318-1.º, diría yo—. organizar su responsabilidad sobre las diferentes masas patrimoniales según criterios de solidaridad o subsidiariedad que serán oponibles al tercero, lo que no contradice el 1.911.

No veo claro cómo un régimen de subsidiariedad puede no afectar a tercero, máxime cuando puede defenderse perfectamente la solidaridad, al menos en régimen de separación.

LA TESIS DEL CONSENTIMIENTO O AUTORIZACION EN RELACION A LA RESPONSABILIDAD

Consecuente con su tesis subjetiva de la intervención, el autor comentado establece después un bello resumen de la teoría del consentimiento a base de la exacta aplicación de la tesis tradicional sobre el viejo 1.413, del consentimiento y la codisposición, para diferenciar el puro consentimiento y la autorización. Sin que ello llegue ni pueda justificar el aserto que hace de que puedan ser oponibles a los acreedores los criterios de organización de responsabilidad.

Para los acreedores su posición parece que viene dada por la naturaleza de las deudas. La diferencia es que ahora el Código Civil habla de deudas contraídas con una determinada finalidad: «gastos que se originen..., causas» (art. 1.362). E igual régimen rige el 1.365. En materia de responsabilidad no parece importarle al Código Civil sino la causa que da lugar a la obligación: deudas contraídas. . en, dice el 1.365. No parece muy adecuado el enfocar el problema desde el punto de vista del consentimiento de ambos cónyuges para los actos de administración, una vez que lo esencial es la causa del gasto, no hoy, dadas las excepciones (art. 1.386), quién pueda ordenarlo.

Porque tal regla de la perfecta «conjunción» no está clara en una serie de supuestos esenciales:

a) El 1.382 permite disponer de numerario común. Parece referirse a efectivo metálico, pero la referencia a «necesario» introduce una indeterminación en la cuantía: el necesitado es él y su patrimonio privativo o profesión, pero la medida de la necesidad la da «la familia», que puede estar a diferente nivel que el suyo. Es un desarrollo del 1.319. Doble limitación que minimiza la excepción. Obsérvese que para la profesión no existe la limitación de la ordinariedad. Además, numerario puede entenderse como activo patrimonio, sea o no dinero (art. 1.382 frente 1.384).

b) Los 1.384 y 1.385, sin límites.

c) Sobre todo, el 1.386, que adjetiva los gastos de «urgentes», ordinarios o extraordinarios.

Ante tal gama de excepciones, reforzadas por el 1.319, no parece necesario ver qué clase de consentimiento conjunto hace falta, pues será difícil que opere la regla general.

Además, ante la regla algo sibilina de recíproca y periódica información económica «suya» (art. 1.383). ¿Se refiere el suyas a los bienes privativos para garantizar la generación suficiente de gananciales por vía de frutos? En este caso sería un refuerzo preventivo para evitar la aplicabilidad del 1.373. Pero también parece referido a las actividades de administración conjunta, exceptuada *ex lege*, es decir, en los casos en que puede por sí solo obligar a la sociedad de gananciales, que son muchos, legales, capitulares y usuales. El artículo 1.383 se conecta entonces con el 1.390 y se ve claro que ésta es su finalidad. Es necesaria tal notificación para el juego del 1.390, *in fine*, pues se trata de evitar sorpresas al liquidar la sociedad conyugal.

En esencia, sostengo que la administración conjunta queda pulverizada por el juego de los artículos:

- 1.386: Gastos «urgentes» necesario, ordinarios o no.
- 1.319: Gastos necesarios no urgentes, «necesidades ordinarias».
- 1.384-1.385: Actos de administración de dineros, valores y créditos.
- 1.365: Administración ordinaria de los bienes propios, gastos causados en...
- 1.368: Sostenimiento, previsión, educación...
- 1.365: Ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio.

No parece que la intervención conjunta nos aclare los problemas de la responsabilidad. El 1.367, por innecesario, nada añade.

Es erróneo estudiar el problema de la responsabilidad bajo el prisma de los intervinientes en el gasto. Se debe de acudir a la causa del gasto. Así lo impone la indiscriminada legitimación; entonces curiosamente la sociedad de gananciales se regula con el ojo puesto en los acreedores. De ahí la acción directa del 1.365 y la machacona referencia a deudas. Desaparecido el administrador no quedaba más «agarre» que la naturaleza de los gastos, que de hecho acaba en una solidaridad, aun establecida legalmente la conjunción.

Si se repara en la línea existente entre la administración extraordinaria y los actos de disposición, se verá que es prácticamente inexistente objetivamente. El Código Civil acude a la teoría de los gastos necesarios, de honda raigambre: lo que se coordina con el elemental principio de la titularidad. Ello se corresponde perfectamente por considerar el patrimonio ganancial como una masa, y la administración de la misma como teóricamente conjunta y prácticamente dependiente de la titularidad y frente a terceros del carácter causal del gasto.

Ante la gran extensión objetiva con que la ley habla de gastos, administración ordinaria, ejercicio ordinario, parece claro que el acreedor es-

tará suficientemente protegido, sin necesidad de acudir a la seguridad del tráfico-concepto usual en unos supuestos, no en otros, sin más que atender al carácter del gasto y, en su caso, a la titularidad del administrador. En esencia, parece que salvo mala fe dirigida a defraudar al otro cónyuge especialmente, no puede afectar al acreedor por gastos de los mencionados como posibles a realizar por uno solo de los cónyuges, cualquier postura que se mantenga sobre el consentimiento de los esposos.

Si acaso, visto bajo la vertiente tradicional del consentimiento, sería más importante fijarse en los efectos no del consentimiento, sino del «conocimiento». El 1.382 contrapone consentimiento y conocimiento, pero su supuesto de hecho es demasiado limitado para intentar sobre él una construcción generalizable. El 1.383 habla de deber general de información: es decir, de dación de conocimiento. Esto es imprescindible para restablecer el equilibrio de las masas (arts. 1.390-1.391). El 1.390 permite la impugnación, en un caso, lo que para actos de administración será raro, dado el régimen de los artículos citados. Del 1.391, se deduce que el acreedor frente a estos gastos, en estos casos de administración, tendrá un título inatacable si no ha procedido de mala fe.

¿CONSENTIMIENTO O CONOCIMIENTO EN ACTOS DISPOSITIVOS?

Para los actos de enajenación son válidas las discusiones que el autor realiza acerca del consentimiento. Sin embargo, no se fija suficientemente:

- a) Ni en el principio de titularidad separada.
- b) Ni en el principio de confirmación tácita a base del conocimiento (arts. 1.393-4.º, 1.383-1.322).

Se puede sostener:

Que la venta de un bien ganancial puede ser efectuada por uno solo de los cónyuges, siempre que se aporte el documento acreditativo del conocimiento efectivo del otro cónyuge (art. 1.301, *in fine*), no quedando, en su caso, más problema que el cómputo de los cuatro años, en base a si se trataría de auténtica confirmación tácita.

Si, como parece, el 1.377 recoge sin alteraciones la teoría de la disposición con asentimiento —consentimiento aprobatorio—, parece lógico reconducir el 1.377 a la sanción de anulabilidad del 1.322. Teniendo siempre presente que en la actualidad se impone la vieja tesis del consentimiento aprobatorio en base a la titularidad, no, como antes, por la facultad —cuasi legitimación— de disponer del administrador.

Puede pensarse que si se da la notificación suficiente a través de la información periódica del 1.383, y ésta comprende la marcha, rendimiento y situación de sus actividades, incluida la noticia suficiente de la enajenación, de modo que la periodicidad (art. 1.383) implique que se cumple reiteradamente con la obligación de informar, la no impugnación del acto aceptando la siguiente relación de marcha, rendimiento y situación implica una confirmación tácita (art. 1.390). Tal notificación si es exacta produciría para el otro cónyuge los mismos efectos que un inventario. En esencia (art. 1.383), es una preparación del inventario final. Hasta tal punto ha llegado la reforma, que ha despedazado toda la teoría del consentimiento, sustituyéndola por la del conocimiento y consiguiente impugnación. No podía menos construyéndose la sociedad de gananciales como una relación *inter masas*. Obsérvese el efecto demoledor de la confirmación tácita (art. 1.383), la ineficacia del acto del 1.390 y la rescisión del 1.391. Es decir, anulabilidad, ineficacia «cuando proceda», rescisión. La anulabilidad la regula el 1.301 y el consentimiento tácito del 1.322, 1.383-1.393.

La ineficacia «cuando proceda», que referido a las amplias reglas de la legitimación para ordenar el gasto —contraer la deuda—, dice el Código Civil no se da prácticamente nunca en actos de administración.

La rescisión, sólo si hay fraude y, además, mala fe en el adquirente (artículo 1.392). El 1.366-1.365 son por demás expresivos: «obligaciones extracontractuales en el ámbito de la administración de bienes».

Obsérvese que el 1.366 recoge el mismo principio que el 1.439, gestión de negocios ajenos sin mandato, que no tiene por qué limitarse a actos de gestión, como afirma la proposición segunda.

El efecto conjunto de todos los artículos, 1.383-1.390, 1.391 y 1.322, produce el vaciamiento absoluto del 1.377, de hecho. ¿No sería una solución pensar que el «consentimiento de ambos» (art. 1.377) es un auténtico consentimiento, es decir, coconsentimiento del no titular?, es decir, ¿un cambio sobre el 1.413? ¿Pesa tanto la interpretación tradicional, que indicaría igual interpretación, cuando de otros preceptos podría deducirse lo contrario?

La dificultad es hoy coordinar casuísticamente las facultades de gestión, que no excluyen o no tienen por qué excluir la disposición —no pensemos en tracto registral ni que éste desvíe la recta interpretación del Código Civil— con el principio de titularidad.

Lo indicado está consagrando claramente la gestión de negocios ajenos sin mandato y pulverizando literamente la administración y quizá la disposición conjunta. Por otra parte, el principio de titularidad cede frente a los actos objetivos en beneficio de la familia (arts. 1.319,

1.365-1.º y 1.366). No es de extrañar que el binomio 1.365-1.383 no sea mencionado por el autor en su trabajo.

DE LOS VETOS O DE LA FALTA DE INFORMACION

Habla luego ALVAREZ-SALA de un veto anticipado en los casos en que uno de los cónyuges pueda comprometer el patrimonio consorcial, cuya falta envuelve un consentimiento presunto, comprometiéndolo el patrimonio privativo del otro consorte. Igual solución da cuando actúa uno sin el preceptivo consentimiento de su consorte, por confirmación tácita. En tal supuesto —dice—, los capítulos no podrán exonerar frente a tercero ningún bien privativo o común del matrimonio.

Tal generalización, dada la actual casuística del Código Civil, es muy peligrosa. En el primer caso, no veo la posibilidad de vetar previamente la actuación del otro consorte.

Sin haber capítulos y tratándose de cargas del matrimonio, la responsabilidad ganancial la determina la causa que origina el gasto, y éstas son muy amplias en el 1.362, y aún más en el 1.365. Para colmo, el 1.366, ya sin ninguna referencia a la titularidad, cierra el sistema ex acto causante. Obsérvese gastos originados (art. 1.362), deudas contraídas (art. 1.365), obligaciones de un cónyuge (art. 1.366). Es imposible vetar una actuación para satisfacer alguna de las causas allí relacionadas. Sea quien fuera el que la realice, el veto sería inoponible a los acreedores (arts. 1.369, 1.390 y 1.391). Es más, el veto es impen-sable e imposible, si no es en un nuevo sistema de administración capitular, pero no en directo como tal veto, sino estableciendo un sistema distinto de gestión.

En efecto, si el gasto está objetivamente justificado por la causa, y se trata de obstaculizar el acto de gestión que va a generar el nacimiento de la deuda, el gasto adquirirá automáticamente, si lo es tal, la naturaleza de gasto urgente, sea o no extraordinario, y el 1.386 haría imposible tal veto, por frenar una cuestión de capacidad o, si se quiere, una gestión de negocios ajenos sin mandato.

Ni siquiera podría alegarse en contra el 1.888, porque la causa hace que atenderla no sea interés ajeno, al subvenir una carga/necesidad del matrimonio; porque presupuesta legitimación de actuación conjunta, se olvidaría que la teoría de la gestión de negocios ajenos es reclamada por el Código sólo en fase de repercusión de la deuda o de la gestión ex causa sobre una de las masas, común, o una de las dos privativas, y se olvidaría que la regulación actual de la sociedad de gananciales no está basada en potestades —conjuntas—, sino en repercusión de las actuaciones en las masas, evitando enriquecimientos sin causa de cualquiera.

DE LA CUIDADOSA REGULACIÓN CAUSAL DE LAS DEUDAS Y SU REPERCUSIÓN

Si el acto es de los que el autor dice confirmado tácitamente, por definición ya no hay veto anticipado y se compromete todo el patrimonio, pero ya por el 1.369. Y más aún, por el cumplimiento de la obligación de inventariar, estableciendo una cuenta de resultados, que no es otra la misión de los 1.383 y 1.393-4.º

Un veto previo, extracapitular, es impensable. Si no cupiera el caso en las múltiples excepciones que ahogan los principios generales de administración y disposición conjunta, estos mismos principios lo impedirían, acudiendo a ellos sólo subsidiariamente dado el poco margen que les queda.

En el veto capitular no hace falta ninguna; si se establece una periodicidad corta para la obligación de informar, el ejercicio económico anual, con la facultad de recíproca intervención indiscriminada en la gestión, administración y disposición (esto no tan claro, quizá), el cónyuge pasivo está en situación de controlar la marcha de los negocios del otro, sus actividades económicas y los propios en que el otro tenga interés. El 1.384-5.º viene a reforzar esta interpretación. Un veto en las facultades del administrador es imposible. El 1.301 debe de ponerse en relación con el 1.383 y la información que éste demanda sirve para el comienzo del cómputo. La posibilidad de anulación desaparece *ex lege* pasados cuatro años desde la información. Pero si la periodicidad es menor, desde que está informado el conocimiento sirve como confirmación tácita.

La gestión de negocios ajenos, que legitima la disposición por el no titular, es la que demanda un régimen de inventario y notificación al titular del patrimonio. La amplitud de la dicción exige una auténtica cuenta de resultados, indiscriminada, referida a actividades sobre bienes privativos, gananciales o de la otra parte en cuanto se esté legitimado para ello. Situación, marcha y rendimiento exigen una cuenta de resultados, perspectivas y balance de situación objetivo y real, referido a «cada actividad» por separado.

El modo de coordinar las omnímodas facultades de gestión y disposición del no titular con el principio de titularidad y la relación entre las masas, se funda no en el consentimiento, sino en el conocimiento, y por ello pasa por una confirmación.

Podía defenderse una confirmación expresa si el cónyuge notificado adviera y acepta la valoración, deudas y resultado de la cuenta de resultados, y esta obligación de verificación debería imponerse y, en todo caso, establecerse en los capítulos; como en la cuenta aparecerá tal operación, un finiquito de responsabilidad del gestor puede ser una confirmación expresa a efectos del 1.322, y no dudamos en que, desde luego, lo es

a los efectos internos para la teoría de la gestión de negocios ajenos sin mandato.

Bastaría, a efectos prácticos, una fórmula que dijera: Don, conecador de los términos, necesidad, conveniencia, valoración y condiciones del negocio celebrado por su cónyuge don, declina la impugnación.

Me parece que no haría falta ni siquiera el consentimiento al negocio, y aquí sí se puede decir que la verdadera innovación de la reforma con relación al artículo 1.377 y la disposición está en este conocimiento, que ni siquiera llega a ser consentimiento si se prueba su existencia.

El 1.322 debe de ser interpretado según la confirmación en la clásica teoría de la gestión de negocios ajenos sin mandato. Y quizá también el 1.377. ¿Quiso el legislador una mutación de tal naturaleza?: puede que no. Pero no debe olvidarse la construcción por «acarreo» de nuestro actual sistema de gananciales y son los nuevos materiales en el viejo solar (arts. 1.358, 1.366, 1.373 y 1.383, entre otros) los que hacen necesario un replanteamiento total.

LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Y EL ARTICULO 1.319 DEL CODIGO CIVIL

Finalmente, se centra el autor en el estudio del 1.319. Como suele hacer a lo largo de todo su meditado trabajo, defiende la imperatividad del mismo.

Es curioso que se haya mantenido (arts. 1.319-2.º y 1.365-1.º) la referencia a la potestad doméstica, cuando tal potestad debía de haberse suprimido, según demuestra la evolución histórica del 1.328. Lo que no tiene más que una explicación, excluido el olvido: Que tal potestad ya no es personal, sino aclarando el ámbito de actuación crediticia de cada cónyuge en atención a su ámbito consuetudinario y visible de dedicación. En necesidades ordinarias que de hecho estén bajo su cuidado, él compromete los bienes comunes.

Pero estas necesidades ordinarias no coinciden por definición con las cargas del matrimonio a costa de la sociedad de gananciales. El problema es: ¿equivale el 1.319-2.º al 1.365-1.º, aunque, en este último caso, sólo sea para establecer la discriminación de la acción directa del acreedor? Si equivale al 1.365, no es sino una regla que beneficia a los acreedores; si no equivale al 1.365, en relación al 1.369, se podría deducir una responsabilidad directa de los gananciales.

— ¿Acumulación solidaria del deudor si se dan los requisitos del 1.319?

— ¿Juego del 1.319-2.º para la responsabilidad del otro patrimonio con su subsidiariedad?

El 1.364 permitirá solucionar la mayor parte de los casos en los que debería jugar el 1.319, y es a través de él que responderán en pie de igualdad todos los patrimonios gananciales (arts. 1.386-1.375), y ambos privativos (art. 1.318). Lo que sucede es que el acreedor irá por el artículo 1.365-1.º y su acción directa si ejecuta gananciales, y por el 1.319 si actúa contra el cónyuge que no contrajo la deuda, o el 1.318, en su caso, quedando el 1.364 como corrector en las relaciones *inter masas*.

Luego:

a) Si la deuda procede de la facultad doméstica, se impondría la subsidiariedad del 1.319-2.º

b) Si la deuda no procede de la facultad doméstica, pero es a cargo de la sociedad conyugal, procederá por el 1.365 un pago de restablecimiento de equilibrio en fase de reintegro. El problema, en este caso, será si ese reintegro ha de poderse liquidar o no antes de la disolución de la sociedad conyugal, y si se podrían compensar en el resultado de sus respectivas informaciones sobre sus actividades y bienes, los créditos y deudas de los cónyuges entre sí, para lo cual, dada la importancia que hemos dado a la información, muy similar a un cierre de balance y atendida la teoría de la gestión de los negocios ajenos sin mandato *inter masas*, no vemos obstáculo ninguno, habiendo algún precepto, como el 1.373-2.º, que no tiene explicación sin pagos o compensaciones previos a la liquidación. Además, el 1.323.

c) Incluso parece que si el gasto es urgente por el 1.386, la responsabilidad del otro cónyuge no deudor ya no es subsidiaria, sino solidaria (arts. 1.386-1.318).

Es la responsabilidad del cónyuge no deudor por las cargas gananciales lo que no se halla sino en el 1.318, y éste encaja muy mal con la subsidiariedad del 1.319-2.º

Sin embargo, el 1.319 no parece directamente aplicable indiscriminadamente en cuanto al orden de la responsabilidad a todo régimen económico-matrimonial. Es muy difícil encajar en un régimen de participación la deuda de un cónyuge no deudor. Antes bien, habrá que acudir a los 1.438, 1.439 y 1.440. El 1.413 impone integrar este régimen con el de separación. Y el 1.440 habla de potestad doméstica «ordinaria», lo que significa, o lo mismo del 1.319, y habría que hacer equiparables la potestad para las necesidades ordinarias (art. 1.319-2.º y 1.º) y la potestad doméstica del 1.365-1.º, con la potestad doméstica ordinaria del 1.440; pero el 1.438 excluye la subsidiariedad, no la menciona. El acreedor agredirá los bienes de ambos cónyuges solidariamente; es absurdo hacerle pasar por la subsidiariedad del 1.319-2.º, cuando el 1.440 ha

matizado, quizá restringiendo en algo la potestad ordinaria doméstica. No parece que frente al 1.438, que no distingue, se pueda imponer la subsidiariedad del 1.319, por la vía del 1.440, que sí matiza la potestad.

Porque para un régimen de separación, el Código Civil da un ámbito quizá más minimizado a la potestad doméstica «ordinaria». El 1.440 refiere la «ordinariedad» a la potestad, no a las necesidades ordinarias. Presupone unas necesidades ordinarias (art. 1.319-1.º) que son las que definen la potestad doméstica —«esta potestad» (art. 1.319)—, y es aquí esa potestad doméstica la que es ordinaria. No es un juego de palabras, minimiza la potestad, congruente con la amplitud del 1.439. ¿Por qué imponer esa subsidiariedad perjudicial, que vulnera la solidaridad del 1.438?

El 1.438-2.º se refiere a la distribución de las cargas entre los cónyuges, pero en modo alguno limita la responsabilidad frente al acreedor. Tampoco lo hace el punto primero. Frente al acreedor parece haber solidaridad para las cargas, al menos las ordinarias del matrimonio, que entran dentro de la facultad doméstica ordinaria. Y respecto a las deudas derivadas de la potestad doméstica, el problema renacería; pero la equiparación cargas-necesidades del matrimonio en sistema de separación soluciona el problema.

Con la interpretación que defendemos del punto 1 del 1.438, la responsabilidad por deudas de potestad doméstica debe ser también solidaria.

d) Pero puede también explicarse el 1.440-2.º de otro modo: el 1.319 determina los bienes obligados «en la forma», dice el 1.440-2.º, y el 1.438, la distribución interior. Con esta interpretación se excluiría la solidaridad y entraría la subsidiariedad (art. 1.319). ¿Pero con relación a qué patrimonio, si no hay común entre cónyuge deudor y el otro? No refuerza en absoluto al régimen de separación y va contra los 1.438 y 1.439. Parece, sin embargo, una interpretación demasiado «geométrica».

El 1.318-1.º se refiere a los bienes; el 1.438-1.º, a la obligación de contribuir al sostenimiento. Luego el 1.318-2.º y 3.º establece unas facultades generales, compulsivas, matizables, por la franca acogida que hace el régimen de separación (art. 1.439) del criterio objetivo del negocio sin mandato, más contundente que el 1.318-2.º para las cargas familiares. La solidaridad que puede deducirse de esta relación frente al acreedor, no puede romperse diciendo que en la «forma» del 1.440-2.º se refiere a la subsidiariedad y el 1.438 sanciona la distribución interior. Se dejaría así sin contenido sustantivo la referencia que hace el 1.440 al punto 1.º del 1.438. Y obsérseve, dice el 1.440, los «1.319 y 1.438».

Para salvar el obstáculo puede pensarse que es al revés: que la referencia del 1440 al 1.319 es a su último párrafo, mientras se deja su virtualidad normativa al 1.438, puntos 1.º y 2.º, en relación al 1.318-1.º

El reenvío múltiple en bloque no matizado al 1.438 y 1.419 da lugar a soluciones insolubles, que deben de resolverse a base de la propia normativa y virtualidad del régimen de separación en que estamos (4).

Diferente interpretación no es adecuada a un régimen matrimonial, aun de separación, frente a los acreedores, so pena de considerar el régimen de separación como un no régimen, lo que en la actualidad, dada su perfección de regulación y el cuidado y matización con que se hace y su supletoriedad frente al otro régimen de separación, no se puede mantener ni permite explicar la referencia del 1.440 al 1.319. El 1.440-1.º no es obstáculo, pues no se refiere sino a las obligaciones que no sean cargas de la familia. Si el 1.361 define las cargas del matrimonio, el 1.362-1.º será el que opere íntegramente en un régimen de separación o de participación *ex natura creditii*; los números 2, 3 y 4 del 1.362 no pueden ser aplicables a separación y participación.

Es claro que el número 1 define las propias obligaciones familiares, mientras los tres restantes se explican perfectamente por ser un patrimonio que genera gananciales. Únicamente se podría discutir en régimen de separación, y más aún en participación, considerar potestad doméstica las atenciones de previsión, parece posible su inclusión dada su normalidad.

Luego en régimen de separación, cargas del matrimonio son las del 1.362-1.º; un régimen de responsabilidad que diferencie en la separación y participación:

a) Cargas.

b) Potestad doméstica ordinaria parecería quizá sólo posible con relación a la facultad de los acreedores de agresión primero de los bienes del deudor, si existen, pero ello vulneraría a los 1.318, 1.343 y 1.439.

(4) Otra interpretación sería francamente perjudicial para los acreedores por obligaciones familiares en régimen de separación. Regula el Código el régimen de separación al mínimo posible con bastante perfección, alejándose del anterior no régimen. Pero los acreedores carecen de la acción y cobertura que podría prestarles la acción directa y el 1.386. Si el 1.319 es aplicable, excepto en la subsidiariedad, y también lo es en el párrafo primero del 1.318, se integra la responsabilidad solidaria frente a acreedores por cargas del matrimonio en régimen de separación del siguiente modo:

1.438: Los cónyuges contribuirán (obligación personal). 1.318: Los bienes de los cónyuges están sujetos (corroborando la responsabilidad solidaria de los mismos). 1.438: A falta de convenio contribuirán interiormente. Y como prueba de tal posible integración, el artículo 1.319, *in fine*, reintegros según su régimen, que cierra el problema *inter masas*.

Por ello, en separación y participación, puede defenderse para el acreedor un régimen de responsabilidad solidaria de masas privativas, en todo caso.

EL VIEJO ARTICULO 1.317: LA VECINDAD FORAL

Finalmente, tampoco se puede estar de acuerdo totalmente con su interpretación del 1.317 antiguo. Ciertamente que viene del Proyecto GARCÍA GOYENA.

En éste cumplía igual finalidad que el Código francés: evitar que renaciera el Derecho foral. Luego desaparecidos los extremismos del Proyecto de 1851, manteniendo provisionalmente el *statu quo* ante la malquerencia, se explica por la falta de reciprocidad en la prohibición. Cosa que no extraña en un cuerpo legal lleno entonces de ellas.

Desde luego, los derechos forales nunca se han dignificado tras la promulgación de las compilaciones. Tan dignos eran antes como después, y si acaso menos robustos por el cercenamiento archiconocido de una serie de instituciones en aras de una *vis* atractiva del Código Civil.

Lo que pretendía el Código Civil era una incomunicabilidad absoluta Código Civil-derechos forales, mantenida a ultranza a través de la inmodificabilidad capitular postnupcial y el mencionado pacto antenupcial. El cierre era absoluto, pero no a base de la vecindad, sino del orden público. No se puede distorsionar a través de una interpretación bien hilvanada, pero apoyada en la reforma preliminar de 1974, el sentido del viejo 1.317 antes de aquélla. Si acaso afirmar el cambio de interpretación para el pequeño lapso de tiempo entre la reforma del título preliminar y la de 1975, en cuanto la introducción de «permitidas por la ley de cualquiera de ellas» centraba mejor la cuestión. No se podía hacer gravitar sobre un ya catalán o navarro una prohibición que significaba la vigencia en su nuevo Derecho de una norma prohibitiva del anterior. Algo totalmente distinto a lo que ALVAREZ-SALA mantiene.

Estoy de acuerdo en la interpretación que da, pero ésa no es la que se deduce de la jurisprudencia y aplicación tradicional del 1.317. Le fue impuesta al Código Civil por la reforma del 6-2, que vino a decir: «el orden público del 1.317 se detiene ante la nueva ley, que permite la capitulación».

Sus argumentaciones son válidas para después de 1974. Pero la nueva interpretación al 1.317 se le imponía de rechazo. Estaba tocado de ala y respondía a una incommixtibilidad absoluta entre el régimen común y el foral.

Ciertamente lo que afirma relativo a la vecindad común, pero como lo

que fue de orden público en Derecho común era la inmutabilidad del régimen económico, esto no dependía del cambio de vecindad directamente y significaba una intromisión en el nuevo ordenamiento foral o extranjero que correspondiese por su nueva vecindad. Las situaciones de hecho eran tan limitadas y no bilaterales, que se forzó el régimen a través del 6-3 del Código Civil, curiosamente impuesto por el Derecho internacional privado, no resabiado por la creada y larga polémica foralista.

No obstante, parece ilógico defender que una norma como la del 1.317 debía de haberse adoptado por las compilaciones forales, que siempre partieron de la libertad más omnimoda. Un régimen de libertad civil no tiene miedo a que escapen de él sus súbditos a través de la adopción de otra vecindad. Si lo quieren hacer, que lo hagan en directo y punto.

A mi juicio, el fin del 1.317 no fue único, cambió a lo largo de la diversa situación legal; pero un cambio que se le imponía desde fuera:

a) En el Proyecto de 1851, rematar los derechos forales, declarados difuntos por otro precepto próximo, y que no debían de renacer capitularmente. Intervencionismo a la napoleónica.

b) En el Código Civil, cerrar el sistema de incomunicabilidad, Derecho civil-derechos forales, en sólo esta dirección indicada, nunca hubo cierre en la otra, y al contrario, el propio Código Civil trató de restringir, recuédese su primera redacción y la clásica discusión sobre los vecinos forales, la aplicabilidad del Derecho foral.

c) Así se mantiene en cal y canto —TS 1964— hasta 1974 (5).

d) Tras la reforma de 1974, el 1.317 queda desarbolado, al no poder cumplir su finalidad principal.

Reconocida la comunicabilidad entre los regímenes económicos de

(5) ¿Influencia de las compilaciones ya publicadas? ¿Reconocimiento de que las fuertes corrientes historicistas en la base del Derecho foral habían impuesto la ruptura del marco afrancesado? ¿Confesión de que resultaba chocante el hermetismo del Derecho común tras el liberalismo de las leyes aragonesas y navarras? O sencillamente, ¿que no se podía imponer a un matrimonio español que pierde su nacionalidad con todos los sacramentos legales el mantenimiento de su régimen económico matrimonial, si en España el «orden público» negaba tales capítulos permitidos por su nueva ley? Y en este caso, discriminar ley extranjera y leyes forales, ¿no hubiere parecido *demasié*?

Estas dos últimas son las razones de fondo. No se olvide que el 6-2 y 6-3 están contruidos a base de la técnica de los puntos de conexión. Esto es inapelable. Se basaba el 6-3 y 6-2 en que puede ser diferente la ley nacional de los cónyuges, pero todavía no la regional, por la atracción del 14-4. Un rebote acertado bajo la canasta condujo, vía 16-1 → 9-3 (a pesar del 14-4, que hace inaplicable parte del 9-3), a la consideración del autor de que el 1.317 defendía las normas imperativas del Derecho común, en vez de ser un valladar para huir de ese régimen como un todo en dos simples y sencillas líneas capitulares.

Derecho común y foral, no había otro remedio que sostener la imperatividad del propio régimen legal de Derecho común y decir, como dice el autor, que ésta era la finalidad del 1.317.

e) En la reforma de 1975, la libertad postcapitular chocaba, como reconoció la propia Dirección General, con una multiplicidad de preceptos. El comentado no cumplía ya misión ninguna. Lo que pudiera ser imperativo del tipo régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales estaba suficientemente defendido, dentro de su propio ámbito, por una serie de normas y prohibiciones.

Una norma imperativa ha de defenderse no negativamente con referencia a otro ordenamiento, sino positivamente, imponiendo su propia convicción, y eso es lo que no hacía el 1.317 tras 1975. Una prohibición en blanco no tiene explicación referida a otro ordenamiento, salvo si quiere imponerse una separación absoluta de los mismos, que era lo que quería el 1.317, no estando tan privado de razón SÁNCHEZ ROMÁN.

Reconocida, aun de rebote, la posibilidad de cambio, desaparecido el rechazo secular, Derecho común *versus* foral, no hay razón para mantener el 1.317 viejo.

f) El derrumbamiento de esta prohibición no va a ser lamentado. R.I.P., 1.317.

Al opinar el autor comentado que el 1.317 pretendía defender las normas imperativas del Derecho común en el caso de que el pacto se otorgase por sujetos a dicho régimen, se plantea el problema de si un pacto como el que prohibía el 1.317 podría hoy ser admitido.

Argumenta que tal cláusula capitular no vulnera la noción límite de orden público, y tras traer a colación, bien para su tesis, los 16-1-2 y 12-3, argumenta que estamos ante una exclusión voluntaria de la ley aplicable por razón del estatuto personal de los otorgantes, sin perjuicio de las normas imperativas de la legislación marcada por el estatuto personal de los cónyuges. Sigue después indicando que cuando la Ley de las Relaciones Patrimoniales no es la personal, puede deberse a una remisión capitular o a un cambio de vecindad. Y suscita también la posibilidad de estar ante una renuncia tácita que operaría ante las normas permisivas, pero no las imperativas. Y a través de un difícil argumento llega a concluir que el régimen económico matrimonial persistirá, pero no íntegramente, sino cercenado por las normas imperativas inconciliables con él, correspondientes a la legislación del nuevo estatuto personal.

Si entiendo bien: las antiguas normas imperativas de su anterior estatuto personal desaparecerían, sustituidas por las nuevas imperativas procedentes del nuevo estatuto personal. Es decir, el viejo cercenado por las nuevas normas imperativas. Yo no entiendo claramente si:

— El viejo régimen económico matrimonial subsistiría con sus propias normas de carácter patrimonial imperativas, a las que se sumarían las nuevas normas imperativas de su nuevo estatuto personal, o

— Habría que hacer un estudio de compatibilidad de normas imperativas de los diferentes regímenes patrimoniales y nuevo personal, desapareciendo o no las patrimoniales imperativas incompatibles con el nuevo estatuto personal.

Consecuentemente con su tesis, el autor trata impecablemente de defender toda norma imperativa: la patrimonial, derivada del régimen económico inalterado, y la nueva personal, procedente de la vecindad civil nueva. El problema planteado prácticamente sería: matrimonio sujeto a Derecho común gana vecindad catalana, ¿sería no sólo aplicable la vieja prohibición de donaciones durante matrimonio, sino también la nueva de afianzar?

Moviéndose en el resbaladizo terreno de los derechos adquiridos, la solución parece casi imposible. Tampoco la tesis de la renuncia tácita es adecuada, pues quien calla nada dice. No hay por qué en un conflicto interregional salirse de su propio ámbito. La disociación, ley personal y patrimonial, es un hecho: para ello no hay por qué acudir a imperatividad ninguna, ni efectuar *a priori* una complicada operación de cálculo o estudio abstracto de normas imperativas.

La solución no puede ser sino la clásica: El fijar los puntos de conexión de cada situación jurídica en que dicho matrimonio esté afectado. Incluso en caso de duda, me permito optar por la interpretación que conduzca a mantener la eficacia del negocio, relación jurídica, pacto o situación en que están involucrados los cónyuges con diferente régimen económico legal y vecindad civil. El principio de conservación de los negocios jurídicos así lo impone. Los reflejos del mismo son tan claros a lo largo de todo el título preliminar (interés nacional, institución desconocida y multiplicidad de puntos de conexión concurrentes), que explican suficientemente el indicado principio general.

La compatibilización entre una norma afectante a la vecindad o nueva ley personal y el viejo régimen económico habrá de hacerse caso por caso, para cada negocio jurídico, si la incompatibilidad es absoluta; porque si una norma es imperativa en el régimen económico matrimonial y, por el contrario, bajo la ley personal nueva no existe tal prohibición, parece que habrá que examinar a la índole del negocio que se pretenda realizar, ponderando el punto de conexión más adecuado según lo que lo permitido y prohibido al propio tiempo por las dos legislaciones contrapuestas sea en sí mismo. La duplicidad de puntos de conexión que caracteriza la mayor parte de las relaciones jurídicas en el nuevo título

preliminar permitirán una salida adecuada para el caso contradictorio. Como la ley será siempre común (art. 14-4), exceptuado el caso de fraude a uno de los cónyuges, en última instancia será el propio acto el que establecerá la serie de puntos de conexión y no la vecindad. En principio, del 6-2 podría deducirse que, en última instancia, sería la última ley nacional común la prevalente, y así se podrá deducir también del 6-3 en su último apartado, salvo que este punto de conexión no puede operar, prohibido por el 14-4. Tras la reforma del título preliminar, los puntos de conexión se han flexibilizado y diversificado, así como, a veces, actualizado. Por eso más que disquisiciones acerca de si es cuestión de régimen económico o de capacidad, convendría examinar para su validez el propio acto celebrado en estos casos de contraposición entre diversas legislaciones españolas.

Estoy de acuerdo con el autor, es a la perspectiva del 6-2 a la que se debe de acudir, pero no sólo a éste, sino a todo el título preliminar, lo que puede perfectamente resolver la cuestión.

¿Que ello significa un fraccionamiento?, quizá. Pero es una técnica más correcta que mantener una ficticia unidad de régimen para luego burlarla a través de una aplicación más que territorial, territorializadora de ciertas normas en aras de un pseudo orden público territorial o de la seguridad del tráfico.

1. No creemos en absoluto, en contra de lo que el autor manifiesta, que el viejo y secular régimen catalán de regulación de donaciones entre cónyuges, enraizado claramente con la interpretación justiniana de la clásica prohibición, se vea afectado por la nueva situación legal del Código Civil.

No alcanzo a ver cómo se puede involucrar la interpretación de los artículos 20 a 23 de la Compilación catalana con la nueva redacción del Código Civil. si no es porque éste, en giro de veleta, reconozca que o se expresó mal o se malinterpretó la prohibición de los artículos 1.334 y 1.335, se mantuvo una prohibición ahistórica a ultranza, fuera de su tradicional ámbito y contenido. lo que se ha corregido ahora con un giro de veleta. En vez de centrar la cuestión, se ha preferido fabricar una presunción muciana *sui generis* que le ha tocado «en suerte» al régimen de separación. Dará demasiado que hablar, pero esperemos poco que hacer si es reconducida y absorbida por una buena y sensata aplicación de la doctrina del fraude.

También creo que la reconducirá a su lugar el 1.324, si bien, aunque no son del caso, los problemas de coordinar el 1.442 con el 1.324 se plantean algo graves.

El problema que ve el autor no se podrá plantear en Cataluña, una vez que la prohibición de contratos entre cónyuges allí no son tales, ni

son reglas de capacidad, sino simples presunciones en beneficio de acreedores, y ello aunque el 20 habla de nulidad. Obsérvese que se trata de donaciones extracapitulares, lo que nos ubica fuera del ámbito del presente trabajo, y del trabajo que estamos criticando. No existe ninguna limitación para las donaciones capitulares en Cataluña concordantemente con el principio de aceptación de la sucesión contractual y de todo tipo de heredamientos.

2. Luego el autor refiriéndose al régimen de comunidad de gananciales en Cataluña y entre catalanes afirma que ha entrado en vigor el Código Civil (6).

Cierto que en la nueva sociedad de gananciales los cónyuges pueden contratar libremente, pero no ha de olvidarse que tal posibilidad no depende del régimen económico, era problema de capacidad, según parecía deducirse de la doctrina más rígida. Y aunque un catalán pactara régimen de gananciales, su capacidad no se veía afectada por él, salvo el supuesto más que discutible de renuncia a su propia ley personal expresa, o en el factible de asumir tales prohibiciones de Derecho común como prohibiciones capitulares, sin perjuicio de su más que dudosa aplicabilidad a terceros en Cataluña y en relaciones entre catalanes. Nunca hubo limitaciones directas para las donaciones catalanas o para los contratos capitulares entre cónyuges, excepto algunas especiales que no son del caso, de carácter fraudatorio.

3. Como consecuencia de su intento de aplicación, aun supletoria, de las presuntas normas imperativas del Código Civil tras la reforma, es a partir de ahí donde me parece que el autor, por expresar su personal *desideratum*, pierde el hilo de su bien trabado trabajo.

(6) No es claro que en el 52 de la Compilación catalana entre el Código Civil como derecho *per relationem*. Me remito a doctrina catalana y más versada infinitamente que yo en el Derecho del Principado. Este no dice sino que en régimen legal catalán de separación la sociedad de gananciales sólo es capitular, y que se regirá por lo pactado. En primer lugar, por el propio capítulo, y en su defecto, supletoriedad, por la sociedad de gananciales. Siempre el Código Civil suplió al pacto, nunca a la Compilación, que sólo da una norma permisiva. Tal permisividad hace que las normas imperativas de la sociedad de gananciales, como régimen legal común, pudieran ser tranquilamente obviadas por pacto en contra entre catalanes: en este caso, antes, como ahora, para los catalanes, la sociedad de gananciales es sólo capitular, y su interpretación y, en su caso, integración, es sólo capitular. Como tales, siendo catalanes, al capitular pueden evitar —en tesis del propio autor— las normas imperativas de la sociedad de gananciales, pareciendo que defiende que las pueden evitar porque sean catalanes; yo creo que no por vecindad, sino hoy por ser un régimen capitular para ellos. Si no lo hacen es porque el 52 de la Compilación catalana no es bilateralizable con el viejo 1.317; los catalanes sí podían y pueden decir que entre ellos habrá sociedad de gananciales sin más, en cuyo caso la sociedad de gananciales se aplica de conformidad con el 52 de la Compilación catalana, y así el correspondiente de este 52 catalán es el 1.435-2.º actual del Código Civil.

Menciona que se han introducido novedades enteramente novedosas en nuestro ordenamiento, cuya raíz constitucional podría, dice, inclinar a su supletoriedad, salvo particulares variaciones, y en espera de la revisión de las compilaciones que deberán adaptarse al nuevo régimen constitucional.

Ignoro a qué preceptos constitucionales puede hacer referencia. Desde luego, no a la disposición adicional primera: ... ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales... Se ha podido decir que la vigente Constitución es la más historicista de todas las españolas. El Derecho foral, de sobra es sabido, es un Derecho histórico, y como tal, muy poco propicio, por consuetudinario, a las modificaciones «novedosas». Tampoco he de insistir aquí en la importancia de la costumbre, aun contra ley, en algunos territorios históricos.

Sencillamente, el sistema normativo es distinto. Para el autor comentado debe de sonar a herejía todo el libro preliminar, título primero, de las fuentes del Derecho navarro, y el mismo título preliminar aragonés. Imposible le hubiera sido encontrar en Navarra y Aragón un elenco de prohibiciones capitulares y normas imperativas que imponen prohibiciones capitulares tan extensas como el que menciona.

Volviendo a la Constitución, y para corroborar el aserto de la disposición adicional primera, el 149, no se olvide nunca que en sede de competencias estatales exclusivas, atribuye al Estado la legislación civil, salvo el 149-1-8, es decir, las forales, donde no tiene tal competencia. Por ello, se hizo innecesario en la última reforma un artículo como los que se agregaron a modo de coletilla a la reforma de 1974 y las expresas declaraciones sobre la reforma de 1975, indicando que era una reforma del Código Civil nada más, por tanto, sólo del Derecho común. Prueba de ello es que el Gobierno ha ¿sugerido?, ¿ordenado?, ¿rogado?, la reforma de la aragonesa y balear. ¿haciendo renacer el viejo artículo 13 del primitivo Código Civil? No lo puede hacer Navarra, por ser territorio histórico de régimen especial constitucional: ni la euskalerría, por ser territorio histórico; ni en Cataluña, por la disposición adicional primera, el 149-1-8 de la Constitución, y al haber asumido en exclusiva dicha competencia, lo mismo que en Euskadi, la Comunidad Autónoma. La Constitución de ninguna manera, dado su carácter historicista, autoriza a hacer una tabla rasa generalizante, armonizadora y equiparadora en esta materia. Otros argumentos constitucionales, por sobra conocidos, dejamos de examinar.

La supletoriedad del 149-3, *in fine*, de la Constitución no puede traerse a colación de ninguna manera. Ni aun el famoso «en todo caso» del citado precepto nos puede servir para atraer al Derecho común el foral o para hacer que el «Derecho estatal» sea supletorio del foral.

Leído sin pasión el número 3.º del 149 de la Constitución, se ve, como se deduce también de los comentarios y precedentes, que el citado precepto no se refiere sino a lo que en sistemas federales se llama competencias residuales. Y resáltese que se regula dentro de la competencia exclusiva del Estado, y que precisamente las competencias residuales son atribuidas a las Comunidades Autónomas.

Esto ya de entrada nos saca del problema a Navarra, que no es Comunidad Autónoma, sino territorio foral de presente (al promulgarse la Constitución ya lo es y era), y quizá con argumentos también muy contundentes a euskalerría, adicional primera, derogatoria segunda, referida a las Leyes de 1839 y 1876, que permiten reconocer a euskalerría como territorio foral desde ya, uno *ictu*, con la aprobación constitucional e incluso con efecto retroactivo para su equiparación al territorio histórico navarro.

La inaplicabilidad a Cataluña con su Estatuto en la mano no requiere comentario alguno. Por otra parte, la referencia al Derecho estatal como supletorio «en todo caso» merece un comentario más detenido. La contraposición tradicional en nuestro Derecho, a lo largo de la larga y ardorosa polémica, ha sido siempre Derecho civil o Derecho común y derechos forales o especiales hoy. Introducir en la discusión como argumento la frase ambigua Derecho estatal, no hace sino que nos tengamos que referir a los puntos anteriores de la abigarrada redacción del propio artículo 149-3 de nuestro primer texto.

Obsérvese que en él no hay puntos y aparte: ello implica que los tres puntos seguidos en que se divide han de ser interpretados entre sí, sin imponer una ruptura de orden que hubiera exigido un punto y aparte u otro punto especial, que hubiera sido el cuarto dentro del 149. Obsérvense los tres puntos del 149-3:

1.º Materias no atribuidas al Estado...

2.º Competencias sobre materias no asumidas por los Estatutos..., en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas; «éstas» tiene gramaticalmente que referirse a las Comunidades Autónomas.

3.º Punto tercero o de cierre: supletoriedad del Derecho estatal. En cuanto no puede haber un vacío normativo, es propio de todo Estado, aun federal, la normativa de cierre que puede atribuirse o al Estado o a las Comunidades Autónomas, como en nuestro caso. Pero mientras las Comunidades Autónomas no legislen entra ahí el «en todo caso» del último punto, y también quizá en conflictos entre legislaciones interregionales en materias no forales.

Obsérvese el punto segundo en todo lo no asumido por las Comuni-

dades Autónomas en sus Estatutos; tiene preferencia exclusiva la norma estatal, salvo las materias de competencia exclusiva de los Estatutos, y esto es el Derecho foral, según la adicional primera y Estatutos vasco y catalán. El propio Estado, al regular la competencia exclusiva suya, se declara incompetente en Derecho foral; luego el punto a aplicar para la normativa foral no es el tercero, sino el segundo, del comentado 149. El tercero no es aplicable a una legislación civil foral, porque difícilmente el Derecho estatal puede ser supletorio en una materia en que la propia legislación estatal se declare incompetente. No es aplicable al Derecho foral el punto tercero del 149-3, que es y tiene su ámbito en la legislación estatal, no civil, donde no hay salvedad de incompetencia, única salvedad de incompetencia que aparece en el artículo 149, dedicado a competencias estatales exclusivas.

Además, los derechos forales son históricos y caben en la adicional primera, que se puede fundadamente defender, no aplicable solamente al régimen político administrativo del País Vasco y Navarra, sino extensible a todos los regímenes de los derechos históricos forales.

No admitido el anterior argumento, nunca se le llamó al Derecho civil, para contraponerlo al foral, Derecho estatal, pues estatal es también el foral, ya sea consuetudinario, como estatal de los antiguos reinos peninsulares (estatal, de vigencia continuada consuetudinaria, diría yo), ya sea de reciente formulación: y esto precisamente es lo que no puede hacer el Estado, de conformidad con el 149-1-8 de nuestro primer texto. ¿Cómo se le puede contraponer entonces el Derecho de las comunidades forales al civil estatal, ya que todavía no han legislado en materia foral? ¿O es que el civil devendrá supletorio del foral tan pronto vayan legislando sobre éste las Comunidades Autónomas, y sólo en aquello en que de nuevo legislen las Comunidades Autónomas? Extraña supletoriedad de futuro sería, que indicaría una coexistencia de las normas supletorias tradicionales de las compilaciones forales vigentes y del nuevo Derecho estatal —o lo sería también el antiguo— con relación a la nueva legislación foral de las Comunidades Autónomas. El embrollo no puede ser mayor, cualquiera que sea la interpretación, por muy restrictiva que se dé al «desarrollar» del 149-1-8. Por más lecturas que se hagan del 149-3, la interpretación está bastante clara. Sencillamente, el 149-3 no puede aplicarse, ya que es norma de futuro y de presente; no puede novar una situación de pasado perfectamente dibujada por la contraposición tradicional civil-foral del 149-1-8, que es escrupulosamente observada por la Constitución. Otra interpretación llevaría al absurdo de que el 149-8 estaría directamente contradicho por el 149-3, *in fine*.

Para esa supletoriedad de golpe que el autor reclama, se debería de haber usado el 150-3 de la Constitución. Y aun así podrán sacarse

argumentos de la propia constitución en contra, cierto que algo más débiles. Sería seguramente una arbitrariedad pensar que el carácter novedoso impone la aplicación general en una materia en que no se es competente para legislar. Interés general que nacería *ex novo* de la propia novedad de la reforma, como si los viejos regímenes económicos matrimoniales forales y la tradición y costumbre que los avalan e interpretan carecieran de instituciones para cubrir con creces la misma finalidad, como los usufructos universales, señorío mayor, derecho de viudedad aragonés expectante y una multiplicidad de instituciones navarras y soluciones catalanas... , ¿o es que la propia reforma ha creado la necesidad, antes y ahora inexistente, y nos vamos a creer y aceptar la existencia de una nueva necesidad inventada? ¿No será mejor interpretarlas como simples normas imperativas que admiten pacto en contrario sin obstáculo alguno en el propio régimen en el cual están creadas y ubicadas, Derecho común?

ARTICULOS 1.319-2 Y 1.320 Y LOS REGIMENES DE SEPARACION FORALES

Inmediatamente después, y por primera vez a lo largo de su artículo, el autor dedica un párrafo a la compatibilidad de los artículos 1.320 y 1.319-2 con los regímenes forales de separación de bienes, aunque parece referirlo sólo a los supletorios de separación y de comunidad que puedan regir en las regiones forales.

Tan rápida y sorprendente conclusión exige un examen mucho más matizado.

Aparte de las puntualizaciones constitucionales que anteriormente hemos intentado, y obsérvese que el Tribunal Supremo recientemente ha declarado el matiz claro constitucional y de aplicabilidad general del título preliminar del Código Civil, creo que debemos examinarlas en atención a distintas regiones y, en primer lugar, por aquélla en que ambos ejercemos.

1. El artículo 1.320 pulveriza, en parte, el artículo 4 de la Compilación balear aplicable a Mallorca, en cuanto que habla de bienes que le pertenecen privativamente, exigiendo la intervención, asentimiento o consentimiento, lo que sea, de un cónyuge no titular, ni siquiera en proindivisión, cosa absolutamente impensable en el régimen balear de separación de bienes.

El párrafo segundo del artículo 4 de la Compilación balear es suficientemente expresivo. No me atrevo a hacer una historia de la norma, para ello me remito a autores mallorquines más competentes que yo en

la materia; sí diré, sin embargo, que tanto énfasis en el párrafo segundo del artículo 4 no tiene más justificación que la defensiva de obtener la eliminación de la licencia marital que fue aplicada en la isla, como en Cataluña, y que rompía totalmente el esquema armónico de su régimen de separación usando unos argumentos de todos conocidos, referidos a la capacidad general de la mujer casada indiferentemente del régimen económico matrimonial. Tan inflexiblemente se interpretaron las normas de los primitivos 60 y 61, que se estimaron suponían cuestiones de capacidad, para cuyo complemento se exigiría la licencia marital indiferentemente del régimen económico; se dijo eran germen de un régimen económico primario, materia de orden público, etc..., y se desligaron de cualquier régimen económico matrimonial. El mismo intento parece repetirse ahora, pero ya de un modo más tecnificado. Ya no son los derechos y obligaciones entre marido y mujer, vieja sección IV, título IV, libro I, sino las disposiciones generales del régimen económico matrimonial al socaire de constituir un régimen económico matrimonial primario. Pero olvidan quienes así piensan que el artículo 13-1 del Código Civil solamente permite la aplicación del título IV del libro I, y las normas que se pretende aplicar supletoriamente se hallan en el título III del libro IV. Aun cuando esto no fuera suficiente, el propio 13-1 exceptiona las normas relativas al régimen económico matrimonial. La simple lectura comparativa del viejo 12, el nuevo 13-1 y el cambio de ubicación efectuado por las presuntas normas de régimen económico primario exonera más comentario para rechazar enérgicamente su aplicación al régimen foral. Ahora sí que las normas están en su auténtica *sedes materiae* más clara, donde siempre debieron estar, en el régimen económico matrimonial del Derecho civil común. Sin ninguna posible proyección a los derechos civiles forales (7).

(7) El artículo 4 de la Compilación balear no hace matización alguna; no podía ni debía hacerlo en un régimen de separación absoluta, pero de ahí a decir que el 1.320 puede entrar de tapadillo por la vía de una carga del matrimonio es decir demasiado. En ningún lugar del Código Civil se dice que el asentamiento sea una carga u obligación del matrimonio; cierto que dentro de algunos límites podría deducirse de las previsiones del 1.362-1.º Sí que es carga, sin embargo, el sostenimiento de la familia. En contra de lo que el autor comentado mantiene. MASSOT bien leído no está diciendo lo que el autor le quiere hacer decir, sino que con evidente influencia de mi maestro LACRUZ está aludiendo a una serie de previsiones o gastos razonables, que dan lugar a la creación de una masa de bienes respecto de los cuales es difícil apreciar una propiedad privativa. Pero obsérvese que el autor recoge esta tesis criticando la desmesurada extensión de la presunción de comunidad del artículo 4 de la Compilación balear, inadmisibles en un régimen de separación. El autor está más o menos centrado en la interpretación de estos bienes y cargas y obligaciones dentro del concepto atenciones de la familia, desarrollando la virtualidad que encierra «contribuir» al sostenimiento en el art. 4 de la Compilación balear. Más o menos, está diciendo lo que ahora dice el 1.441 del Código

No hay posibilidad de introducir aquí, en nuestro régimen de separación, el 1.320 del Código Civil.

Tampoco la referencia a cargas del matrimonio lo permite hacer. Primero, porque el vocablo cargas del matrimonio no tiene por sí un sentido directo, sino referido a la relación jurídica en que está inmerso y siempre referente a algún poder, obligación, deuda o afección de bienes. El Código Civil mejora sensiblemente la regulación de las cargas del matrimonio y permite un tratamiento más correcto de las mismas, y es para los conceptos para los que debe de ser usado el Código Civil, pero ello no es porque sea supletorio. La Compilación balear no podía desplegar toda su virtualidad normativa por el reconocido encogimiento de sus autores. Los vientos que corrían hasta la Compilación aragonesa hacían vaticinar la desaparición de los derechos forales. El «por ahora» del viejo artículo 12, y el felizmente desaparecido viejo artículo 13, eran como una espada de Damocles sobre la cabeza del Derecho foral, y más concretamente para el Derecho balear, por la muy discutida interpretación del artículo 13 viejo del Código Civil. Por otra parte, la interpretación del viejo 12 hizo considerar meta última de las codificaciones balear y catalana desterrar la licencia marital, de ahí su énfasis en la no necesidad de licencia. Cualquier desarrollo del concepto cargas del matrimonio hubiera sido imposible, pues se les hubiera alegado a los compiladores que esto estaba suficientemente definido por el artículo 66 del Código Civil, que regulaba las necesidades ordinarias, y que como incluido en el título IV del libro I era de aplicación indiscriminada e inflexible en todo el Reino.

No se les dejaba opción a los compiladores para más, de ahí su encogimiento, la no definición de cargas del matrimonio e incluso, diría, la presunción de comunidad del artículo 4. Sólo podían mencionar el concepto cargas, y ya que se pensaba que las cargas no dependían del régimen económico, o más bien que se pensaba, se imponía por el viejo título IV del libro I del Código Civil, éste tendría suficiente virtualidad para por sí mismo determinar la solución de los problemas. Por ello entiendo que MASSOT trata el tema dentro de la desmesurada extensión del artículo 4, e indirectamente, dentro de las cargas del matrimonio.

La misma argumentación en Mallorca nos vale para el 1.319-2.º Se está subestimando por el autor comentado el párrafo 2.º del artículo 2 de la Compilación balear, que felizmente emerge triturando al viejo

Civil cuando sea imposible acreditar, y nada más posible de acreditar que la pertenencia de un inmueble.

Si es aplicable un régimen similar al 1.320 en Mallorca con relación a ciertos bienes muebles, no «los muebles» del 1.320, será por la presunción de comunidad del artículo 4, tan criticada en Mallorca.

artículo 13 del Código Civil, ya que si hay una doctrina basada que pueda ser aplicable para los casos del asentamiento, que al autor preocupa, quizá no tanto en las leyes, pero sí en la costumbre balear, que permite interpretar e integrar el artículo 4, párrafo 1.º, de nuestra Compilación (8).

El hecho, como ya digo, de que la Compilación no hable sino de cargas del matrimonio, no hace lógico acudir sin más a las normas del Código Civil con un criterio harto simplista excesivamente generalizador, constitucionalmente inadmisibles y consuetudinariamente innecesario. No sé cómo ni por qué el autor sentencia tan fácilmente la aplicación supletoria a Ibiza y Formentera del 1.320 del Código Civil; gustaría escuchar sus razones (9).

Por otra parte, a mayor abundamiento, el artículo 3, *a sensu contrario*, podría ser traído a colación, porque si en Baleares la dote nunca es obligatoria, significa que las normas sobre la dote, las clásicas romanas *ad sustinendam onera matrimonii*, permitirían acudir para establecer el régimen de atención de cargas del matrimonio antes al régimen de la dote que al nuevo régimen establecido por el Código Civil.

Excluida la supletoriedad del 1.320, un pacto capitular en el que se le faculte a un cónyuge para disponer expresamente de la vivienda habitual, se ha de interpretar capitularmente y no como poder. Pacto innecesario entre mallorquines y perfectamente posible si los nuevos capitulantes son personas sujetas antes a Derecho común que han ganado la vecindad civil balear aun cuando su régimen económico siguiera siendo el de la sociedad legal de gananciales, porque ni siquiera es capitularmente imperativo en el Código Civil.

En este caso, su nueva ley civil, que les permitirá pura y sencillamente excluir la sociedad legal de gananciales, por mayor razón, aun sin excluirla, les permitirá «pasar» del 1.320.

(8) El autor comentado, Notario rural, como yo, sabe que el asentamiento o domicilio común de los esposos mallorquines suele ser adquirido por éstos en régimen de proindivisión, en el supuesto de que haya sido ganado por ambos, por lo cual la pura, tradicional y romana teoría del proindiviso garantiza mucho más al cónyuge mallorquín que el artículo 1.320. Porque con base en el artículo 4 y la costumbre balear, no se precisará un asentimiento del otro cónyuge, sino un puro consentimiento en el supuesto del ciento por ciento de los casos de que la vivienda haya sido adquirida con caudal ganado de consuno en régimen de separación. Si así no fuere, la costumbre balear inveterada de régimen secular de separación de bienes absoluta permite, con base en el párrafo 2.º del artículo 2, interpretar que los cónyuges de condición civil balear están «pasando» pura y simplemente de cualquier limitación impuesta al otro cónyuge y, por consecuencia, del 1.320, que ni se siente ni se necesita.

(9) Si el artículo 66 de la compilación balear remite libremente a los capítulos, y supletoriamente al régimen de separación, no hay por qué prescindir de las facultades de integración de cada régimen tipo. El 66, el 3 y el 2 de la Compilación balear así lo imponen.

Y no digamos ya de un simple poder, que será perfectamente posible si alegan su nueva vecindad civil balear.

Para Cataluña, el régimen derivado de una interpretación conjunta de los artículos 7, 20, 23, 49, 50 y 51, nos lleva a la imposibilidad de aplicar los 1.319-2.º y 1.320 del Código Civil. No cabe resquicio alguno. De no ser suficiente, se puede acudir, como en Baleares, por el 2-2 de la Compilación catalana, a la tradición jurídica catalana. Tanto en Cataluña como en Baleares es común sentir popular, casi como derecho consuetudinario, la compra por mitad proindiviso de la vivienda familiar, y aunque no exista legalmente en Baleares la compra con pacto de sobrevivencia, así se atiende por pacto sucesorio en Cataluña a la finalidad del 1.320, y en Baleares por derecho consuetudinario, una vez que el pacto sucesorio se admite, pero no se desarrolla.

Sin embargo, no creo que hubiera obstáculo en admitir en capítulos, en Baleares, un pacto similar, o no capitular, en documento público, por sus connotaciones sucesorias (10).

No obstante, el «mediante» del artículo 6 de la Compilación balear es obstáculo casi insalvable. Es una lástima que el concepto contrato sucesorio se usare en Baleares sólo para aclarar la naturaleza de la donación universal, olvidando que el acudir a su clásica regulación hubiera permitido llenar algunas evidentes dificultades de la donación universal.

La Compilación balear se asoma muy tímidamente a los contratos sucesorios. Quizá sea la influencia romana o el peso de losa de la prohibición del Código Civil, pero es lo cierto que muestra temor ante ellos. Inversamente al tiempo de la promulgación de las compilaciones aparece la admisión de la sucesión contractual; casi nula en Vizcaya; a través de capitulaciones y donaciones *mortis causa* en el Derecho catalán, con la fuerte limitación del 97-2.º, el temor al contrato sucesorio subyace en el 6 de la Compilación balear, y las críticas conocidas que levantó, basadas en el ambiente contrario a la sucesión contractual; la conocida porfía del artículo 99 aragonés, que mantúvose merced a la cerrada defensa que de él hizo brillantemente conocido autor aragonés, para finalmente llegar a la libertad total y absoluta de contrato sucesorio que campea hoy en la legislación navarra, Ley 172. Mal porvenir le auguro al 1.271 del Código Civil.

Sin embargo, en una capitulación matrimonial mallorquina sí valdría un pacto semejante al catalán de sobrevivencia, incluso de eficacia re-

(10) La doctrina mallorquina consultada refiere el pacto sucesorio a la donación universal, pero ningún precepto dice, y así se interpreta, que haya de referirse a todos los bienes. Quizá influida por la falta de tradición de sucesión pactada, quizá por el carácter necesario de institución de heredero, la doctrina mallorquina no ha insistido, por lo poco que de ella sé, en este punto.

troactiva para bienes antes adquiridos, pues ninguna prohibición hay para ello y menos para los futuros. Al menos, estaríamos ante una donación universal capitular, y haciendo uso conveniente de los bienes reservados (arts. 8-9) podríamos llegar sin dificultad a una sucesión universal contractual con una libertad de pactos sucesorios (art. 13-1).

Ni para Cataluña ni para Baleares es aplicable el 1.320.

Pretender aplicar el 1.320 como imperativo en Aragón iría frontalmente en contra del *standum est chartae* del artículo 3. También del 23-1, «sin otras limitaciones que las que resulten preceptuadas en *esta* Compilación», y del 25-1.

Y respecto del 1.319 basta decir que toda la regulación de las cargas del matrimonio están influenciadas por la Compilación aragonesa (artículos 41, 44, 46 y 47). ¿Dónde dejan hueco para el 1.319?

El régimen de viudedad expectante hace inútil el 1.320 para los bienes privativos del otro cónyuge. La viudedad universal hace innecesario el 1.320, como lo hace el pacto catalán de sobrevivencia y una multiplicidad de pactos consuetudinarios catalanes y aragoneses.

Para Navarra ya es imposible hablar del Código Civil en la materia que éste haya innovado. El artículo 149-1-8 y la disposición adicional 1.^a de la Constitución; la ley 6.^a, específicamente confirmada por la Constitución en su interpretación navarrista, frente a la interpretación restrictiva de autores de Derecho común, huelga más comentario.

Las Leyes 80, 85, 103 y 8 parten de unos condicionamientos y bases tan diferentes del Código Civil, que hacen inútil mayor detenimiento e inaplicables cualesquiera conclusiones del autor comentado. Podríamos decir que allí en capitulaciones, en poderes o como sea, en acto indubitado, como en las legítimas, todo está permitido.

2. La supletoriedad formal que el autor reclama para el 1.320 puede ser bien venida, siempre que sea supletoriedad bien entendida. Pero que no acuda indirectamente el autor al viejo artículo 13 para Baleares. Su supletoriedad implica su inaplicación, pues el problema de la supletoriedad de las disposiciones generales significa aplicación subsidiaria de una norma de diferente ordenamiento para cubrir un vacío; vacío entendido en dos formas concurrentes:

1. Vacío legal.
2. Vacío necesario.

El primero no existe si otras normas atribuyen al mismo supuesto distinta solución. Aunque no se hable directamente de la vivienda habitual. Pues de otra manera, la generalidad de cualquier régimen económico o su tipología completa será rápidamente vulnerada por casos espe-

ciales en él no previstos *expresim*, pero sí por los principios base de cada régimen.

Lo segundo hace referencia a la necesidad. Que una nueva necesidad legal haga sentir un vacío normativo, y que tal precisión se aprecie normalmente en ámbito de Derecho común y de foral, como sucedió, por ejemplo, en el caso de la Propiedad Horizontal, en su día. Pero en materia de régimen económico matrimonial, familiar y sucesorio, será difícilísimo que un Código Civil bien conectado con la tradición histórica que debiera servirle de base, se imponga sobre unas legislaciones forales muy historicistas y consuetudinarias en la materia tratada y quizá más avanzadas que el Código Civil, y bajo un régimen constitucional que consagra el pluralismo en nuestra legislación civil.

Ni una sola de las disposiciones generales de los artículos 1.315 a 1.324 dejan de tener sus precedentes, a veces casi copiados en las legislaciones forales. El novedoso 1.320, no parece tanto si se lee el 72-1 aragonés en cuanto a la finalidad cubierta; el 1.319 tiene clara influencia aragonesa, y ¿qué decir del 1.321 frente a las ventajas forales?

A todos nos gustaría que el apreciado compañero de Felanitx explicara los motivos que tiene para mantener la supletoriedad en Derecho foral de las normas de las disposiciones generales en la actual reforma.

No parece necesario detenernos más en su aserto de estar contenido el 1.317 en el 6-2 del Código Civil. Al 6-2 del Código Civil no se le puede sacar de la teoría tradicional de la renuncia de las leyes. Aunque así fuere y el pacto prohibido por el 1.317 pudiera reconducirse hoy a una exclusión de la ley, no debe olvidarse que un conflicto interregional no da lugar al orden público. No es de orden público que unas normas imperativas construidas por un sistema legal peninsular no se apliquen cuando los sujetos a las primeras hayan cambiado su vecindad o presenten puntos de conexión en cada relación jurídica que aconsejen aplicar la nueva normativa y no mantener la antigua. El conflicto entre los imperativos de un régimen económico matrimonial y las normas imperativas o totalmente permisivas de otro igualmente peninsular, se ha de solucionar ponderando: la mutabilidad de régimen económico matrimonial.

— La mutabilidad de los nuevos puntos de conexión de cada relación jurídica según la clase, no petrificándolos.

— La inexistencia dentro del Reino de orden público interregional.

Prefiero acudir a estos tres criterios a no hacerlo al teritorial, dados los 16-2, 11-1 y 10, considerando, no obstante, el territorial como nuevo punto de conexión si va unido a la nueva vecindad civil de aquel territorio: pero parece preferible acudir a los puntos de conexión.

3. Respecto a la pretendida anticonstitucionalidad de algunas normas (arts. 41, 42, 43 y 44 de la Compilación balear y 53 de la misma), no es tan diáfana como pueda parecer, porque, desde luego, no vale ni para el Derecho ni para un jurista el sistema simplista de pasar la goma borrando legítimo tras la referencia a hijo. El concepto constitucional discriminación exige una cuidadosa matización (cuando la relación presuntamente discriminatoria tenga lugar entre los sujetos declarados constitucionalmente iguales ante la ley) frente al sujeto de que nace su relación, y por vía de este punto de conexión se relacione con otros intereses igualmente protegidos por la Constitución y, sobre todo, en los supuestos de concurrencias múltiples a través de un sujeto que genera la igualdad de aquellos cuya discriminación se reclama (padre, como generante de la igualdad de filiación de los distintos hijos matrimoniales y extramatrimoniales).

Me parece clarísimo, con la Constitución en la mano, que la solución debe ser casuista, territorio por territorio, dentro de los diversos del Reino, e institución por institución. Piénsese que una aplicación indiscriminada de la anticonstitucionalidad, tal y como pretende el citado trabajo, pondría en inminente peligro de hundimiento el régimen de troncaldad, las previsiones diversas en cada región para las segundas nupcias y algunas otras. Que tal pretenda hacer una Constitución marcadamente historicista es, cuando menos, descabellado y, cuando más, absurdo. Sólo un examen detallado de cada Derecho foral y de cada institución foral frente al ordenamiento constitucional, ponderando caso por caso e institución por institución los puntos de conexión de los diversos valores históricos, familiares, consuetudinarios y de todo orden (piénsese que también claramente protegidos constitucionalmente, y defendidos en mayor o menor intensidad histórico-consuetudinaria por la norma estudiada), puede permitir aseverar su anticonstitucionalidad. Y ésta será muy difícil de demostrar con unas normas igualitaristas abstractas, cuyo último ejercicio dependerá de las leyes (art. 53 de la Constitución) en materia sobre la que el Estado no tiene competencia por haberla asumido las respectivas Comunidades Autónomas, o considerarse constitucionalmente que nunca la han perdido los territorios históricos forales. La discusión y sucesivos cambios de la disposición adicional primera son suficientemente esclarecedores.

Es de esperar que las comisiones que se constituyan no caigan en el criterio simplista de borrar en instituciones consuetudinarias la palabra legítimos tras la referencia a hijos, o considerar obsoletas sin más insti-

tuciones plenamente arraigadas en el sentir y la práctica de muchas regiones forales, que defienden intereses constitucionalmente respaldados. Noviembre 1981.

MARTÍN ANTONIO QUÍLEZ ESTREMERÁ
Notario de Manacor

NOTA FINAL.—En fase de publicación del presente trabajo ha aparecido alguno que incide en el objeto tratado. Así, el de GIMÉNEZ DUART, en la *Rev. Jur. Cataluña*, 1982-I, en el que matiza la aplicabilidad del artículo 1.320 a Cataluña. Parece conectarlo con la vecindad civil, lo que le lleva a aplicarlo siempre a los sujetos a Derecho común, aunque por pacto o vecindad estén casados en régimen de Derecho foral. Ya es algo más restrictiva que la tesis del autor comentado en este trabajo. Centra bien el problema en el artículo 14 del Código Civil, pero luego de tratar el problema del tráfico inmobiliario y la dualidad de concepto régimen económico matrimonial-relaciones patrimoniales, llega a una conclusión acertada, pero, a mi entender, corta de alcance: centra la aplicabilidad en la vecindad civil, aunque no sea la misma que el régimen económico matrimonial: solución territorializante potenciando la vis atractiva de la vecindad. Con esa finalidad sería mejor usar por analogía el artículo 16, 2, del Código Civil, reforzado por la propia estructura del 1.320, que no parece de orden público; aún más inaplicable parece el 1.320 cuando los sujetos al Derecho común por pacto estén casados en régimen de Derecho foral.

1. El 1.320 debe ser reconducido al régimen de la sociedad legal de gananciales. En el fondo de las opiniones comentadas subyace la aplicabilidad general a todo régimen del Código Civil de llamado régimen económico matrimonial primario, lo que no está ni mucho menos claro (así, VÁZQUEZ IRUZUBIETA).

Para la pretendida constitucionalización del 1.328 no debe alegarse la Constitución Federal alemana ni la italiana. Ninguna de ellas conocen una partición para la protección familiar semejante a la de los artículos 32 y 39 de nuestra Constitución. División que tiene su importancia en el artículo 53. El primero está sujeto al 53, 1, y el segundo —39—, al 53, 3; no debe de obviarse, y es previo a las doctrinales citas de la Constitución alemana. No se puede olvidar el 53, tachándolo de infortunado o inútil. La ley alemana de equiparación tradujo la igualdad de los cónyuges alemanes. Lo mismo nuestra reforma: pero ésta venía condicionada por el principio de libertad civil y por el artículo 1, 1, que enumera la libertad como valor superior primero, de ahí el subjuntivo del 1.328 —corresponda—.

2. Por otra parte, dejar reducido el 1.320 al régimen legal de gananciales no supone ningún desconocimiento de su finalidad, ni atentado alguno a la moral social. En régimen de participación, porque al ser capitular la libertad prevalece siempre. En caso de la opción del 1.395, porque sólo hay liquidación según las reglas de participación, pasando a regir el de separación.

En régimen de separación, porque los 1.438-1.439 son suficientemente protectores, y por si fuera poco está el 1.441. Aquí, además, sí puede alegarse que la obligación esencial familiar es la convivencia —68 del Código Civil—, y cualquier acto de disposición abusivo que la ponga en peligro implicará incumplimiento, que puede hacer efectivo el 1.318, 2, con la gran amplitud que éste tiene: claro que no habrá protección frente al adquirente de buena fe, pero esto es lo propio que impone el 1.320, 2.

Tampoco se ha de traer a colación la construcción alemana de la protección del hogar familiar: en dicho Derecho los parágrafos 1.365, 1, y 1.395, 1, daban a los Tribunales base suficiente para extender tal protección en régimen de participación cuando uno de los cónyuges hubiera enajenado la totalidad de su patrimonio —sein Vermögen in ganzem (1.395, 1)—, y con esta base, cuando ello sucedía a través del 1.365, 2, y los 1.366-1.368, los Tribunales anulaban tales actos, muy

próximos al fraude. La progresiva ampliación de tal tendencia se ve clara desde el trabajo de DÖLLE (*Revue International Droit Conyore*, 1955, I-II, págs. 610-613) hasta los colosales comentarios del *Munchener Kommentar Familien Recht*, 1978. Faltando en nuestro Derecho una base similar, idénticos efectos pueden lograrse con el binomio 66-1.318, 2, del Código Civil, sin meter en sistemas separatistas el injerto del 1.320.

Por otra parte, una interpretación germanizante de nuestra reforma será muy poco más que docta. La protección del hogar familiar. Constitucionalmente, las situaciones no son comparables por la existencia de los derechos forales.

Pero además, el sistema de protección es diferente.

3. Es mucho más clara la influencia italiana que la alemana en nuestra reforma.

La protección del asentamiento se hace con criterios y medios propios de Derecho privado.

Para el caso de fallecimiento, como aventaja, en todo régimen actúa el 1.321 del Código Civil.

En régimen no capitular de gananciales, el 1.320; en todo régimen de gananciales, capitular o no, el 1.406. La coordinación 1.321-1.406 protege al viudo o ex cónyuge suficientemente.

Para los regímenes separatistas nada hay similar al 1.406. ¿Quizá en ellos no se siente la necesidad de proteger el hogar? Al contrario, probablemente más que en régimen de comunidad. Pero la solución es diversa: no es el 1.320, sino 1.438-1.439 y el párrafo segundo del 1.318. En ellos, *inter vivos*, la protección la da la obligación de atender a las cargas (carga en régimen separatista = necesidad).

El 1.320 no debe de ser tampoco constitucionalizado ni interpretado, ensalzando su finalidad. Opera en la sociedad legal de gananciales. parece una norma de relaciones patrimoniales no oponible salvo si se menciona expresamente el régimen económico matrimonial del disponente cuando deba de actuar fuera del ámbito territorial de derecho común; se enerva capitularmente y por simple separación consensual de hecho, así como por liquidación de la sociedad conyugal, pasando a un régimen separatista, o adoptando sencillamente un régimen económico matrimonial foral, se esté o no sometido por vecindad nueva a derecho foral.

Las anteriores conclusiones se derivan de una interpretación puramente privatista del derecho al asentamiento en la línea que magníficamente marca UMBERTO BRECCIA (*Il diritto all'abitazione*, 1980). Y olvidando interpretaciones germanizadoras sobre textos derogados, conocidos pero que no influye, son en el legislador cuando causa asombro la similitud con textos italianos para gananciales y separación y franceses para participación.

La responsabilidad cambiaria derivada de la letra perjudicada

(Observaciones críticas sobre la «acción de enriquecimiento»)

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: 1. *Planteamiento del problema* 2. *Directivas interpretativas a seguir* 3. *Hipótesis a verificar*—II. LA LEGITIMACION PASIVA DEL ENDOSANTE Y LA CUESTION DEL ARTICULO 525 DEL CODIGO DE COMERCIO: 4. *Introducción a un precepto confuso*. 5. *La pretendida incongruencia del artículo 525: sus antecedentes en el Code de Commerce*. 6. *El «error de recepción»: del artículo XVII de la Ordonnance touchant le commerce a nuestro Código de Comercio vigente*. 7 (sigue) *Precisiones críticas al respecto*. 8. *Primera conclusión: la necesidad de matizar la «visión hipercrítica»*. 9. *El problema de la legitimación pasiva del endosante en los primeros ordenamientos cambiarios germánicos*. 10. *La solución de la Wechselordnung y de las legislaciones cambiarias contemporáneas*. 11. *Referencia al Anteproyecto español de ley cambiaria y del cheque de 1980*. 12. *Las soluciones doctrinales de la cuestión: a) La tesis negativa*. 13. *b) La tesis de la valuta*. 14. *c) La tesis de la provisión*. 15. *Punto de vista a defender: el enriquecimiento depende de la relación subyacente que en cada caso haya motivado la asunción de responsabilidad cambiaria*. 16. *El supuesto del librador* 17. *El caso del aceptante*. 18. *Las hipótesis de enriquecimiento del endosante: criterios directivos para su averiguación* 19. *Referencia a los «supuestos de hecho literales» del artículo 525*. 20. *Conclusión: el endosante puede resultar emisor del título (y, por tanto, «enriquecido») cuando el librador firma de favor*. 21. *Propuesta: hacia una teoría del enriquecimiento basada en la insolvencia anterior y pública de los obligados cambiarios precedentes*. 22. *Superación de las últimas objeciones a nuestra tesis*.—III. NATURALEZA JURIDICA DE LA «ACCION DE ENRIQUECIMIENTO» SANCIONADA POR EL DERECHO CAMBIARIO: 23. *Introducción al problema y trascendencia práctica de su solución*. 24. *Exposición y crítica de las teorías extracambiarias*. 25. *La teoría cambiaria de la «acción residual» de la pretensión cartular originaria: crítica metodológica*. 26. *Teoría de la supervivencia de la acción cambiaria de regreso. Verificación de su consistencia desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo*. 27. *Conclusión*.

I

1. Uno de los más delicados asuntos que presenta nuestro Derecho cambiario es el concerniente a la determinación de la naturaleza jurídica e identificación de los sujetos pasivos de la «acción de enriquecimiento». En nuestra tradición, con formulaciones más o menos explícitas y más o menos acabadas, tales cuestiones se han venido resolviendo a través de la llamada *teoría de la provisión*, a cuyo tenor la pretensión debería tener una naturaleza de Derecho común (por fundarse en una relación extracartular) y podría dirigirse contra aquellos sujetos que se encontrasen provistos (es decir, el librado o el librador que no hubiese cumplido su obligación de provisión), con independencia de que fuesen o no obligados cambiarios. Este planteamiento, que se desprende una *primera* lectura de los preceptos del Código, y muy particularmente del artículo 460, es también el que parece encajar mejor con la herencia cambiaria francesa, de la que, al parecer, somos los más directos seguidores. Con el paso del tiempo, sin embargo, semejante explicación ha quedado un poco envejecida, al menos desde dos puntos de vista: desde el punto de vista dogmático, porque resulta incapaz de dar cuenta correcta de algunos fenómenos que el mismo Código de Comercio prevé [por ejemplo, la exclusión *ex* artículo 456 del ordenador del círculo de legitimados pasivos, siendo así que es él el obligado a hacer la provisión (1)], y desde el punto de vista de su función equilibradora, porque no está en condiciones de evitar ciertos «enriquecimientos» (muy frecuentes en las letras financieras) que encuentran su razón de ser fuera de la provisión (sirva de ejemplo el supuesto de una letra de favor en la que el endosante sea el verdadero creador del título). Por estas razones —que no son más que simples botones de muestra de disfunciones de fondo de la teoría clásica— entendemos que es necesario efectuar una *segunda* lectura del Código de Comercio: una lectura que sea más actual y que al mismo tiempo esté en condiciones de explicar en rigurosos términos dogmáticos la cara oculta de nuestros textos legales. La teoría de la provisión, es cierto, sirve para explicar —y muy eficazmente— bastantes fenómenos; pero tal vez existan tras ella otras posibilidades de entendimiento, un poco más sofisticadas quizá, que además de resolver los problemas «clásicos», nos ayuden a solucionar los propios de nuestro tiempo.

(1) De esta incongruencia, por ejemplo, cobra razón RUBIO, el autor quizá que mejor ha perfilado en nuestra literatura la «teoría de la provisión», quien, sin embargo, únicamente la constata sin esforzarse por salvarla: cfr J. RUBIO: *Derecho cambiario*, Madrid, 1973, págs. 213-214.

2. Las cuestiones que nos disponemos a abordar, tal como han quedado enunciadas, encuentran su marco de discusión —como de todos es bien conocido— alrededor de los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye al perjuicio, decadencia o caducidad de la letra (2). No es éste el momento oportuno de bucear en la historia ni de rastrear analíticamente en los sistemas que ofrece el Derecho comparado; pero incluso el más superficial de los exámenes nos muestra que todos los ordenamientos jurídicos aparecen guiados por el loable intento de asegurar un cierto equilibrio entre el interés de los obligados cartáceos a la seguridad y certeza de las operaciones cambiarias (fielmente representado en el nuestro por el artículo 1.170 del Código Civil, a cuyo tenor el perjuicio del título produce los efectos del pago) y el interés del tenedor de la letra a no empobrecerse por una simple negligencia «burocrática» (expresado en aseveraciones del tipo *nemo cum damno alterius potest fieri locupletior*) (3); al objeto de establecer cierto equilibrio entre estos intereses contrapuestos todos los ordenamientos han ideado un expediente que, aun conduciéndose por itinerarios diversos —las que podemos denominar «vía alemana» y «vía francesa»—, aspira a cubrir una misma finalidad práctica: *evitar el enriquecimiento patrimonial «definitivo» de cualquiera de los sujetos intervinientes o relacionados con la letra de cambio* (4). Nuestro Código de Comercio no es ajeno a esta preocupación y compone un remedio específico en el «conjunto normativo» definido por los artículos 460, 515 y 525, que, como tal, debe ser interpretado *conjuntamente*, y partiendo siempre de un axioma bien afirmado en nuestra cultura jurídica, a tenor del cual el legislador, en principio, no es redundante. El sistema que se deduce de esos preceptos parece (sólo a primera vista, según tendremos ocasión de constatar) que debe adscribirse al ejemplo francés, aunque a la hora de su reconstrucción (o interpretación), siendo confuso y oscuro —*in claris non fit interpretatio*—, entiendo que, más que obsesionarnos

(2) Tres términos éstos que utilizaremos como sinónimos frente al concepto de prescripción.

(3) Cfr., por todos, K. EINERT: *Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im 19. Jahrhundert*, Leipzig, 1839 (reimpresión Darmstadt, 1969), página 248.

(4) Con arreglo a la «vía alemana», el tenedor negligente pierde la acción de regreso contra el librador y los endosantes, pero conserva contra estos últimos o, por lo menos, contra el librador una acción de enriquecimiento (cambiaria o no —es discutible—, pero distinta a la acción de regreso); es la auténtica *Wechselbereicherungsklage*. Según la «vía francesa», el portador negligente conserva la acción de regreso contra el librador hasta tanto éste no logre probar la existencia de la provisión, y (es dudoso) contra los endosantes que se hallen «al descubierto». Remito a G. CASTELLANO: *La responsabilità cambiaria nei limiti dell'arricchimento*, Padova, 1970, págs. 3 y sigs. y 63 y sigs. y la síntesis de las págs. 127-129, para una minuciosa y documentada reconstrucción de la historia y el Derecho comparado relativos al problema.

por su filiación gala, debemos atender a su «finalidad práctica», según ésta ha quedado subrayada.

Y es ésta la directiva interpretativa a la que deseamos sujetar la elaboración de nuestra propuesta, porque, entre otras razones, es ella la única que nos permitirá hacer explícita la *mens legis* (si es que esta fórmula de la tradición quiere decir algo). Nuestro ordenamiento positivo, en este sentido, nos ofrece, además de las directivas hermenéuticas de primer grado, «normas de procedimiento» y «normas de preferencia» interpretativa que en ningún caso pueden ser obviadas. Y atendiendo a este último tipo de normas, el inciso final del artículo 3 del Código Civil es muy claro: en él se da la máxima autoridad, en caso de conflicto, a la interpretación finalista e incluso a la funcional (5). Por consiguiente, la revisión que ofrecemos deberá en todo momento ampararse en esa directiva —«evitar el enriquecimiento definitivo»—, que por ser *ratio legis* (y sobre ello ninguna duda existe en nuestra literatura), es vinculante para el intérprete.

3. Planteado el problema y explicadas las directivas que deben guiar la investigación, sólo nos queda, dentro de este apartado preliminar, enunciar las hipótesis que nos proponemos verificar en el curso del trabajo; tales, en síntesis extrema, son las tres siguientes:

- a) *La «acción de enriquecimiento» es, en nuestro ordenamiento positivo, la misma acción cambiaria que no decae respecto del «enriquecido».* Descartamos, pues, la naturaleza civil o común de esta pretensión (6).
- b) *El criterio de identificación del enriquecido, respecto del cual no decae la acción cambiaria, no puede ser —como viene manteniéndose por la generalidad de los autores— la provisión (o, al menos, no siempre y de manera exclusiva). Fundamentalmente, habrá que examinar la relación subyacente que en cada caso constituye el motivo de la asunción de la responsabilidad cam-*

(5) Sobre estas cuestiones generales y en el sentido de nuestros propósitos, véase el iluminante ensayo de J. WROBLEWSKI: «L'interprétation en Droit: théorie et idéologie», en *Archives de Philosophie du Droit*, 1972, págs. 51-69.

(6) Por razones convencionales y de comodidad utilizaremos la fórmula «acción de enriquecimiento» para aludir al fenómeno de la perduración de la responsabilidad (¿cambiaria?) una vez perjudicado el título. Con ello no queremos perjudicar nada, y en concreto no pretendemos afirmar la existencia en nuestro Derecho de una verdadera *Wechselbereicherungsanspruch*, de lo que tampoco debe inferirse que propugnemos una total asimilación de nuestro sistema al instaurado en 1807 por el *Code de Commerce*. Más bien nuestra hipótesis —que esperamos poder corroborar— es que el legislador español de 1885 ha consagrado un sistema mixto, con «cuerpo francés» y «alma alemana».

biaria (en la mayoría de las ocasiones, pues, será la valuta quien determinará el personaje que ha experimentado el enriquecimiento).

- c) *En rigor, legitimados pasivos de esta pretensión únicamente pueden serlo los obligados cambiarios «enriquecidos».* Es decir, el librador, el aceptante y los endosantes. Quedan excluidos, pues, el ordenador, el domiciliatario y el mismo librado (7).

(7) En rigor, la situación del aceptante es muy diversa de la de los demás obligados, ya que a él no le afecta el perjuicio de la letra: el aceptante responde siempre —y respecto de él persiste la acción cambiaria (directa)— con independencia de que se haya o no se haya enriquecido. Porque es un tema que no vamos a tratar, pero que vamos a presuponer, me permito establecer en esta nota una síntesis de los razonamientos que conducen a la conclusión referida. La tesis es, pues, que *el aceptante no es legitimado pasivo de la acción de enriquecimiento, sino que lo es siempre* —con o sin protesto o notificación (que son deberes impuestos en beneficio exclusivo de los obligados en vía de regreso)— *de la acción cambiaria directa* (que ciertamente sólo podrá deducirse en juicio declarativo, pues la falta de protesto —y en este punto, el tenor del artículo 521 del Código de Comercio es tajante— precluye definitivamente el acceso a la vía ejecutiva). Esta es la opinión sustentada por la doctrina mayoritaria (cfr. J. GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, II, Madrid, 1955, págs. 535-536; M. OLIVENCIA: «La acción cambiaria declarativa en el Derecho español», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor J. Garrigues*, I, Madrid, 1971, págs. 293-294, y recientemente, I. M. LOJENDIO OSBORNE: «El perjuicio de la letra y la obligación del aceptante», en *Rev. der. priv.*, 1980, pág. 622, con información completa de la literatura española en la nota 60, a la que remito). Básicamente, los argumentos alegados en favor de esta solución son los siguientes: (i) en primer lugar —y a mi modo de ver, se trata de la razón medular—, hay que tener en cuenta que, como dice GARRIGUES, el aceptante no se obliga bajo condición de protesto; argumento que no pierde fuerza porque algunos autores estimen que se trata de una simple petición de principio al no hallarse establecido por la ley (así, RUBIO: *Derecho cambiario*, cit., página 172), y no la pierde porque se basa en la estructura misma de la aceptación, que supone el nacimiento de una acción directa del delegatario contra el delegado, y en la significación funcional del protesto, cuyo único objetivo es certificar a los obligados regresivos que el obligado directo no pagó (cfr., por todos, A. HUECK y C. W. CANARIS: *Recht der Wertpapiere*, München¹¹, 1977, págs. 101 y 113); (ii) el segundo argumento nos lo proporciona una lectura *a sensu contrario* del artículo 483 del Código de Comercio, que al no mencionar al aceptante permite pensar que los efectos del perjuicio —i.e., la decadencia— afectan sólo a la acción de regreso y no a la acción directa. Esta misma idea —como ha señalado el profesor OLIVENCIA (*op. loc. ult. cit.*)— resulta confirmada por el artículo 517, II en relación a la notificación; (iii) un último argumento a esgrimir en defensa de la tesis que queremos llevar adelante vendría dado, a mi juicio, por el artículo 480, que no permite al aceptante alegar la excepción de caducidad de la letra. En todo caso, no se nos oculta que el planteamiento aquí sustentado puede ser —y ha sido— blanco de algunas objeciones «positivas», que, sin embargo, no parecen insalvables. En concreto, RUBIO ha querido impugnar su consistencia, entendiéndolo que en nuestro Derecho el aceptante de una letra perjudicada, siendo legitimado pasivo de la acción de enriquecimiento, no lo es de la acción directa, que, a juicio del mencionado tratadista, se habría extinguido por caducidad. En síntesis, sus argumentos son los siguientes: (i) En primer término, el proveniente del artículo 516, a cuyo tenor: «[E]n defecto de pago de una letra de cambio presentada y protestada en tiempo y forma, el portador tendrá derecho a exigir del aceptante...» (cfr. RUBIO, *op. últi-*

Ciertamente —somos conscientes de ello—, el cuadro normativo que emerge de estas proposiciones choca en todos sus puntos con las soluciones que tradicionalmente ha venido proponiendo nuestra doctrina. Mas no por ello debemos llamarnos a engaño y pensar que de nuestras tesis se infiere una versión completamente distinta de las cosas. No. Y en este sentido se hace menester precisar que desde el punto de vista de la resolución de los problemas prácticos este nuevo planteamiento, más que postular soluciones diversas para los «conflictos típicos» (que más o menos continúan recibiendo un tratamiento similar al tradicional) se esfuerza por conseguir certeza y por cubrir las lagunas que pone de manifiesto la realidad de las letras financieras y la utilización discrecional por parte de los operadores de las posiciones cambiarias para fines que no son los originariamente típicos.

II

4. Los problemas con que nos enfrentamos, tal y como han quedado formulados, no los vamos a abordar, sin embargo, de un modo derecho y lincal, sino desde la perspectiva de una cuestión muy singular y acaso la más necesitada de esclarecimiento: la relativa a la *legiti-*

mo cit, pág. 173). A mi modo de ver, este razonamiento no es decisivo, al menos, por dos razones: de una parte, porque no quiere decir que en caso contrario el aceptante no esté legitimado, y de otra —y sobre todo—, porque el artículo 516 se está refiriendo a la acción ejecutiva y no —como aquí se postula— a la acción declarativa (así, GARRIGUES: *Tratado*, cit., II pág. 536, nota 29; OLIVENCIA, *op. loc. cit.*: LOJENDIO, *op. cit.*, pág. 623, etc.). (ii) En segundo lugar, alega RUBIO los artículos 521 y 509, de los que se deduciría que sin protesto no puede subsistir ningún tipo de responsabilidad cambiaria. Mas de nuevo, una mirada más atenta nos revela la escasa consistencia de la argumentación: del artículo 521 no se infiere nada, porque el precepto expresamente se refiere a la acción ejecutiva, y del artículo 509 tampoco, porque la «deducción lógica» que efectúa RUBIO presupone ya que la acción del aceptante está sometida a decadencia, que es justamente lo que se quiere demostrar (este razonamiento lo ofrece RUBIO en *Derecho cambiario*, cit., páginas 173-174). *A fortiori*, esgrimiríamos en favor de la no caducidad de la acción directa la solución del *Code de Commerce*: «Le tiré accepteur —dicen CH. LYON-CAEN y L. RENAULT: *Traité de Droit commercial*, IV, París³, 1901, pág. 318— s'est constitué débiteur direct et personnel du porteur, auquel il ne peut opposer la déchéance, mais seulement la prescription (art. 189)», y también la solución generalmente admitida por los ordenamientos ginebrinos, fieles en este punto al artículo 58 de la Convención (cfr. art. 60 *Legge cambiaria* y art. 53 *Wechselgesetz*). Por último, agregaríamos también en defensa del planteamiento sugerido, la opinión sostenida por los mercantilistas que escribieron bajo la vigencia del Código de SAINZ DE ANDINO: cfr. P. GONZÁLEZ HUEBRA: *Curso de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1853, págs. 335-336, y R. MARTÍ DE EIXALA: *Instituciones de Derecho mercantil de España*, Barcelona⁴, 1865, pág. 242. Escribe este último autor: «No se ve razón alguna porque éste [el aceptante] pudiera esceptionar el haberse levantado fuera de tiempo el protesto, pues únicamente por los intereses del librador y endosantes se hallan marcados los términos de la presentación y protesto»

mación pasiva del endosante y la clarificación del artículo 525 C. de C., bien entendido siempre que la solución de este problema se inicia en el mencionado precepto, pero termina en el artículo 460, II. Conduciendo la investigación por un «sendero comarcal», esperamos poder captar mejor la dimensión real de las cosas, que desde un punto de vista general —es decir, desde el prisma de la «naturaleza jurídica»— sólo serán objeto de atención en la última división del trabajo.

Y yendo ya a la «cuestión específica», hay que comenzar confesando que, ni siquiera en términos de «sistemas cambiarios», es fácil de resolver. Baste recordar al respecto que mientras para la *Ordonnance de Commerce* los endosantes no se liberaban por la negligencia del tenedor, en el *Code de Commerce* se afirmó o se quiso afirmar un criterio bien distinto, no exento ciertamente de abundantes vacilaciones; y en la *Wechselordnung* de 1847 se impuso de modo tajante la solución opuesta. La exclusión operada por el sistema alemán alcanzará en el período sucesivo una notable generalización, que se verá reducida, en tiempos más recientes, por algunos ordenamientos —v. g., la *Legge cambiaria* italiana o las regulaciones de los países escandinavos—, los cuales, de manera excepcional, vuelven a dejar abierta la posibilidad de que el portador negligente se reintegre de los endosantes injustificadamente enriquecidos. El Ordenamiento español —según se verá a continuación— no es ajeno a esa compleja evolución, y de ello dan buen testimonio tanto los desacuerdos doctrinales como el deplorable estado de los textos positivos. Una reciente sentencia de nuestro Tribunal Supremo (STS de 20 de junio de 1981) (8) viene a poner un poco de orden en tan atormentada materia —recuérdese, aunque no sobre este punto concreto, una desafortunada decisión anterior (9)— al pronunciarse a favor de una solución intermedia: *el Código de Comercio —estima el juzgador de casación— acuerda legitimación pasiva al endosante, pero única y exclusivamente en el caso en que haya recibido la provisión*. La tesis —que, obviamente, no podemos compartir— es de notable importancia, por cuanto que definitivamente supera y aísla dos puntos de vista sostenidos por algunos de nuestros mejores especialistas: (i) *la legitimación pasiva del endosante que recibió valuta, pero no la entregó* (GARRIGUES, VICENTE Y GELLA), que parece muy frágil, ya que —como se verá en su momento— el problema es que en este caso no se puede en rigor hablar de enriquecimiento; y (ii) *la exclusión absoluta del endosante del círculo de sujetos pasivos de la «ac-*

(8) Para una primera aproximación a esta notable resolución, v. C. PAZ-ARES: «Nota a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1981», en *ADC*, 1982, en prensa.

(9) Me refiero a la célebre Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1948, justamente criticada por GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, págs. 257-259.

ción de enriquecimiento» (RUBIO, GIRÓN). Una de las argumentaciones fundamentales que baraja la referida sentencia es la de los antecedentes del artículo 525; haciéndose eco a este respecto de una idea muy generalizada en nuestra doctrina, a cuyo tenor el mentado precepto, siendo *ab origine* incongruente con el sistema, debería o bien rechazarse («tenerlo por no puesto») o bien reconducirse a los principios de la provisión. Avanzamos, ya que a nosotros no nos convence totalmente esta interpretación, y que por ello nos disponemos ahora a efectuar un somerísimo reconocimiento histórico del problema, que en ningún caso pretendemos exhaustivo ni definitivo. Un breve examen histórico, del cual adelanto ya las conclusiones: *no es nada seguro que la legitimación pasiva del endosante concedida por el artículo 525 del Código de Comercio sea el producto de un simple error histórico de recepción; y que aun siéndolo, resultaría afortunado, porque nos regala una disposición razonable y (por tanto) aplicable a ciertas hipótesis que sin duda no fueron las previstas por el legislador decimonónico* (10). Examinamos, pues, primero, cómo se produjo ese pretendido «error de recepción», intentando al respecto matizar las opiniones tradicionales, e indagamos después las hipótesis de «enriquecimiento» del endosante, al que será aplicable el precepto y sus concordantes dentro del Código.

5. Nuestro Derecho positivo parece, en principio, incongruente: el artículo 483 (y confróntese también el 467, 517, II y el 537) señala de modo tajante que el tenedor de una letra perjudicada «perderá el derecho a reintegrarse de los endosantes», mientras que el artículo 525 parece desmentir el rigor de ese mandato al cancelar el efecto de la caducidad, del perjuicio «respecto del endosante que [...] se hubiese saldado del valor de la letra en sus cuentas con el deudor o reembolsado con valores o efectos de su pertenencia». Esta es la incongruencia que pretende salvarse, afirmando que el artículo 525 es producto de un «error de recepción». Pero ¿cómo se fragua ese «error»?

El artículo 117 del *Code de Commerce* de 1807 establecía en su

(10) El error histórico a que me refiero —y siempre en los mismos términos— ha sido puesto de manifiesto, en primer lugar (y de cuanto nos consta), por R. GAYOSO ARIAS: «Letra de cambio: Interpretación del artículo 525 del Código de Comercio», en *Rev. Der. Priv.*, 1924, pág. 172, a quien han seguido J. M. EIZAGUIRRE: «La trascendencia de la relación causal en el Derecho cambiario español», en *Revista Der. Priv.*, 1966, págs. 909-910; RUBIO: *Derecho cambiario*, cit., págs. 210-211; V. CUÑAT EDO: «La interpretación de los artículos 460 y 525 del Código de Comercio y los derechos del tenedor de la letra perjudicada», en *ADC*, 1976, páginas 716-717, y últimamente, G. J. JIMÉNEZ: «Reflexiones sobre la 'acción de enriquecimiento' ante un proyecto de reforma del Derecho cambiario español», en *Revista Der. Banc. y Burs.*, 1981, págs. 86 y sigs. y 92-95.

párrafo 3.º que «[S]oit qu'il y ait ou non acceptation, le tireur *seul* est tenu de prouver, en cas de dénégation, que ceux sur qui la lettre était tirée avaient provision à l'échéance: sinon il est tenu de la garantir, quoique le protêt ait été fait après délais fixés». Advuértase que la palabra «solo» que hemos subrayado es muy significativa; no figuraba en el proyecto y fue añadida en el último momento para evitar todo tipo de dudas en la interpretación, pues el texto legal vigente anteriormente —la Ordenanza de Colbert— adosaba tal prueba —como veremos más adelante— no sólo al librador, sino también a los endosantes (11). Esta norma sobre la provisión encontraba su congruente desarrollo en el artículo 168, en el que se establecía que pasados los plazos para la presentación, el protesto y la notificación, «le porteur de la lettre de change est déchu de tous droits contre les endosseurs». Precepto éste, el 168, que, por mediación del artículo 490 del Código de Comercio de 1829, llega a nuestro actual artículo 483, a cuyo tenor —según decíamos— el endosante se libera de toda responsabilidad con la decadencia del título (cuyo espíritu reitera el art. 517, II) (12). Tales preceptos del *Code*, por otra parte, eran perfectamente coherentes con los artículos 115 y 116, en los que, respectivamente, se establecía al librador como *único* destinatario de la obligación de provisión y se consideraba hecha la provisión cuando el librado resultase ser acreedor del librador. Preceptos que nuestro Ordenamiento acoge casi literalmente, primero en los artículos 448 y 450 del Código de Sainz de Andino y después en los artículos 456 y 457 del Código de Comercio en vigor. En ese conjunto sistemático de preceptos se observa que todo el sistema del *Code* se funda en la idea de que *sólo los endosantes pueden considerarse liberados frente al tenedor negligente* y en el pensamiento simultáneo de que *el librador que no ha cumplido la obligación de provisión que sólo a él le corresponde no sufre ningún daño por la falta de protesto o de otras formalidades que motivan el perjuicio de la letra*.

Pero, liberados los endosantes —el tenor del art. 483 es clarísimo—,

(11) Recojo estos datos sobre la «modificación de última hora» de CASTELLANO: *La responsabilità cambiaria nei limiti dell'arricchimento*, cit., pág. 17, nota 31. Esta voluntad de ruptura con la *Ordonnance touchant le commerce* de 1673 también se observa en el párrafo 2.º del mismo precepto, a cuyo tenor la aceptación «établit la preuve [de la provisión] à l'égard des endosseurs», pues según la Ordenanza, los endosantes [de la misma manera que el librador] no podían rechazar la pretensión del tenedor negligente más que probando que se había realizado la provisión. Por verdad, es inútil este párrafo, pues el artículo 168 del *Code* libera a los endosantes en todo caso, haya o no provisión; de él es, sin embargo, significativa la voluntad de superar la disciplina colbertiana: cfr. E. COHENY y A. DARRAS: *Code de Commerce* anoté, I, París, 1903, pág. 663.

(12) Asimismo, el *Codice di Commercio* de 1865 se sitúa en la «órbita francesa», al reproducir la disciplina del artículo 117 del *Code* en el artículo 203, y la del artículo 168 en el artículo 254.

¿cómo se explica la «resurrección» de su responsabilidad que indica el artículo 525? Hay una explicación, a mi juicio no definitiva, según intentaré demostrar más tarde, que es la que suele aducirse por la gran mayoría de la literatura (13). El orden del sistema que pretendió instaurar el *Code* —se nos dice— viene a romperse con la introducción del artículo 171, a cuyo tenor los efectos del perjuicio del título «cessent en faveur du porteur contre le tireur, ou contre celui des endosseurs qui, après l'expiration des délais fixes pour le protêt, la notification du protêt ou la citation en jugement, a reçu par compte, compensation ou autrement, les fonds destinés au paiement de la lettre du change». Y al romperse el orden del sistema francés, se nos dice, se romperá también el orden de nuestro sistema, pues el Código de Comercio vigente incorpora esa misteriosa norma del artículo 171 en nuestro no menos misterioso artículo 525, con sólo una pequeña diferencia textual: en vez de hablar como el *Code*, e incluso como el artículo 257 del *Codice di Commercio* de 1865, de «fondos destinados al pago de la letra» (es decir, de provisión) (14), habla nuestro Derecho vigente —y por ahora no nos pronunciamos sobre el significado que hay que atribuir a este cambio— del «valor de la letra» (15). Como se habrá advertido, la eventual distorsión sistemática que introduciría este precepto no está tanto en la resurrección de la responsabilidad del librador que recupera la provisión después del perjuicio (ya que desde el punto de vista de la *ratio legis* del artículo 460 da lo mismo que el librador no efectúe la provisión como que la efectúe, pero la recupere más tarde), sino en la *previsión de una responsabilidad de los endosantes que, por efecto del perjuicio, en principio, debieran considerarse liberados* (y al respecto, ya lo avanzamos, lo mismo importará que el endosante reciba el «valor de la letra» después del perjuicio a que lo «reciba antes», por no haberlo entregado en ningún momento).

6. La aludida incongruencia que reproducen todos los sistemas cambiarios de filiación gala se explicaría por un «error de recepción». El legislador francés de 1807, al redactar el artículo 171, reproduciría —de hecho lo reproduce fielmente— el artículo XVII del Título V de

(13) Me remito a los autores, obras y lugares citados, *retro*, nota 10.

(14) Así, por todos, J. M. PARDESSUS: *Cours de Droit commercial*, II, París⁵, 1841, pág. 240.

(15) Para los comentaristas del Código de SAINZ DE ANDINO, el «valor de la letra» del artículo 541 (antecedente del actual 525) no eran sino «los fondos destinados al pago de la letra», es decir, lo mismo que señalaba el *Code*: cfr. P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. REUS Y GARCÍA: *Código de Comercio anotado y concordado*, I, Madrid⁷, 1878, pág. 222.

la *Ordonnance de Commerce* de 1673 (16), cuya justificación —se añade— no podía ponerse en duda en el seno del sistema colbertiano, el cual hacía pesar también sobre las espaldas de los endosantes el deber de garantizar la existencia de la provisión: «les tireurs ou endosseurs des lettres —prescribía el art. XVI de la Ordenanza— seront tenus de prouver, en cas de dénégation, que ceux sur qui elles étaient tirées leur étaient redevables, ou avaient provision au temps qu'elles ont dû être protestées; sinon ils seront tenus de les garantir». La *Ordonnance* —si hemos de atender a la explicación que nos suministra BRAVARD-VERYRIÈRES (17)—, con objeto de robustecer la seguridad del tenedor en el pago de la letra, dispone que los endosantes deben proveer al librado en caso de no haberlo hecho el librador; y la norma, por otra parte, dadas las condiciones del giro cambiario de la época (de ciclo corto y entre profesionales), convenía a los propios endosantes, quienes a menudo efectuaban espontáneamente la provisión para evitar el suplemento de gastos producidos por la acción de regreso. Por lo demás, esta disciplina de la Ordenanza de Colbert se explica también si tenemos en cuenta que el endoso se equiparaba a la sazón con la emisión del título; suponía un nuevo contrato de cambio (18).

Pero muy pronto se advirtió que este sistema —que, en realidad, no difería mucho del nuestro del momento (19)— resultaba tremendamente disfuncional: «tropezaba con el hecho —señala RUBIO, haciéndose eco, sin duda, de BRAVARD-VERYRIÈRES— de que el endosante que había entregado el *valor* de la letra a su antecesor, aunque podía diri-

(16) Que dice así: «Si, depuis le temps réglé pour le protêt, les tireurs ou endosseurs ont reçu la valeur en argent ou marchandises, par compte, compensation ou autrement, ils seront aussi tenus de la garantie».

(17) Cfr. BRAVARD-VEYRIÈRES: *Traité de Droit commercial*, III, París², 1888, páginas 468 y sigs. (*apud* RUBIO, *op. cit.*, pág. 210, y EIZAGUIRRE: *La trascendencia de la relación causal*, cit., pág. 909). Resulta curioso señalar cómo VIDARI, al interpretar el artículo 256 del *Codice di Commercio* de 1865, que también venía a ser una réplica del artículo 171 del *Code*, despacha la cuestión con una amplia cita de BRAVARD-VEYRIÈRES y, por consiguiente, lo tenga por no aplicable respecto de los endosantes: cfr. E. VIDARI: *La lettera di cambio*, Firenze, 1869, páginas 622-623.

(18) «L'endossement était regardé par eux —señala DE ROOVER, refiriéndose al momento— comme un nouveau contrat de change dans lequel l'endosseur figurait comme vendeur et l'endossataire, comme acheteur. En d'autres termes, l'endossement tenait la place d'une nouvelle traite qui aurait eu pour tireur l'endosseur et pour bénéficiaire, l'endossataire. En vertu des vieilles règles qui s'appliquaient au contrat de change, cette théorie donnait automatiquement un droit de recours contre tous les endosseurs précédents, attendu qu'ils étaient réputés tireurs et, par tant, responsables du paiement de la lettre de change»: R. DE ROOVER: *L'Evolution de la lettre de change. XIV^e-XVIII^e siècles*, París, 1953, pág. 116.

(19) Según éste venía disciplinado en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y de San Sebastián de 1766: v. la síntesis que ofrece JIMÉNEZ: *Reflexiones sobre la «acción de enriquecimiento»*, cit., págs. 91-92.

girse contra él y, en último término, contra el librado, encarecía y dilataba el ejercicio del regreso» (20). Y por esta razón desaparecerá en el *Code*.

Mas hasta aquí hemos verificado dos cosas muy distintas: (i) que el artículo XVII (que, no lo olvidemos, será el que pasará a nuestro actual 525) legitima pasivamente al endosante que ha recibido los «fondos destinados al pago de la letra»; y (ii) que el artículo XVI (que no pasará a los códigos) impone también al endosante la obligación de probar que no hubo provisión. A mi juicio, no es seguro que estos preceptos se exijan mutuamente; ni tampoco que el artículo XVII sea una consecuencia del artículo XVI, como viene sosteniendo nuestra doctrina para identificar la incongruencia dentro de nuestro sistema del artículo 525 (art. XVII), en el que falta un equivalente al artículo XVI; o, mejor dicho, en el que se niega la solución de ese artículo XVI (cfr. artículo 456 C. de C.). En una palabra, con esta complicada afirmación queremos únicamente significar que el hacer responsable al endosante «enriquecido» (tal y como lo hace nuestro artículo 525, siguiendo la vía del artículo XVII y del 171 *Code*) no encuentra su fundamento en una hipotética obligación de provisión del endosante (que, desde luego, no existe en nuestros sistemas), sino en otro hecho distinto, que cancelaría la pretendida contradicción del artículo 525. Y de esta circunstancia ya eran conscientes los comentaristas de la *Ordonnance*. He aquí el autorizado testimonio de JOUSSE: «Parce qu'au moyen de cette valeur [es decir, los fondos destinados al pago de la letra que recibe el endosante después del perjuicio de la cambial], ainsi payée en marchandises ou autrement, le tireur ou endosseur qui l'a reçue devient debiteur [he aquí el fundamento de la responsabilidad del girante] de celui sur qui la lettre est tirée, et qui lui a payé la valeur de cette lettre, soit par lui-même, soit par ceux qui'il représente, et aux droits de qui il est» (21).

Una prueba ulterior de que los dos preceptos del *Code Savary* que comentamos no son solidarios —y, con ello, de que el art. 525 no puede considerarse exactamente como producto de un «error de recepción»— nos la suministra el hecho comprobado de que mientras el primero, el artículo XVII, no se discute por los autores del momento por considerarse razonable (y, acaso por eso, pase al art. 171 del *Code*), el segundo —el art. XVI, que asigna también al endosante la necesidad de probar la provisión para liberarse— resulta sumamente discutible para la doctrina de la época; y ello por la simplísima razón de que es disfuncional en el marco del tráfico cambiario al no tomar en consideración las muy

(20) RUBIO, *op. cit.*, pág. 210.

(21) JOUSSE: *Commentaire sur l'Ordonnance du Commerce*; cito por la edición anotada y explicada por V. BECANE, Poitiers, 1828, pág. 167.

diversas posiciones que ocupan el endosante y el librador dentro del círculo cambiario (22). Y tanto es así que ya antes de la promulgación del *Code* el precepto fue «sabiamente» modificado en su aplicación por la jurisprudencia (23).

7. Comprendemos así por qué los redactores del *Code* rectifican el sistema de la Ordenanza en punto al artículo XVI, disponiendo en los artículos 115 y 116 (456 y 457 de nuestro Código de Comercio) que el único obligado a probar la provisión es el *librador* y, sin embargo, deciden dejar intacto —no es que se «olviden» de reformarlo, como suelen aducir nuestros autores— el XVII en el artículo 171 (525 Código de Comercio). Una prueba ulterior de la interpretación que vengo manteniendo nos la proporciona la doctrina inmediatamente posterior al *Code*, en la que se observa que el artículo 171 no comporta ninguna contradicción con los artículos 115 y 116, ni siquiera con el 168 (en el que, como en nuestro 483, se libera a los endosantes de responsabilidad en caso de perjuicio). Es más, los juristas del momento justifican la disposición observando que tanto el librador como el endosante ya no tendrían interés en oponer la excepción de decadencia, pues, habiendo recibido la provisión —«los fondos destinados al pago de la letra»—, no sufrirán ningún perjuicio por la negligencia del tenedor (24).

La explicación, es cierto, no resulta del todo satisfactoria, ya que de algún modo está pensando en algo un tanto insólito: que el endosante llegue a recibir el valor de la provisión (lo cual, a su vez, remite a una situación que el propio *Code*, según hemos visto, quiere superar). Pero algún autor hay que intenta salvar esta incongruencia y que nos pone ya en el buen camino (en la búsqueda de una verdadera «acción de enriquecimiento»). Y así, por ejemplo, NOUGUIER, después de haber justificado el artículo 171 respecto del librador, afirmando que aquel que «toma con una mano lo que ha dado con la otra se reputa no ha suministrado nada, es decir, que no ha efectuado la provisión», se ve constreñido, respecto de los endosantes, a descubrir una *ratio* totalmente

(22) De ello son testimonio inigualable las páginas críticas de G. R. POTHIER: *Traité du contrat de change*; cito por *Oeuvres de Pothier*, IV, vol. 2, según la edición de M. BUGNET, que en la reproducción fotocopiada que obra en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid carece de datos sobre el lugar y fecha de impresión, págs. 545 y 546. Y también las notas críticas de BECANE a JOSSUE: *Commentaire*, cit., págs. 163-164.

(23) Cfr. BECANE, en JOSSUE, *op. ult. cit.*, pág. 164.

(24) V., al respecto, las indicaciones que ofrece CASTELLANO: *La responsabilità cambiaria nei limiti dell'arricchimento*, cit., pág. 21, nota 44. Lo cual no obsta para que el sistema del *Code* sea criticable, pero básicamente por establecer una distribución injusta de la carga de la prueba: cfr. EINERT: *Das Wechselrecht*, cit., páginas 242-249.

distinta; aquella que parece remitirse a los principios de la *exceptio* o *replicatio doli*. En tales hipótesis —escribe el mencionado autor— los endosantes «han recibido dos veces y no han pagado más que una, de suerte que tratan de realizar una *ganancia ilegítima* y, por consiguiente, la decadencia se convierte en una *excepción odiosa*» (25). Esta es la línea interpretativa que nosotros vamos a seguir para tratar de identificar el sentido e incluso la racionalidad del artículo 525 y que ya encuentra un primer argumento en materia de distribución de la carga de la prueba, pues mientras corresponde probar al librador que efectuó la provisión de fondos en el supuesto descrito por el artículo 460 (y ello, lógicamente, porque sobre él pesa dicha obligación *ex art.* 456), en el supuesto referido por el artículo 525, semejante prueba —la del enriquecimiento del endosante— recae sobre el tenedor (26), lo cual, a mi juicio, constituye un nuevo indicio de que no existe verdadera incongruencia, ya que si este precepto —como se nos dice— estuviese pensando en un sistema que impone también al endosante la garantía de la provisión, haría recaer sobre él el *onus probandi*.

8. Somos conscientes, con todo, de que el precepto —el art. 171 *Code* y, con él, nuestro art. 525— no es muy afortunado; pero desde luego no estamos nada seguros —y nos disculpamos por no efectuar una investigación histórica rigurosa, que excedería de los propósitos de este trabajo— de que el precepto sea, como señalan LYON-CAEN y RENAULT, un «reste malencontreux de l'ancienne doctrine qui exigeait, en principe, que les endosseurs prouvassent la provision pour être admis à invoquer la déchéance» (27). Cerramos, pues, este pequeño repaso histórico sin «conclusión», manifestando únicamente nuestras dudas sobre el «error de recepción»; y entendiendo que en ningún caso puede ser un argumento definitivo para considerar «inexistente» el artículo 525 del Código de Comercio. Téngase en cuenta, además, que si bien podría aceptarse que el *Code* partió del equívoco de entender que el endosante,

(25) Cfr. L. NOUGUIER: *Des lettres de change et des effets de commerce en général*, I, París, 1839, pág. 406. Y este renombrado autor considera que lo establecido por el artículo 171 del *Code* nada tiene que ver con la obligación de probar la provisión que imponía al endosante el *ancien régime* cambiario (cfr. *ibid.*, página 405), sino que, por el contrario, reputa que lo dispuesto por este precepto «est de toute justice» (*ibid.*, pág. 406).

(26) Cfr. aquí M. BROSETA PONT: *Manual de Derecho mercantil*, Madrid¹, 1971, página 547: «La prueba del enriquecimiento no corresponde al tenedor cuando se dirige contra el librador [...], pero deberá el tenedor probar el enriquecimiento de los demás sujetos cambiarios si se dirige contra cualquiera de ellos».

(27) LYON-CAEN y RENAULT: *Traité*, cit., IV, pág. 317. Tal es el planteamiento que entre nosotros sigue JIMÉNEZ: *Reflexiones sobre la «acción de enriquecimiento»*, cit., págs. 88-89.

al igual que el librador, podría encontrarse en el caso de tener en su poder «les fonds destinés au paiement de la lettre de change», más difícil parece presumir lo mismo en nuestro Código de Comercio, que, recogiendo la fórmula de SAINZ DE ANDINO, ya no habla de «fondos destinados al pago de la letra», sino de «valor de la letra». Y aunque este argumento no es definitivo, puede, sin duda, avalar nuestra hipótesis, que, repetimos, no damos por confirmada (28). ¿Cómo se resuelve entonces la contradicción entre los artículos 483, 467 y 517, II que liberan a los endosantes de responsabilidad en caso de perjuicio, y el artículo 525 y también el 460, II que parecen resucitarla? La verdad es que, a pesar de las vacilaciones de nuestra doctrina en este punto, no me parece que el problema sea de difícilísima solución; en este sentido —y al margen de otros argumentos que se expondrán más adelante (v. *infra* n. 22)—, se puede señalar que el artículo 525 (como a fin de cuentas viene a reconocer el artículo 482, que debe leerse conjuntamente con el 483) consagra una *excepción* o derogación de las prescripciones generales de los artículos 483, 467 y 517, II cuyo fundamento se encuentra en el enriquecimiento (29).

9. Pero, comoquiera que sea —haya habido error histórico o no—, lo cierto es que el artículo 525 está ahí y es *válido* (o sea existente: no olvidemos que el principio de contradicción, como ha señalado Kelsen, aplicable a las proposiciones descriptivas, no es aplicable a las proposiciones prescriptivas, es decir, a las normas). Me parece, pues, que lo más correcto es «llenarlo de sentido», interpretarlo de acuerdo con la *ratio legis* que inspira el conjunto de los artículos 460, II, 515 y 525, que —como ya sabemos— no es otra que «evitar el enriquecimiento definitivo». Y para averiguar cuál es el sentido que debemos asignar a la disposición nos resulta necesario —aunque parezca paradójico— repasar por un momento la otra línea de evolución de los ordenamientos cambiarios: la «línea alemana». Hasta ahora nos hemos referido a la «vía francesa» y hemos verificado que la disciplina contenida en el *Code Savary* era extremadamente rigurosa para los endosantes y extremamente benevolente para los tenedores (que, por su negligencia, sólo sufrían

(28) Cfr. críticamente JIMÉNEZ, *op. últ. cit.*, pág. 93.

(29) En este sentido, por ejemplo —y con toda naturalidad— se expresa ALAUZET refiriéndose al artículo 171 del *Code*: «L'exception consacrée par l'art. 171 [sin embargo] ne doit pas être étendue au delà de ce que réclame l'équité. Si c'est un endosseur qui a reçu les fonds destinés au paiement, c'est contre lui seulement que cessent les effets de la déchéance, et ils n'en restent pas moins acquis aux autres débiteurs» (I. ALAUZET: *Commentaire du Code de Commerce et de la législation commerciale*, IV, París³, 1879, pág. 379).

perjuicio en la remota hipótesis en que el librado fuese insolvente y que en su insolvencia estuviesen implicados los valores que constituían la provisión). Frente al corte tolerante de la disciplina colbertiana y ya en la misma época comienza, sin embargo, a decantarse el rigor germánico (30). Estamos en el siglo xvii. El desarrollo mercantil del momento es enorme y requiere instrumentos jurídicos más solidarios con el progreso económico; el protestantismo promovido por la reciente reforma luterana —que tanto habría de facilitar el desarrollo del capitalismo, como tan brillantemente ha sugerido MAX WEBER— ofrecía un campo libre de escrúpulos y prejuicios (de los que, por el contrario, tan inundada estaba, merced a los canonistas, la Europa del Sur), totalmente apto para permitir la cristalización de normas severas en materia comercial. Acudimos así a acontecimientos importantísimos en la historia de la letra de cambio, cuya consideración no es gratuita para comprender la disciplina que va a cuajar en materia de enriquecimiento; y entre ellos no podemos silenciar la afirmación definitiva de la validez y eficacia del endoso, como consecuencia de la cada vez más sentida necesidad de negociar la cambial (31); la difusión de la letra como instrumento de crédito independientemente del contrato de cambio y la progresiva desaparición de la cláusula-valor (32). Exigencias éstas que —junto con otras que no es del caso reseñar— conducen a la gradual afirmación de la literalidad, autonomía y abstracción del título cambiario (33). Y esta general evolución —que, por lo demás, representa un lugar común en cualquier manual de Derecho cambiario— incide de manera muy directa en la regulación que va a recibir nuestra cuestión. No olvidemos al respecto que todos estos desarrollos vinieron acompañados o, mejor dicho, constituyeron el presupuesto de la definitiva consolidación de un extremo *rigor formal*. Recuérdese en este sentido que el incumplimiento de la obligación provocaba la *parata executio* e incluso el arresto personal (34). Y si para el deudor cambiario resultaba suficiente firmar un título en el que apareciese el *verbum solemne* «Wechsel» (letra de cambio) (35), para exponerse a tan graves consecuencias, forzoso era establecer también que semejante rigor se compensase con un tratamiento igualmente severo del tenedor negligente. Nos explicamos así

(30) En la exposición sucesiva seguiré básicamente las reconstrucciones que nos ofrecen L. DABIN: *Fondements du Droit changeaire allemand*, Liège, 1959, *passim*, y CASTELLANO, *op. cit.*, caps. 1.º y 2.º En nuestra literatura contamos con la síntesis realizada por JIMÉNEZ, *op. cit.*, págs. 90-91 y 96-99.

(31) Cfr. DABIN: *Fondements*, cit., págs. 15-17.

(32) *Ibid.*, págs. 27-31.

(33) *Ibid.*, págs. 32 y sigs.

(34) *Ibid.*, págs. 24-26.

(35) *Ibid.*, págs. 22-23.

por qué el § 13 de la *Wechselordnung* de Leipzig de 2 de octubre de 1682 —paradigmática de todo un conjunto de ordenamientos cambiarios regionales (Hamburgo, Bremen, Austria, Ausburgo, etc.) (36)— llega a disponer que el tenedor «no sólo no debe omitir nada para cobrar el dinero al vencimiento, sino que queda obligado en caso de impago a protestarla según las reglas. Si omite o retarda el cumplimiento de este deber *pierde su derecho tanto frente al librador como frente a los endosantes* y no puede recurrir más que contra el aceptante...» Es cierto —y esto tampoco podemos olvidarlo— que esta severidad, aunque dominante, no se producía por doquier: ciertas ordenanzas alemanas seguían más próximas al modelo francés; en este sentido se pueden citar las *Wechselordnungen* de Nüremberg (1772) y de Francfort (1739) (37). Mas estas diversidades regionales, al crear desigualdades no justificables y graves problemas en el comercio interregional, iban a ser paradójicamente el mejor acicate para la unificación, cuyo resultado final será la *Wechselordnung* de 1847. Un momento fundamental en todo el movimiento unificador —por la unificación parcial que realizaba y por la hegemonía que va a tener en la Conferencia de Leipzig de 1847— es el *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* de 1794, en cuyo § 974 se halla el germen del artículo 83 de la *Wechselordnung* y, en general, la raíz misma de la *Bereicherungsklage* estricta, desconocida por el sistema francés. En el § 973 del *Landrecht* se disponía que el poseedor de la letra que hubiese dejado transcurrir los plazos para la presentación y omitido las demás formalidades no podía ejercitar ni contra el librador ni contra los endosantes la acción de regreso (advuértase: «acción de regreso»). Podía, sin embargo —a tenor de lo prescrito por el § 974—, hacer valer sus derechos en proceso ordinario (por el valor que hubiese satisfecho —«wegen der gezahlten Valuta»—) contra el librador o los *endosantes*, por lo que éstos hubiesen podido enriquecerse en perjuicio suyo. Se perfilan así dos diferencias de matiz —más tarde veremos que no son esenciales— frente al modelo francés: (i) de una parte, el perjuicio de la letra comporta la pérdida de la acción de regreso (recuérdese que el tenor literal del art. 171 —seguido por nuestro 525— decía: «[L]es effets de la déchéance [...] cessent...»); (ii) de otra, se crea una nueva pretensión, la «acción de enriquecimiento» (la famosa *Wechselbereicherungsklage*), cuyo montante no viene dado por el importe de la cambial, sino por la tasa de enriquecimiento (cfr., además, los §§ 1.014, 1.015 y 1.079 del *Landrecht*). En resumen, parece decantarse una diferencia de perspectiva en el tratamiento del problema: mientras

(36) Los textos originales pueden consultarse en MEISSNER: *Codex der europäischen Wechsel-rechte*, I, Nüremberg, 1836 (*apud* CASTELLANO, *op. cit.*, pág. 42).

(37) *Ibidem*.

los efectos del perjuicio de la letra parecen encontrar en el Derecho alemán una atenuación de su radicalidad (que sería igual a la señalada por nuestro art. 1.170 CC) de tipo *externo* en la *Bereicherungsklage*, el sistema francés no recurre a ese expediente por contar ya con una atenuación *interna* que, en principio, da la impresión de polarizarse sobre la provisión (los fondos destinados al pago de la letra) (38).

10. Este sistema ingeniado por el *Landrecht* sirve de base a la obra unificadora. En efecto, la Conferencia de Leipzig de la que saldrá la *Allgemeine deutsche Wechselordnung* trabaja sobre los proyectos prusianos (primero, el de 1836, y después, el del mismo 1847), en los que se busca a toda cosa suprimir toda referencia a elementos extracartáceos. Constatamos aquí que el § 75 del proyecto de 1847 constituye el origen inmediato del artículo 83 de la *Wechselordnung*, que se promulga, sin embargo, con una notable modificación respecto del proyecto y de la tradición prusiana: se obvia cualquier referencia a la valuta y, lo que es más importante, *se excluye a los endosantes del círculo de sujetos pasivos* (de la «acción de enriquecimiento»). No vamos a detenernos ahora en investigar por qué se optó por esta exclusión en contra de muy autorizadas voces (THÖL, por ejemplo); ni a considerar si se obró «injustamente» —como sostenía LEHMANN (39)—, o si, por el contrario, se actuó de una manera correcta. (Anotamos únicamente que en los Protocolos de la Conferencia se dice que la desviación del modelo del *Landrecht* prusiano se debió al hecho de que resulta imposible imaginar el enriquecimiento del endosante (40).

Esta norma del artículo 83 WO (41), por lo demás, constituye el punto de llegada —aunque no de «no retorno»— de una difícil gestación. Desde ahí, el artículo 83 WO pasará a regir en casi toda Europa: en primer lugar, hallará acogida en el nuevo *Codice di Commercio* de 1882 y, más tarde —tras varios intentos fallidos (el Proyecto Norsa,

(38) Son éstas las conclusiones a las que arriba CASTELLANO, *op. cit.*, páginas 52-53.

(39) Cfr. H. O. LEHMANN: *Lehrbuch des deutschen Wechselrechts*, Stuttgart, 1886, pág. 579.

(40) «[v]on einer Bereicherung bei den Indossanten niemals werde [man] sprechen können»: *Protocolle der Leipziger Wechsel-Conferenz*, 1886, pág. 205, *apud* HUECK-CANARIS: *Recht der Wertpapiere*, cit., pág. 126.

(41) Este era su tenor literal: «Ist die Wechselmässige Verbindlichkeit des Aussteller oder des Acceptanten durch Verjährung oder dadurch, dass die zur Erhaltung des Wechselrechts gesetzlich vorgeschriebenen Handlungen verabsäumt sind, erloschen, so bleiben dieselben dem Inhaber des Wechsels nur soweit als er sich sonst mit dem Schaden des Andern bereichern würde, verpflichtet *Gegen die Indossanten, deren wechselmässige Verbindlichkeit erloschen ist, findet ein solcher Anspruch nicht statt*».

discutido en el Congreso de Bruselas de 1885 por el *Institut de Droit International* y las malogradas Conferencias de La Haya), en los que era evidente la hegemonía de la solución alemana (42)—, pasará a la gran mayoría de los ordenamientos occidentales, que, al amparo del artículo 15 del Anexo II a la *Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets á ordre* (firmada el 7 de junio de 1930 en Ginebra), incorporan al Derecho interno la vieja solución de la *Welchselordnung* (43). En este proceso de asimilación del artículo 83 es preciso anotar, sin embargo, alguna desviación notable: así, por ejemplo, Italia «resucita» en el artículo 67 de su *Legge cambiaria* la legitimación pasiva de los endosantes, mientras Alemania conserva su viejo artículo 83 en el § 89 de la vigente *Wechselgesetz*. Con lo que, al final del camino, volvemos a encontrar en este punto una «comunidad» entre el discutido modelo francés (art. 171 *Code*) y algunos de los más notables exponentes nacionales del modelo alemán.

11. Esta última constatación autoriza a pensar que el artículo 525 del Código de Comercio, en la medida en que legitima a los endosantes, no está tan desencaminado como quizá a primera vista pudiera parecer (sobre todo, a quienes ven en él el producto de un error histórico de recepción). ¿Cuál es entonces la razón de que lo consideremos en el «buen camino»? Son los italianos (y también los alemanes «disidentes» de su propio sistema) quienes deberán explicárnoslo, puesto que, aun alineados en el bando germánico, han acabado por redactar así su artículo 67 *Legge cambiaria*: «Qualora il portatore abbia perduto l'azione cambiaria contro tutti gli obbligati e non abbia contro i medesimi azione causale, può agire contro il traente o l'accettante o il girante per la somma di cui si siano arricchiti ingiustamente a suo danno.» Y suponemos que sus razones tendrán (44). En la medida, pues, en que logremos demostrar la «razonabilidad» de la legitimación pasiva de los endosantes (y, por tanto, la racionalidad en este punto de los arts. 525 y 460, II) encontraremos además un motivo bien justificado para que, al amparo de la reserva, se modifique el texto del artículo 58 del Anteproyecto de

(42) Información suficiente sobre tales intentos en CASTELLANO, *op. cit.*, páginas 79 y sigs.

(43) Como es sabido, en la Convención ginebrina no se logró consenso en esta materia —y por ello se dispuso la reserva— debido a la irreductible posición de los franceses, que seguían polarizando la cuestión sobre la provisión.

(44) La introducción de la legitimación pasiva del endosante, a pesar de contar con voces contrarias, ha sido saludada muy positivamente por alguno de los más reconocidos tratadistas en la materia: cfr., por todos, L. MOSSA: *Trattato della cambiale*, Padova³, 1956, págs. 627-628.

ley cambiaria y del cheque de 1980, en su párrafo 2.º, que, siguiendo el ejemplo de la *Wechselgesetz*, excluye a los endosantes (45). En un meritorio y reciente trabajo, y haciéndose eco de la doctrina más extendida, se ha sostenido la opinión contraria, argumentándose con gran agudeza que no tiene sentido legitimar pasivamente al endosante, puesto que las posibilidades de su enriquecimiento injusto no constituyen más que auténticas «hipótesis académicas» o «de escuela» que «no justifican en modo alguno una especial consideración por parte del legislador» (46). Es claro que para dar crédito a nuestro punto de vista debemos esforzarnos en demostrar que existen (y abundantemente) casos de enriquecimiento del endosante y descubrir su lógica más recurrente. Pasamos a analizar, pues, todas estas hipótesis.

12. Pero planteemos ya la cuestión de *iure condito* y de cara a nuestro Derecho vigente. Para ello, partimos de las posiciones más «extremistas» respecto del artículo 525 del Código de Comercio, que funcionarán como pretexto de nuestra propia exposición. Dos voces —y de las más autorizadas— se han alzado contra el precepto; y con tal vehemencia que —respecto de los endosantes, claro está— lo han considerado como inaplicable y, por consiguiente, lo tienen como no puesto (*lettre morte*, dicen LACOUR y BOUTERON respecto del art. 171 *Code*) (47). Aparte del argumento histórico —la introducción de este precepto se debe a un «despiste» del legislador—, cuya consistencia ya hemos puesto en duda, dos son los argumentos que se han utilizado *contra* el ar-

(45) El texto del Anteproyecto reza así: «El librador y el librado quedarán obligados respecto al tenedor de la letra en tanto en cuanto se hayan enriquecido en su perjuicio, ya sea porque su obligación cambiaria se haya extinguido por prescripción o bien por la omisión de los actos exigidos por la ley para la conservación de los derechos que derivan del título». «*Contra los endosantes, cuya obligación cambiaria se haya extinguido, no tienen lugar tales acciones de enriquecimiento*». De este precepto, ya lo decimos ahora, es criticable el primer párrafo, en cuanto que legitima pasivamente al librado; esta idea proviene del artículo 156 del *Code de Commerce* (postginebrino) y se incorpora a nuestro ordenamiento, en el que el tenedor no es —como sucede en el ordenamiento galo y *ope legis*— cesionario del crédito de la provisión. En este punto, entendemos que habría que seguir el ejemplo alemán; ejemplo que se sigue —y a mi modo de ver, desafortunadamente— en el segundo párrafo, al excluir a los endosantes. Las razones del desacuerdo las estudiaremos, *infra*, número 20.

(46) Cfr. JIMÉNEZ: *Reflexiones sobre la «acción de enriquecimiento»*, cit., páginas 99-100. Con ello, tácitamente, aprueba la línea seguida por el Anteproyecto.

(47) Cfr. E. E. HIRSCH: *Der Rechtsbegriff provision im französischen und internationalen Wechselrecht*, Marburg in Hessen, 1930, pág. 25, nota 4.

título en examen: (i) *es incompatible con el mecanismo cambiario atribuir al endosante legitimación pasiva*: «Ciertamente que el endosante —señala RUBIO (48)— puede haber obtenido, efectivamente, la letra sin entregar su importe. Pero éste constituye problema interno entre él y su endosante anterior que no se refleja en el título...» Sobre ello, nada puede pretender el tenedor, «porque el endosante se ha enriquecido no a costa del portador, sino a costa de su endosante anterior» (49); (ii) *es incompatible con el artículo 517, II C. de C.*: este razonamiento ha sido apuntado por GIRÓN TENA, quien a la vista de lo dispuesto en el precepto últimamente mencionado (50) escribe: «El 525, frecuentemente invocado, me parece que queda excluido por ese párrafo referido» (51). Creo que ambos autores tienen razón en la primera parte de lo que dicen, es decir, en la argumentación, y, aun así, con ciertas reservas; disiento, en cambio, de la segunda parte, de sus conclusiones. En el fondo, si no me equivoco, lo que les conduce a estimar *inaplicable* el artículo 525 es un pensamiento que me atrevería a calificar de «naturaleza de las cosas»; el pensamiento tan a menudo repetido de que resulta casi imposible imaginar el enriquecimiento del endosante (*kaum denkbar*, dice MÜLLER-ERZBACH). Idea ésta que es muy cierta si no la tomamos como aseveración absoluta, y que ha sido puesta de manifiesto por toda la literatura cambiaria con afirmaciones cuyo prototipo muy bien podría ser ésta: *los endosantes no crean, a diferencia del librador, la letra de la nada; ellos sólo la reciben* (52). De estas consideraciones, con todo, obtenemos una directiva importante para resolver nuestro asunto: *el problema del enriquecimiento hay que discutirlo con relación a la emisión del título; con relación a lo que en el caso concreto haya*

(48) RUBIO: *Derecho cambiario*, cit., pág. 208.

(49) *Ibid.*, pág. 209.

(50) «Si el portador de la letra protestada —dispone el artículo 517— dirigiere su acción contra el aceptante antes que contra el librador y endosantes, hará notificar a todos ellos el protesto por medio de Notario público dentro de los plazos señalados en la sección 5.ª de este título para recoger la aceptación, y si se dirigiere contra alguno de los segundos, hará dentro de los mismos plazos igual notificación a los demás. Los endosantes a quienes no se hiciere esta notificación *quedarán exentos de responsabilidad aun cuando el demandado resulte insolvente*, y lo mismo se entenderá respecto del librador que probare haber hecho oportunamente provisión de fondos.»

(51) J. GIRÓN TENA: «Una forma de interpretar los artículos del Código de Comercio sobre la provisión», en *Id.*, *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, pág. 385.

(52) Cfr., para la doctrina italiana, CASTELLANO, *op. cit.*, pág. 293, con indicaciones suficientes en la nota 132. Los alemanes también suelen insistir en el hecho: así, por ejemplo, B. REHFELDT y W. ZÖLLNER: *Wertpapierrecht*, München⁹, 1970, página 97, dicen que la exclusión del endosante del círculo de sujetos pasivos de la pretensión «hat einen ganz einfachen Grund: Bei den Indossanten läuft der Wechsel nur durch»; y afirmaciones de este tenor se hallan por doquier.

sido la causa de su emisión. Ello no implica, sin embargo, que —como hacen los autores mencionados— debamos desechar el artículo 525. Es éste un paso que no es necesario dar para mantener la coherencia del sistema cambiario. Porque imaginemos por un momento que el endosante efectivamente se enriquezca injustificadamente. ¿Qué hacer en tales supuestos? ¿Precluir la vía literalmente abierta por el artículo 525 en relación al artículo 460, II? A mí me parece que en semejantes hipótesis la lógica de una razonable composición de los intereses en conflicto exige algún remedio; y creo también —según intentaré demostrar más tarde— que ese remedio nos lo puede proveer el 525, que en casos de *verdadero enriquecimiento* del endosante (es decir, un enriquecimiento asociado al momento económico de la emisión) resultará totalmente aplicable. Por eso decíamos antes que un pretendido «error histórico» nos puede ayudar a cubrir situaciones manifiestamente injustas (el juicio de injusticia no es personal, sino positivo: el Ordenamiento lo prohíbe, según se deduce de los arts. 460 y 515 C. de C.). En definitiva, «no hay mal que por bien no venga».

13. Otro sector de nuestra doctrina, por el contrario, estima aplicable el artículo 525, pero a supuestos que, a mi juicio —y en coherencia con la directiva avanzada hace un momento—, no pueden caber dentro de su ámbito de aplicación. Y no pueden caber por la simplísima razón de que no hay enriquecimiento; el enriquecimiento es sólo una «ilusión óptica». Afortunadamente, la STS de 20 de junio de 1981 ha venido a poner en claro el error de estos planteamientos, acaso los más extendidos. Me refiero a las tesis según las cuales nuestro Derecho positivo autorizaría a que «esta acción de enriquecimiento sea planteada también frente al endosante que no abonó a quien le cedió la letra el valor de la misma y lo recibió, sin embargo, de su endosatario». Tal posibilidad —continúa GARRIGUES— «parece desprenderse claramente de los artículos 460 y 515, que designan como responsable del reembolso a aquel que aparezca en descubierto de él o a aquel que conservare en su poder el valor de la letra sin haber hecho su entrega o reembolso» (53). Y añade el ilustre autor, tratando de referirse a una hipótesis distinta: «El artículo 525 se inspira en un criterio similar al no exonerar al endosante en caso de letra perjudicada si este endosante, después de transcurridos los plazos de presentación, de protesto y de notificación, se hubiera saldado el valor de la letra en sus cuentas con el deudor o reembolsado con valores o efectos de su pertenencia. La hipótesis de este

(53) GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, págs. 221-222.

precepto es la del [...] endosante que, al ceder la letra, no percibió su valor, quedando [...] el endosante deudor del mismo» (54). El *casus* es verdaderamente extraño (55). A mi modo de ver, no es posible encontrar en él el «enriquecimiento» que es el motivo por el cual el legislador decide hacer perdurar la responsabilidad del endosante: el endosante era acreedor y, por lo tanto, siendo satisfecho, no puede considerarse enriquecido injustificadamente. Pero, en todo caso, aparte de esta situación un tanto marginal, parece que la doctrina está pensando que el supuesto de hecho del artículo 525 es el primero al que nos hemos referido; el del «endosante que al recibir la letra no satisfizo su valor y, esto no obstante, lo ha percibido de su endosatario» (56). Estos planteamientos quedan adecuadamente destruidos por la argumentación del Tribunal Supremo en la anteriormente mencionada sentencia; en lo fundamental, por estas tres razones: (i) el *deudor* de que habla el artículo 525 no puede ser más que el librado o aceptante; (ii) la interpretación histórica conduce a interpretar el enriquecimiento —y esta tesis la matizaremos después— relativamente a la provisión y no a los movimientos patrimoniales que documenta la cláusula valor; y (iii) el enri-

(54) *Ibid.*, pág. 222.

(55) «Es el caso [...] de los giros o endosos —continúa GARRIGUES— hechos con la cláusula 'valor en cuenta' o 'valor entendido'. Si ese [...] endosante, una vez perjudicada la letra, se reembolsa de su importe es como si renaciese el mecanismo de la transmisión cambiaria, y al renacer la letra con ese mecanismo renace igualmente la responsabilidad del [...] endosante» (GARRIGUES, *op. loc. ult. cit.*). Esta hipótesis había sido sugerida por P. HUGUET y CAMPANA: *La letra de cambio*, Madrid⁵, 1969, págs. 301-302: «El librador o endosante que, estando perjudicada la letra, se reembolsa de su importe, es indudablemente porque al verificar el giro o el endoso, en vez de percibir el importe de la negociación, quedó aducudándose su respectivo tomador o endosatario, a causa de haberse efectuado dicho giro o endoso por valor en cuenta o por valor entendido, y como que, mientras esta deuda existe, no cabe decir que con respecto a las personas en ella interesadas haya terminado la operación contratada, es por lo que si el librador o endosante *acreedor* cobra su crédito estando la letra perjudicada por falta de presentación, o de protesto o de notificación de éste, para todos habrá caducado el documento menos para quien en semejante estado perfecciona el contrato en virtud de los pactos particularmente establecidos. En tal caso, pues, el tenedor de la letra perjudicada puede dirigirse contra dicha persona, reclamándole el reembolso y abono de daños y gastos». El error del planteamiento me parece evidente; bastará para confirmar esta impresión repasar las páginas que GARRIGUES dedica a la cláusula valor: cfr. GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, págs. 296-300.

(56) Así BROSETA: *Manual*, cit., pág. 547. En el mismo sentido, E. LANGLE: *Manual de Derecho Mercantil Español*, II, Barcelona, 1954, pág. 189; A. VICENTE y GELLA: *Los títulos de crédito en la doctrina y derecho positivo*, Zaragoza², s. f., páginas 341-342. También en la doctrina italiana ciertos autores quieren explicar el supuesto de hecho de la legitimación pasiva del endosante con esta misma hipótesis: cfr. G. VALERI: *Diritto cambiario italiano, Parte speciale*, Milano, 1938, página 396; G. DE SEMO: *Diritto cambiario*, Milano, 1953, pág. 788, y V. SALANDRA: *Manuale di diritto commerciale*, II, Bologna, 1953, pág. 368. En la literatura alemana que manejo no he podido encontrar afirmaciones similares.

quecimiento del endosante que se halle «al descubierto» no se ocasiona en perjuicio del tenedor de la letra, sino del endosante anterior (57). Hemos dicho que los planteamientos enunciados quedan «adecuadamente destruidos», aunque en realidad —y siendo sustancialmente correcto cuanto ha sentado nuestro Alto Tribunal— no era necesario acudir a ese tipo de argumentos para negar que el supuesto de hecho del artículo 525 es el que estamos considerando. Existe una primera y definitiva razón que cancela esa posibilidad de dirigirse contra el endosante que no haya entregado valuta, pero que la haya recibido; y que consiste en que *semejante endosante en rigor jurídico (en términos de composición del patrimonio) no se ha enriquecido; o, si lo ha hecho, ha sido con «causa» o justamente*. En efecto, las tesis que ven el enriquecimiento en la circunstancia de que el endosante ha recibido la valuta sin haber satisfecho nada al obligado de grado anterior no se dan cuenta de que eso se produce:

- a) o bien porque dicho endosante ha recibido el título *donandi causa*, en cuyo caso no hay enriquecimiento injusto, porque media la «liberalidad del bienhechor», que es la *causa* —al decir del art. 1.274 CC— del negocio gratuito;
- b) o bien porque el endosante —y esta es una hipótesis que suelen referir los tratadistas alemanes ya desde el siglo pasado— ha adquirido la letra de una manera desleal (*unredliche*) o a través de una conducta prohibida (piénsese en una sustracción o con el que se encuentra una letra desaparecida y luego la pone en circulación). Mas en estos casos el remedio conveniente no es el estrictamente cambiario, sino los remedios penales que sean del caso y los civiles generales (art. 1.902 CC) (58);
- c) o bien porque el endosante —y este es el caso que más nos interesa, por ser el más usual y ser en el que están pensando nuestros autores— no ha cumplido sus obligaciones respecto de su endosante precedente; es decir, no le ha suministrado la valuta porque ha incumplido el negocio subyacente. Y aquí es donde radican todos los equívocos. Parece claro, sin embargo, que en rigor no puede hablarse de enriquecimiento, pues éste queda jurídicamente eliminado por la deuda *ex contractu* o *ex delicto* que persiste a su cargo y a favor del obligado ante-

(57) V. *amplius*, PAZ-ARES: «Nota» (a la referida sentencia), en *ADC*, 1982, en prensa.

(58) Cfr., para citar sólo un autor clásico y otro moderno, LEHMANN: *Lehrbuch des deutschen Wechselrechts*, cit., pág. 579, y H. KAPFER: *Handkommentar zum Wechselgesetz*, Mainz-Wien, 1969, pág. 279.

rior (59). No olvidemos que la letra se endosa *pro solvendo* y no *pro soluto*, no habiendo novación de la relación originaria. De tal forma que si —como pretenden nuestros autores— legitimásemos pasivamente a este endosante para la acción de enriquecimiento, estaríamos en realidad provocando su empobrecimiento, pues le haríamos pagar dos veces: una, al tenedor, *ex titulo* y de conformidad con el artículo 525; otra, a su endosante anterior y *ex causa*. Y a rebatir este argumento no alcanza desde luego la crítica de ANGELONI, basada en la observación de que nuestro endosante «habría estado igualmente obligado como endosante si el tenedor no hubiese incurrido en la decadencia de la acción de regreso», pues, como justamente observa CASTELLANO, «el endosante responde siempre en vía de regreso por efecto de la firma [...] puesta sobre el título (en contraprestación de la cual normalmente habrá recibido valuta), sin que pueda tener relieve la relación subyacente con el obligado precedente, de la cual se podrán o no, según los casos, derivar excepciones causales para paralizar la acción de regreso ulterior» (60). El perjuicio de la letra, aun sin convertir al título en mero *Schuldschein*, algún efecto restrictivo habría de tener.

14. Finalmente, descartadas las dos primeras posiciones, debemos todavía considerar una última postura doctrinal sobre este misterioso artículo 525. Este precepto vendría reservado —según una tercera orientación— para aquellas hipótesis (que se consideran «marginales») tales como: (i) el caso en que el endosante, «propietario de la provisión» por haberle sido cedida ésta por el librador, la recupere de manos del librado en ejercicio de una acción causal» (61); o (ii) el supuesto en que «como consecuencia de la celebración entre librador, librado y tomador o posteriores endosantes de pactos y contratos que determinan la novación subjetiva de las relaciones subyacentes en el libramiento o en

(59) Cfr. CASTELLANO: *La responsabilità cambiaria*, cit., págs. 293-294; HUECK-CANARIS: *Recht der Wertpapiere*, cit., pág. 126; KAPPER, *op. ult. cit.*, págs. 279-280. Esta misma idea, que me parece fundamental —y que será recurrente en nuestro planteamiento de esta y otras cuestiones—, a tenor de la cual no hay enriquecimiento si se permanece sujeto pasivo de una acción causal, ni empobrecimiento si se conserva en el patrimonio el crédito (y con él una acción *ex causa*), resulta puesta muy bien de manifiesto por A. LANGE: *Die Wechselverbindlichkeit*, Marburg in Hessen, 1934, págs. 183-184).

(60) Cfr. CASTELLANO, *op. ult. cit.*, pág. 294

(61) Así, CUNAT EDO: *La interpretación de los artículos 460 y 525 del Código de Comercio*, cit., pág. 712; EIZAGUIRRE: *La trascendencia de la relación causal*, citado, pág. 910, y JIMÉNEZ: *Reflexiones sobre la «acción de enriquecimiento»*, citado, pág. 95.

posteriores negocios de transmisión de la letra, asumen los endosantes la titularidad activa y pasiva de dichas relaciones y resultan incumplidores de la obligación de proveer fondos al librado» (62). En resumen, según esta otra interpretación, el artículo 525 quedaría circunscrito a las hipótesis de enriquecimiento de los endosantes *ex* provisión; es decir, a supuestos del todo excepcionales. Sus argumentos capitales vendrían dados por la interpretación histórica basada en la *Ordonnance* (a la que ya se aludió en términos críticos) y, sobre todo, por la identificación de los conceptos de *provisión* y *valor de la letra* (63). Identificación esta última que no sabemos hasta qué punto resulta correcta, sobre todo si procedemos a una lectura sistemática del Código de Comercio.

Nos inclinariamos más bien por pensar —y vamos así introduciendo ya la primera piedra de nuestra reconstrucción— que cuando el legislador utiliza la expresión «valor de la letra» quiere referirse a la *contraprestación por la cual cada personaje cambiario asume su peculiar responsabilidad cartular*. En este sentido, la fórmula en cuestión englobaría tanto la provisión como la valuta; es decir, la relación subyacente que en cada caso constituye la causa de la suscripción del título: normalmente será, es cierto, la valuta (así, en las posiciones del librador y del endosante) (64); pero en otras ocasiones será la provisión (en el caso del aceptante, aunque —como veremos un poco más adelante— este supuesto sólo tiene una relevancia «indirecta» para nuestro tema de la acción de enriquecimiento). Mas —se nos preguntará— ¿de dónde puede inferirse este planteamiento?

Y para contestar a esta pregunta debemos comenzar confesando que nos hemos precipitado en nuestras conclusiones. En rigor, cuando el legislador habla del «valor de la letra» quiere designar el «importe de la letra». Y este importe es el que nos lleva a la afirmación anterior. Esta es la argumentación: cuando el artículo 515 (que como se sabe es uno de los que integra el grupo normativo que disciplina la acción de enriquecimiento) considera enriquecido y, por ende, legitimado pasivamente a aquel que «conservare en su poder el *valor de la letra* sin haber hecho su entrega o reembolso», lo que me parece que pretende significar es que considera enriquecido a quien sin desembolsar nada (es decir, sin entregar el valor de la letra) (65) recibe algo a cambio. En una palabra,

(62) Así, JIMÉNEZ, *op. loc. ult. cit.*, y, en el mismo sentido, la STS de 20-VI-1981.

(63) Cfr. JIMÉNEZ, *op. cit.*, págs. 94-95 e *ibi* ulteriores indicaciones.

(64) Y ésta parece ser la dirección por la que apunta GIRÓN TFNA: *Una forma de interpretar*, cit., pág. 385.

(65) Entregar el valor de la letra significa pagar lo que se nos ha dado a cambio; por eso es normalmente el librador el responsable del pago del título perjudicado, porque si no lo paga no satisface el precio de la valuta que le fue suministrada. Normalmente el endosante no está en esta situación, puesto que él

estima que se enriquece el *librador* porque recibe valuta y no entrega el valor de la letra, sino un «papel»; el *aceptante*, porque recibe la provisión y no desembolsa el «importe de la letra»; y el *endosante* (en el caso de que, como el librador, no haya entregado nada y reciba valuta de su endosatario, en los términos que serán analizados dentro de un momento).

Esta interpretación que proponemos —y sobre la que articularemos toda nuestra propuesta— no carece, por supuesto, de argumentos de orden «positivo» que la avalen: (i) el primer argumento es negativo: cuando el Código utiliza la expresión «valor de la letra» lo hace para referirse a algo distinto a la provisión, pues, como muy bien señala RUBIO, el legislador, siempre que quiere referirse a la provisión, la llama con este nombre (66); (ii) el segundo es un argumento de orden sistemático: cuando en otros preceptos se utiliza la mención «valor de la letra» la significación *inequívoca* que hay que atribuirle es la de —como venimos sosteniendo— «importe de la letra». El artículo 494 es particularmente elocuente al respecto, y de él deducimos además el modo de coordinar el concepto de *descubierto* del artículo 460, II, con la noción de *valor de la letra* de los artículos 515 y 525, y precisamente en el sentido de que el «descubierto» se caracteriza por la conservación del «valor». «Tampoco podrá obligarse —dice el art. 494— al portador, aun después del vencimiento, a recibir una parte y no el todo de la letra, y sólo conviniendo en ello podrá pagarse una parte de su *valor* y dejar la otra en *descubierto*.» *Res ipsa loquitur*. Esta tesis se confirma con una lectura de los artículos 495, 498 y 499 del Código de Comercio, en los que de nuevo se constata la identidad semántica de las expresiones *valor* e *importe* de la letra; (iii) el tercer argumento nos lo proporciona el discutido artículo 491; y en concreto en aquella parte en que habla del «embargo del valor de la letra». No podemos detenernos ahora en averiguar cuál es el alcance exacto de ese precepto, pero en todo caso podemos afirmar con seguridad que frente a la tesis de GARRIGUES, para quien ese valor sería la provisión (67), RUBIO —y a él nos remitimos— ha demostrado con abundancia de argumentos de todo tipo que la expresión alude a la cantidad que importa la letra (68).

normalmente desembolsa el valor de la letra cuando la adquiere. Por ello —como veremos— el endosante será sujeto pasivo de la acción de enriquecimiento cuando materialmente juegue el papel del librador.

(66) Cfr. RUBIO: *Derecho cambiario*, cit., pág. 345

(67) Cfr. GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, pág. 509

(68) Cfr. RUBIO, *op. ult. cit.* págs. 344-346. El argumento se confirmaría finalmente con el artículo 444, núm. 6, del Código de Comercio, con la figura significativamente denominada por la doctrina *dador del valor* (mandatario del tomador y personaje que entrega la valuta), que, según el mencionado precepto, es «aquel de quien se recibe el importe de la letra».

Mas, al margen de estas precisiones —a mi juicio, de peso bastante—, la eventual incorrección de esta tercera solución doctrinal al artículo 525 hay que buscarla en las imperfecciones de fondo de la misma teoría de la provisión. Por consiguiente, la crítica que debamos hacer a esta tesis pasa por una crítica de la teoría de la provisión, al hilo de la cual procuraremos identificar el criterio de determinación del enriquecimiento que, finalmente, nos permita establecer los casos —y veremos que no son tan marginales— en que el endosante, por haberse enriquecido indebidamente, puede ser sujeto pasivo de la acción de enriquecimiento.

15. La llamada «teoría de la provisión», en términos muy simples, postularía la subsistencia de la responsabilidad del pago de la letra respecto de aquel obligado que «conservase en su poder la provisión de fondos». Sería éste: el mismo librador cuando no la hubiese realizado (*ex art. 460, I*); o cuando la hubiese recuperado (*ex art. 525*); el librado que la hubiese recibido (*ex art. 460, II*) (69); o el endosante cuando le hubiese sido cedida la misma o por cualquier motivo hubiese asumido la obligación de proveer (*ex arts. 525 y 460, II*). Y se entiende que esta es la interpretación correcta de nuestro Derecho positivo, *porque sólo en estos supuestos hay enriquecimiento* (que nadie discute como motivo prejurídico y *ratio legis* de los mencionados preceptos). Pues bien, en la medida en que verifiquemos que hay otros supuestos en los que también hay enriquecimiento y que en los mencionados no se produce siempre, habremos restado fuerza a esta teoría, que fracasa ya *positivamente* en el caso del ordenador (enriquecido si no hizo provisión a la que le obliga el art. 456) en la que el legitimado pasivo es el librador); y *lógicamente* se hace inconsistente en el supuesto de un libramiento de favor, en el que el librador no hace provisión, pero tampoco se enriquece. Y no se nos diga que en estos casos sí se enriquece el librador por el crédito *ex causa* que permanece en su patrimonio, porque justamente tal crédito nace con el pago del título.

Pero para abordar definitivamente el tema va ya siendo hora de que hagamos una importante constatación, que nos viene suministrada limpiamente por las conclusiones a las que arriba HIRSCH en relación a los artículos 170 y 171 *Code de Commerce*, que, como se recordará,

(69) Así, GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, págs. 220-221 (implícitamente); RUBIO: *Derecho cambiario*, cit., págs. 212-213; VICENTE Y GELLA: *Los títulos de crédito*, citado, pág. 338; LANGLE: *Manual*, cit., II, pág. 189 (aunque —creo que por error— dice «acceptante» en vez de «librado»); JIMÉNEZ: *Reflexiones*, cit., pág. 93; CUÑAT EDO: *La interpretación de los artículos 460 y 525*, cit., pág. 714; dubitativo, en cambio, EIZAGUIRRE: *La trascendencia de la relación causal*, cit., pág. 908.

constituyen los antecedentes de nuestros artículos 460 y 525, respectivamente. En estos preceptos —señala HIRSCH— «[N]o se ofrece un tratamiento [...] del concepto jurídico de provisión, sino de la cuestión del llamado enriquecimiento tal como lo hace el artículo 83 WO. Según el Derecho alemán, el librador sólo responde del pago de la letra si el tenedor ha llevado a cabo las conductas prescritas por la ley para la conservación del derecho cambiario. Si la letra se perjudica, en principio, el librador se libera. *Sólo permanece obligado frente al tenedor en la medida en que se haya enriquecido en perjuicio suyo.* En el fondo, pues, la única diferencia entre la solución francesa y la solución alemana se encuentra en la diversa regulación de la carga de la prueba. Según el Derecho francés [en este punto seguido por el español: cfr. art. 460], el librador es el llamado a probar que le ha remitido al librado los medios para el pago de la letra, es decir, que no se ha enriquecido. Según el Derecho alemán, debe probar el tenedor que el librador se ha enriquecido» (70). Y de estas consideraciones que he transcrito sólo en sus últimos puntos, dice HIRSCH, se obtiene como conclusión que «a pesar de la utilización de la palabra 'provisión', no existe una diferencia tan grande entre el sistema alemán y el sistema francés como para que no se pueda encontrar una unidad» (71). Y, en efecto, el autor encuentra la susodicha unidad en los siguientes extremos que, por su gran claridad, me permito transcribir y enumerar:

- a) «Existe unidad sobre la cuestión fundamental de que la negligencia del tenedor no debe liberar de su responsabilidad al librador cuando él mismo haya recibido un contravalor (*Gegenwert*) a cambio de la entrega de la letra, pero no haya efectuado ningún gasto (*Aufwendungen*), con los que el librado pueda pagar la letra con cargo al librador.»
- b) «Existe unidad sobre el hecho de que esta responsabilidad se conecta a la emisión de la letra.»
- c) «Existe unidad sobre el hecho de que aquí se debe prescindir de la naturaleza abstracta de la cambial y de que la responsabilidad del librador debe enjuiciarse trayendo a la superficie las relaciones jurídicas materiales que subyacen a la letra.»
- d) «Existe unidad, finalmente, incluso sobre el hecho de que la pretensión [del art. 171 *Code*] es una pretensión de enrique-

(70) E. E. HIRSCH: *Der Rechtsbegriff provision im französischen und internationalen Wechselrecht*, cit., pág 25.

(71) *Ibidem*.

cimiento en el sentido de la *Bereicherungsanspruch* del artículo 83 WO: 'Le tireur, en opposant la déchéance, s'enrichirait au prejudice du porteur' [LYON-CAEN y RENAULT]» (72).

Este esquema —avalado además por otros reconocidos estudiosos (73)— reduce las diferencias y nos autoriza a proseguir nuestra interpretación del Derecho vigente de la mano de la doctrina elaborada a la luz de los sistemas germánicos. En concreto nos proponemos demostrar que en nuestro Derecho positivo —y acaso con más razón que en el *Code de Commerce*, por lo que se dirá más tarde (*infra* n. 22)— *el enriquecimiento y, con él, la cesación de la caducidad de la acción cambiaria de regreso debe ser valorado únicamente en función de la relación subyacente a la obligación cambiaria asumida por cada sujeto* (74). Porque tal es el motivo de la suscripción por su parte de la letra. En concreto:

- a) para el librador, debe sólo valorarse la relación causal con el tomador;
- b) para el librado, en realidad, no hay nada que valorar, pues —a nuestro juicio— no es legitimado pasivo de esta acción, según se demostrará en el curso de la exposición;
- c) para el aceptante debe sólo valorarse la relación de provisión con el librador (75); y
- d) para el endosante debe atenderse a su relación causal con el endosatario.

Analícemos uno por uno y con la mayor brevedad estos supuestos. Y no olvidemos una directiva interpretativa que ya quedó más o menos explicitada en el epígrafe n. 12: el enriquecimiento, en sentido jurídico, no depende de lo que las partes *de facto* hayan entregado o recibido; sino, y únicamente, de lo que, sobre la base de las relaciones causales, *deben* dar o *les es permitido* conservar (76). El enriquecimiento se enjuicia así por el balance del patrimonio, donde se computa de igual manera la posesión de un bien que la titularidad de deudas y créditos.

(72) *Ibid.*, págs. 25-26

(73) Cfr. DABIN: *Fondements de droit change allemand*, cit., págs. 379-380, y R. VOEGELI: *La provision de la lettre de change et son attribution au porteur*, París-Lausanne, 1947, págs. 212-213.

(74) Tal es la hipótesis de CASTELLANO: *La responsabilità cambiaria*, cit., página 253.

(75) Como ya sabemos (v. *retro*, nota 7), el aceptante responde en todo caso y con independencia de que se haya o no se haya enriquecido. La afirmación del texto tiene sólo sentido para determinar un caso de exclusión del enriquecimiento del librador (v. *infra*, núm. 17).

(76) Cfr. HUECK-CANARIS: *Recht der Wertpapiere*, cit., págs. 125 y 127.

16. Vayamos en primer lugar al caso del librador. Para valorar su enriquecimiento —como sabemos— tenemos que estar a cuál haya sido el motivo de la emisión del título. Pues bien, partiendo de ese presupuesto, la provisión es irrelevante para determinar si hay o no hay enriquecimiento del librador. Puede constituir una «pista», mas nunca se convierte en clave de averiguación del problema. *El librador se enriquece sólo por lo que recibe*. Y tal enriquecimiento no lo excluye desde luego la circunstancia de que el emisor haya provisto al librado, porque respecto de él conserva el *crédito disponible* (77). En nuestro Derecho —como es sabido— no hay cesión de la provisión *ope legis*, como desde la reforma de 1922 claramente sucede en el Ordenamiento galo (78), lo cual, en última instancia, supone que el librador goza de *disponibilidad* sobre el crédito (y al respecto —para explicar dogmáticamente el fenómeno— poco importa que se siga la teoría germánica del mandato, que en nuestro Derecho deduciríamos de la *revocabilidad* del mandato de pago (cfr. art. 1.733 CC) (79) o que, por el contrario, se siga la teoría de la delegación, ya que en tales supuestos no ha habido aceptación de la misma, que es lo que convierte el crédito en indisponible (80).

Estas consideraciones, sin embargo, parecen tropezar con el dictado literal del artículo 460, que parece excluir el enriquecimiento (y la consiguiente responsabilidad) del librador cuando demuestre haber efectuado la provisión. Mas la colisión sólo se produce en la superficie. Una lectura más atenta del precepto nos permitirá acceder a otra comprensión más congruente con lo que venimos sosteniendo. Esta lectura la plantearíamos así: *la prueba de la provisión no tiene nada que ver con el asunto del enriquecimiento*; pero, si esto es así, entonces, ¿qué significado debe atribuirse al artículo 460, I? Uno muy distinto dogmáticamente, aunque desde el punto de vista de los efectos prácticos no se observen divergencias: en el artículo 460 se dice que el legitimado pasivo de la acción de enriquecimiento *es siempre* el librador (a no ser que lo sea un endosante que se halle al descubierto), y ello con independencia de que haya o no haya provisto: *la relevancia de la provisión se produce únicamente con relación a la subrogación legal que parece sancionar ese precepto*. En el caso de que el librador haya provisto al librado, no es que no esté viva la acción de enriquecimiento contra el librador (pues él sigue enriquecido al conservar el crédito contra el librado), sino que lo que se produce es la subrogación del tenedor en los

(77) Cfr. CASTELLANO, *op. cit.*, págs. 281 y 289. y A. BAUMBACH y W. HEFERMEHL: *Wechselgesetz und Scheckgesetz*, München¹⁰, 1970, págs. 300-301.

(78) Cfr., por todos, GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, págs. 411-412.

(79) Cfr., por todos, HIRSCH: *Der Rechtsbegriff provision*, cit., págs. 77-78.

(80) *Ibid.*, pág. 81.

derechos del librador a la provisión (mas sobre este punto que ahora afirmamos sin argumentar volveremos en su momento: *infra* n. 26 *sub d*).

Sólo en un caso la relación de provisión parece asumir relevancia de cara al enriquecimiento; me refiero al supuesto en que la provisión desaparezca como consecuencia de la insolvencia en que ha incurrido el librado después del plazo de presentación. En este caso, a primera vista, parece que el haber hecho provisión elimina el enriquecimiento, pues, ciertamente, ya no se puede afirmar sin más que el librador conserva el crédito. Pero de nuevo no hay aquí más que una «ilusión óptica» que no afecta ni un ápice a la consistencia de la tesis que tratamos de defender. En la hipótesis que discutimos —como agudamente ha demostrado CASTELLANO (81)— ciertamente el haber el librador hecho la provisión comporta la eliminación de su enriquecimiento (ya que sólo le queda el crédito al dividendo), mas semejante «eliminación» no se opera en el seno del presupuesto objetivo de la pretensión, en el sentido de que al importe de la valuta haya que sustraer el de la provisión, sino que se produce de un modo externo: la misma acción de enriquecimiento que ejercita el tenedor viene paralizada por la pretensión resarcitoria del librador, por la cuantía de daños que le ha causado la negligencia del portador. Y esto es lo que dice nuestro Derecho positivo en el artículo 537, II: el portador (del cheque) perderá su acción contra el librador en caso de perjuicio, «si la provisión de fondos hecha en poder del librado desapareciese porque éste suspendiera los pagos o quebrase»; y también en el 460, que —si de acuerdo con nuestro planteamiento lo que establece es una subrogación— lo que en realidad está disponiendo es la atribución al tenedor negligente de los derechos que el librador pueda tener en la masa de la quiebra. Esta misma idea, finalmente, resulta confirmada por el artículo 517, II (82). En realidad —y como ya pusiera de manifiesto CASTEIN—, esta es la disciplina típica de la acción de enriquecimiento: *el deudor está tutelado en caso de mora del acreedor contra el peligro de insolvencia del librado* (83).

17. Resta, sin embargo, una hipótesis en la que, efectivamente, la prueba de la provisión tiene efectos liberatorios para el librador; me refiero —obviamente— al supuesto de la letra aceptada. Mas esta con-

(81) Cfr. CASTELLANO, *op. cit.*, pág. 336.

(82) Cfr. HIRSCH, *op. ult. cit.*, pág. 71.

(83) *Apud* K. WIELAND: *Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen*. Basel, 1901; cito por la trad. it. (*La cambiale e i suoi rapporti col diritto civile*, Padova, 1931), pág. 44.

clusión no es inconsistente con la tesis que tratamos de sacar adelante; antes bien, constituye un signo ulterior de su ratificación. En efecto, la liberación del librador se explica por la sencillísima razón de que en este caso el librador no permanece enriquecido porque su crédito frente al librado ha quedado inmovilizado e indisponible por obra de la aceptación: hasta tal punto que incluso en caso de concurso del librador, los síndicos de la quiebra no pueden reclamar del aceptante la devolución de la provisión. La indisponibilidad se explica, a mi juicio —y no es éste el momento oportuno de considerar críticamente otras construcciones (84)—, por el mecanismo delegatorio en que estructuralmente se resuelve la letra: (i) si media aceptación, el delegante no puede revocar la delegación, y (ii) si media provisión, ésta se afecta especialmente al pago por el delegado-aceptante; queda indisponible, porque el librado goza sobre ella de un *derecho de retención* (85).

Bien mirado, este razonamiento más que negar el enriquecimiento del librador, lo excluye afirmando el del aceptante, porque —como es evidente— enriquecido sólo puede haber uno. Con lo cual, de nuevo estamos confirmando nuestro punto de vista, a tenor del cual el enriquecimiento debe valorarse relativamente a la relación subyacente que motiva la asunción de responsabilidad cambiaria; relación subyacente y motivo que, en el caso del aceptante, es la provisión (86).

Este planteamiento no se destruye por el hecho de que en nuestro ordenamiento (no perdurando la acción de enriquecimiento más allá de la prescripción de la acción cambiaria) el aceptante no pueda, en rigor, ser considerado legitimado pasivo de la pretensión de enriquecimiento (salvada, claro está, la opinión contraria de RUBIO) (87); por el hecho, en definitiva, de que responda con independencia del perjuicio del título y de la existencia de provisión. Y no se destruye el planteamiento —repetimos— porque, al menos, sirve para demostrar (que es lo que perseguimos) *la exclusión del enriquecimiento del librador y de su responsabilidad por la letra perjudicada, en el caso de que preste la provisión* (artículo 460, I), sin que ello signifique aceptar los presupuestos de la teoría de la provisión.

(84) V. gr., la teoría del mandato a la que parece remitirse GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, págs. 414-415.

(85) Cfr., cómo no, W. BIGIARI: *La delegazione*. Padova, 1940, págs. 189-190 en nota, y HIRSCH, *op. cit.*, pág. 80.

(86) Clarísimamente J v GIERKE: *Das Recht der Wertpapiere*. Köln-Berlin, 1954, pág. 66.

(87) V. *supra*, nota 7.

18. Vamos ya al último supuesto de los enumerados, al que reviste mayor importancia en nuestro discurso. Partimos —de acuerdo con nuestra propia reconstrucción— de la siguiente afirmación: *el endosante se enriquece por lo que recibe del endosatario*. Pero si el punto de partida es cierto —se nos dirá— estamos incurriendo en contradicción con cuanto sosteníamos, *supra*, número 13, donde concluíamos —rebatando una opinión bastante generalizada en nuestra literatura— que el endosante que no entrega valuta a su transmitente, pero que recibe valuta de su *accipiens*, no está legitimado por el artículo 525 ó 460. Se recordará que fundábamos esta solución negativa en el hecho de que el «supuesto enriquecimiento» del endosante se producía única y exclusivamente *inter partes* y no en perjuicio del tenedor; realmente —precisábamos allí—, el endosante en semejantes hipótesis no se enriquece porque sobre su patrimonio pesa una deuda *ex causa*.

Entonces, ¿cómo se concilian estas consideraciones con la afirmación inicial?, ¿cómo se resuelve la paradoja? Muy fácilmente: este endosante que no entrega valuta, pero sí la recibe, no está legitimado porque su «supuesto enriquecimiento» tiene su origen en un contrato incumplido y no —*que es lo verdaderamente relevante*— en la emisión del título. Y todavía tenemos que añadir algo más: autorizar contra él la acción de enriquecimiento comportaría, en la realidad de los hechos, un verdadero enriquecimiento del librador, que es quien, a fin de cuentas —y como expresivamente apostilla MOSSA—, «ha creado la letra de la nada y estampando en ella felizmente su firma, la ha dotado de un valor económico» que no desembolsa (88). Autorizar la acción de enriquecimiento contra tal endosante supone, en definitiva, desconocer cuál es la auténtica estructura del círculo cambiario, dentro del cual —y con mucha precisión— es menester discernir dos tipos bien distintos de posiciones o relaciones:

- a) De una parte, las que podemos denominar «relaciones intermedias», que agrupan las posiciones de tomador y endosantes. Lo que aquí suceda entre los personajes cambiarios intervinientes para nada afecta a la consistencia económica de la cambial; entre ellos funciona como papel-moneda, de cuya «fortaleza» y eficacia no son responsables una vez perjudicada. Como acostumbra a repetir los autores alemanes —que justamente en razón de esta consideración han excluido a los endosantes en el § 89, II, *Wechselgesetz*—, *bei den Indossanten läuft der Wechsel nur*

(88) Cfr. MOSSA: *Trattato della cambiale*, cit., pág. 627.

durch («cerca de los endosantes, la letra sólo circula»). Los ajustes económicos que entre las partes deban efectuarse para evitar cualquier tipo de enriquecimiento, se instrumentan a través de acciones causales.

- b) De otra parte, tenemos las «relaciones de punta», es decir, aquellas que tienen lugar entre el tenedor y el librador (y a efectos económicos, poco importa que hablemos de librador o de aceptante provisto); entre el acreedor (único acreedor del «valor de la letra») y el deudor (único deudor del título caducado), que lo es —como ya sabemos— por el hecho mismo de la emisión. Los ajustes tendentes a lograr el equilibrio patrimonial no pueden producirse aquí con acciones causales, por lo que para estas situaciones el ordenamiento concede el recurso extremo de la «acción de enriquecimiento».

Pues bien, si las cosas son así —y no parece que puedan ser de manera diversa—, se precipita sobre nosotros una pregunta insidiosa: ¿debemos entonces —como quisiera RUBIO— abandonar definitivamente los artículos 460, II, y 525 respecto de los endosantes, que representan «posiciones intermedias», y cancelar toda posibilidad de dirigir contra ellos la acción de enriquecimiento? La respuesta es, sin embargo, negativa. Más bien, lo que nos exige el razonamiento anterior es aplicar los preceptos mencionados *en todos aquellos casos en los que el endosante material o económicamente aparezca en una «posición de punta»; en los casos en que sea el emitente real de la letra*. Habida cuenta que en la realidad del tráfico se producen «perversiones», es decir, utilizaciones de las posiciones cambiarias para fines distintos de los que les son propios, postularíamos un «levantamiento del velo» de las mismas para aplicarles la disciplina que les es «funcionalmente» propia.

Con esta directiva interpretativa tendremos asegurada la coherencia de todo nuestro planteamiento, que en síntesis: (i) conecta cualquier acción de enriquecimiento al momento de la emisión; (ii) lo valora por la relación subyacente que haya sido la causa de la asunción de la responsabilidad cambiaria en cada caso, y (iii) le importa sólo en la medida en que tal enriquecimiento se haya producido en perjuicio del tenedor (89).

¿Pero hay algún supuesto en que el endosante sea el verdadero emisor del título? En principio —como es evidente—, parece que no. Para saberlo, sin embargo, y como ya anunciábamos, *supra*, número 11, tendremos que dirigir nuestra mirada a los ordenamientos que en este punto se

(89) Por supuesto, este «perjuicio» o «daño» no hay que entenderlo en el sentido del artículo 1.902, sino como sinónimo de «a costa de»: cfr. HUECK-CANARIS: *Recht der Wertpapiere*, cit., pág. 126.

han desviado de la tradición alemana e incluso a los autores que disienten en Alemania de su propio sistema. Y muy concretamente tenemos que fijar nuestra atención en el ordenamiento italiano, que, aun inspirándose en el sistema alemán: (i) en el *Codice di Commercio* de 1882 (cfr. art. 324) no legitimaba expresamente a los endosantes (sólo al librador y al aceptante), *pero tampoco los excluía expresamente*, como hacía la *Wechselordnung*, y (ii) en el artículo 67 de la *Legge cambiaria* vigente (aprobada por Real Decreto de 14 de diciembre de 1933), que, esta vez ya de modo expreso, sanciona la legitimación pasiva de los endosantes.

19. Planteada la línea de la argumentación, suspendemos por un momento su desarrollo, al objeto de ilustrar la discusión con algunos supuestos que nos puede ofrecer la fenomenología de la realidad (supuestos relativamente simples de una extensísima gama de posibilidades que permite la distinta combinación de las diversas posiciones cambiarias). Tenemos para ello siempre presente que el enriquecimiento del endosante vendrá dado por la valuta que reciba de su endosatario, cuando él mismo no ha dado, ni *debe*, nada a los obligados anteriores; o lo da y más tarde lo recupera, siendo claro que cuando no da ni debe nada es porque él, económicamente, aparece como el creador del título (que definimos como el que emite el título de la nada). Pues bien, con esta precisión consideramos ya las que pueden ser (entre otras muchas) *hipótesis literales* del artículo 525. Sin necesidad de mucho esfuerzo, se nos ocurren, cuando menos, estas dos (90):

- a) Imagínese, en primer lugar, que yo soy titular de un crédito contra Ticio y quiero descontarlo. Para ello pido a mi amigo Cayo que libre una letra a cargo de Ticio, que tomo yo y posteriormente endoso. Más tarde —y con independencia de la suerte del título—, Ticio (que quizá ni siquiera sabe que se ha librado una letra a su cargo) me paga cuanto me debía. Sempronio, tenedor negligente del título, ¿contra quién deberá dirigirse? Claramente contra mí, primer endosante, pues me he enriquecido con la valuta que me entregó mi endosatario. Y ello es lo que ordena el artículo 525, cuando hace responsable al endosante que «se hubiese saldado del valor de la letra en sus cuentas con el deudor (librado) o reembolsado con valores o efectos de su pertenencia».

(90) Conviene advertir que normalmente los supuestos de enriquecimiento de los endosantes se producen no en las letras comerciales, sino en las letras financieras.

- b) Imaginemos ahora otro caso, o mejor dicho, tomémoslo de la experiencia. En nuestra práctica bancaria, como ha tenido ocasión de registrar la jurisprudencia, no es desconocido el caso —nos recuerda EIZAGUIRRE (91)— en el que un Banco, por tanto, un eventual endosante, es quien satisface la «provisión» al aceptante. El que libra la letra, es evidente, lo hace con meros efectos de garantía, sin dar ni recibir nada a cambio. Si aquel endosante —el Banco— se reintegrase de la «provisión» (en realidad, sería mejor aquí hablar de «valor de la letra», según vimos, *supra*, núm. 14) con posterioridad a la decadencia de la pretensión cambiaria del tenedor, tendríamos —concluye EIZAGUIRRE— «el supuesto verdadero de enriquecimiento de un endosante a costa del tenedor». Tendríamos el supuesto de hecho «tradicional» del artículo 525.

Hipótesis de esta naturaleza no son difíciles de verificar en el tráfico cambiario y encajan perfectamente en el supuesto literal que delimita el artículo 525 del Código de Comercio. Imaginemos ahora algo mucho más simple: yo libro una letra propia (cfr. art. 446, núm. 3) para favorecer a mi amigo Cayo, que, a su vez, para favorecer a su amigo Ticio, se la endosa a él, quien posteriormente la descuenta (complico las cosas con un doble endoso para que se observe un caso de enriquecimiento del segundo endosante, además de por la necesidad de dos firmas, que exige el art. 178, II del Código de Comercio para el descuento). La letra se perjudica. ¿Contra quién debe dirigirse el tenedor? Parece que contra Ticio, pues ha sido él —en su calidad de segundo endosante— quien se ha enriquecido por haber recibido valuta del banco descontante, sin haber satisfecho nada a cambio a los obligados precedentes. Y parece que el último tenedor debe dirigirse contra este segundo endosante, porque su situación económica es igual a la ilustrada en los dos supuestos anteriores. Sin embargo, no se dan todos los requisitos que exige el artículo 525, y, en concreto: (i) haber recibido el valor de la letra del *librado*, y (ii) haberlo recibido una vez que se haya producido el perjuicio de la letra. Mas estos obstáculos, sin embargo, no son en absoluto insalvables. Disponemos para ello del artículo 460, II, a cuyo tenor es responsable del pago del título perjudicado quien se halla al descubierto de su reembolso. En realidad, todas las situaciones del artículo 525 ya se encuentran en el artículo 460, que en este sentido es «norma general». El artículo 525

(91) Cfr. EIZAGUIRRE: *La trascendencia de la relación causal*, cit., pág. 910. Cita este autor para documentar la recurrencia del supuesto la STS de 18-III-1960 y la STS de 15-VI-1962. Por nuestra parte, alegaríamos la STS de 18-XII-1979, en la que reaparece como «supuesto de hecho básico» el que se describe en el texto.

no está, sin embargo, desprovisto de utilidad: es en él donde certificamos que entre los obligados cambiarios que aparezcan al descubierto puede encontrarse el endosante (92).

20. Hecha esta breve ilustración, volvemos a retomar el problema que debíamos resolver a la luz de la experiencia italiana. Durante la vigencia del *Codice di Commercio* de 1882 —en el que, como recordábamos un poco más arriba, ni para incluirlos ni para excluirlos, figuraban los endosantes—, la jurisprudencia y la doctrina admitieron su legitimación pasiva en la acción de enriquecimiento en todos aquellos supuestos en que tales endosantes aparecían económicamente como «*veraderos libradores*» (según afortunada expresión de VIVANTE, como siempre, atento observador de la realidad). Y como verdaderos libradores aparecían cuando el título había sido librado o emitido *per comodo suo*, es decir, en su favor (se trata de una hipótesis —como se habrá advertido— en la cual el endosante es el favorecido y el librador asume el papel de mero garante o favorecedor) (93). Por lo demás, la contemplación de estos supuestos sería la razón fundamental que habría de inducir al legislador de 1933 a introducir ya de modo expreso la legitimación pasiva del endosante en el artículo 67 de la *Legge cambiaria*. A poco que pensemos, podremos constatar que no otra es la lógica recurrente de las hipótesis descritas en el epígrafe precedente. Supuestos todos —nos apresuramos en decirlo— que no necesariamente deben considerarse como ilícitos; más bien todo lo contrario, pues en la mayoría de las ocasiones lo que se persigue constituyen muy legítimos fines de afianzamiento, fuera de la que sería la típica fórmula del aval (94).

Por consiguiente, parece correcto concluir ya de cara a nuestro Derecho positivo, que cuando todos los obligados anteriores hayan estampado sólo firmas de favor, el endosante será el legitimado pasivo de la acción de enriquecimiento por hallarse al descubierto del valor de la cambial (95). Contra esta conclusión se me podría alegar, sin embargo, un argumento que yo mismo he utilizado con anterioridad: *el endosante no se ha enriquecido porque sobre su patrimonio pesa una deuda*

(92) Así, con gran eficacia, GAYOSO: *Interpretación del artículo 525*, cit., páginas 173-174. Implícitamente —con referencia a los correlativos preceptos del *Code de Commerce*—, LYON-CAEN y RENAULT: *Traité de droit commercial*, cit., IV, página 316.

(93) Cfr. C. VIVANTE: *Trattato di diritto commerciale*. III, Milano³, s. f., 1940, página 577.

(94) Cfr. por todos, GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, págs. 242-252.

(95) El endosante es en estos casos el *vero traente*, porque «recoge la valuta que dio lugar a la emisión»: VIVANTE: *Trattato*, cit., III, pág. 576.

ex causa (la derivada del derecho de repetición que asiste al fiador-favorecedor). Mas este razonamiento no es válido en esta situación, y no porque pensemos —como ha sostenido algún autor— que el beneficiario del favor se enriquezca *injustamente* en los casos en que pague el garante (96), sino porque esa deuda *ex causa*, que vendría a paralizar su enriquecimiento, sólo nace cuando *ya* se ha pagado por el fiador el importe de la obligación principal (cfr. art. 1.838 del Código Civil), cuyo pago, cabalmente, es el que se quiere evitar legitimando pasivamente al endosante (97).

Estas conclusiones a las que hemos arribado nos parecen muy importantes, porque contra lo que se suele decir —las hipótesis de enriquecimiento de los endosantes son meramente «profesorales», constituyen «casos de laboratorio», etc.—. la realidad nos ofrece numerosas pruebas en sentido contrario. PETER OPITZ, en un interesante trabajo sobre el cambio de función del endoso, ha realizado una encuesta a las más relevantes entidades bancarias de seis países europeos, por medio de la cual ha podido constatar la casi total ausencia de avales en el tráfico cambiario y, correlativamente, su paulatina sustitución por firmas de librador o endosante de mero favor. De lo que sin mayor atrevimiento podemos inferir que, en la vida de los negocios, serán relativamente frecuentes los casos de enriquecimiento de endosantes, «emitentes reales de la letra» (98). Que estamos en la vereda cierta nos lo confirma, finalmente, la autoridad de CANARIS. Como es sabido, el § 89, II, *Wechselgesetz*, excluye expresamente a los endosantes del círculo de sujetos pasivos de la acción de enriquecimiento: «Gegen die Indossanten, deren wechselfähige Verbindlichkeit erloschen ist, findet ein solcher Anspruch nicht statt»). En un reciente trabajo contra la doctrina dominante y contra la misma letra de la ley, sostiene el mencionado autor la legitimación pasiva del girante en

(96) Cfr. E. POLO SÁNCHEZ: «Provisión de fondos y legitimación para librar», en *Rev. jur. Cat.*, 1977, pág. 427. En este caso el endosante no se enriquece, ya que contra él conserva el librador que ha pagado el título un crédito causal.

(97) La *ratio* de esta regla se confirmaría dentro del mismo ordenamiento cambiario si tenemos en cuenta (*mutatis mutandi*: el endosante sería librador y el librador, librado) que la autorización para girar no es suficiente para liberar al librado de su responsabilidad ante una letra perjudicada, ya que el artículo 460, I sólo confiere eficacia liberatoria a la provisión de los artículos 456 y 457.

(98) Cfr. P. OPITZ: *Der Funktionswandel des Wechselindossaments*, Berlín, 1968, págs. 116 y ss., esp. pág. 124. Este dato de la recurrencia con que se producen en la vida real los supuestos de enriquecimiento del endosante puede constatare también a través de las numerosas sentencias italianas que cita VIVANTE, en las que la judicatura consideró al endosante *vero traente* y, por consiguiente, le hizo aplicación del artículo 324 del *Codice di Commercio* de 1882,

todos aquellos casos en que el librador lo sea de favor. Y en base a una *restricción teleológica* del § 89, II y una *aplicación analógica* del § 89, I (en el que se afirma la responsabilidad del librador), fundándose para ello en la consideración de que en este supuesto la letra no «pasa» por los endosantes, sino que «sale» de ellos, que resultan así los verdaderos enriquecidos (99). Recordaré, además, que esta necesidad interpretativa ya se sintió a mediados del siglo pasado y justamente en el momento de la promulgación de la *Wechselordnung*, que, como ya hemos dicho, expresamente excluía a los endosantes de la acción del artículo 83. THÖL, aun acatando la letra de la ley, se permitía calificarla de absurda por no discernir entre dos situaciones muy distintas; entre los «endosantes y los endosantes simulados, que *re vera* son el deudor principal materialmente obligado» (100). Pero incluso he podido encontrar un testimonio excepcional en la literatura alemana del siglo XIX, que, yendo más allá de THÖL, se mostraba partidario de superar la «letra de la ley» (de «levantar el velo»). De él no me resisto a reproducir esta larga cita, que nos alumbra nuevas hipótesis a incluir en el artículo 460. II del Código de Comercio: «Un endosante deberá [...] ser tratado como el librador —escribía HOFFMANN— cuando sólo formalmente aparezca como endosante y en la realidad haya representado el papel del librador; así, por ejemplo, cuando alguien, bajo apariencia, libra una letra pagadera a un tercero para crearle crédito, y el tercero, que por convenio debía proveer cobertura, la endosa de nuevo; o cuando alguien, A, falsifica una letra con una firma falsa pagadera a un tercero, B, quien de nuevo con firma falsa la endosa a un cuarto, C, quien, a su vez, la transmite a un quinto, D [...], en cuyo caso, C aparece como el primer librador verdadero (siendo formalmente endosante). A semejante hipótesis equivale el caso de varios duplicados de una letra, en el que un endosante al que compete un ejemplar, desenvuelve el papel de librador a través del endoso de los

(99) Esta tesis la desarrolla CANARIS en un trabajo al que no hemos podido tener acceso: cfr. C. W. CANARIS: «Der Wechselbereicherungsanspruch», en *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, vol. 2, 1977, págs. 34-35. Yo he tomado la síntesis del resumen que él mismo hace en HUECK-CANARIS: *Recht der Wertpapiere*, cit., págs. 126 y 128. Hay que advertir, sin embargo, que la doctrina mayoritaria, aun admitiendo que en estos supuestos los endosantes realmente se enriquecen, los excluyen del círculo de legitimados pasivos por evidentes consideraciones textuales: cfr., por todos, BAUMBACH-HEFERMEHL: *Wechselgesetz*, cit., pág. 301. La doctrina lo suele admitir, sin embargo, en las hipótesis de letra propia; y ya desde antiguo: «Der erste Indossant einer Tratte an eigene Ordre ist Trassant, mithin der Klage wegen Bereicherung unterworfen»: H. O. THÖL: *Handelsrecht*, II, *Das Wechselrecht*, Leipzig⁴, 1898, pág. 385.

(100) THÖL, *op. ult. cit.*, pág. 384, e *ibi* más indicaciones de la literatura del momento.

otros duplicados a diversas personas [...]. En estas y similares hipótesis, el tenedor de una letra perjudicada puede dirigirse con la *Bereicherungsanspruch* contra semejante endosante» (101).

21. Pero hay todavía mucho más. El análisis precedente nos abre una perspectiva mucho más vasta y nos pone en la pista segura para identificar la *ratio* más recurrente del enriquecimiento del endosante. Una idea apenas esbozada anteriormente debemos retener ahora para un eficaz desarrollo de este epígrafe, y consiste en que —según apuntábamos, *infra*, número 19, *in fine*— la posibilidad muy limitada de hacer responsable al endosante, que consagra el artículo 525, debe ser ampliada por la «cláusula general» del artículo 460, II a cuyo tenor «la responsabilidad del reembolso [se imputa] a aquel que aparezca al descubierto de él, en tanto que la letra no esté prescrita», y que confirma el artículo 515 en términos parecidos, al legitimar a todo «aquel que conservara en su poder el valor de la letra sin haber hecho su entrega o reembolso». En ambos preceptos se utilizan criterios «materiales» para identificar el enriquecido: «estar al descubierto» significa claramente haber sido reintegrado del valor de la letra —haber recibido valuta—, sin haber entregado nada, ni deber nada *ex causa*. Esta interpretación, además —y según tendremos ocasión de constatar—, nos la consiente claramente nuestro Código de Comercio, que en este punto —artículo 460, II— se separa del modelo francés para introducir en nuestro Derecho una verdadera *Bereicherungsanspruch*. La intuición originaria de esta bipartición —un sistema mixto— es mérito del profesor URÍA, para quien en nuestro ordenamiento hay que distinguir dos acciones distintas que se derivan de la letra perjudicada: (i) la acción de provisión contra el librador (*ex art. 460, I*), y (ii) «la acción de enriquecimiento cambiario contra la persona que se haya lucrado indebidamente por consecuencia de la letra» (*ex arts. 460, II, 515 y 525*) (102). En realidad, todo nuestro empeño es reconstruir una verdadera acción de enriquecimiento y reconducir a sus principios incluso la «acción de provisión contra el librador».

Pues bien, para descubrir esa lógica recurrente del enriquecimiento del endosante, debemos por un momento detenernos en la figura del librador para luego aplicarle sus principios. Ello nos obliga a efectuar un razonamiento un tanto complicado, que, sin embargo —y a efectos de

(101) E. HOFFMANN: *Ausführliche Erläuterung der allgemeinen deutschen Wechselordnung*, Giessen, 1859, págs. 596-597.

(102) Cfr. R. URÍA: *Derecho Mercantil*, Madrid^o, 1975, pág. 766.

simplificar la exposición—, quiero suministrar de una manera escalonada (103):

- a) La acción de enriquecimiento puede dirigirse contra el librador —dice el artículo 460, I— que no pruebe que tenía hecha la provisión de fondos al momento del vencimiento, es decir, que no pruebe la existencia de un crédito a su favor contra el librado. Imaginemos ahora que el librado en el momento de la aceptación es insolvente y deudor del librador. Formalmente, literalmente, el librador siempre quedará liberado si prueba que en aquella época había provisto, para lo cual no tendrá muchas dificultades probando que era acreedor (art. 457) (104). Esta solución, evidentemente, es incongruente con la *ratio* que inspira la disciplina de los artículos 460, 515 y 525: *se pasaría al tenedor el perjuicio que al librador ocasionó la insolvencia del librado*. Se enriquecería el librador (105). A mi modo de ver —y se trata de doctrina mayoritaria en el Derecho continental (106)—, en este caso (cuando en el momento de la aceptación el librado fuese insolvente), la acción de enriquecimiento podrá dirigirse

(103) El punto de vista que expondré a continuación me ha sido sugerido por la tesis —impecablemente defendida de cara al Derecho italiano— de CASTELLANO *La responsabilità cambiaria nei limiti dell'arricchimento*, cit., págs. 291-292.

(104) Acogemos aquí, como es notorio, la teoría unitaria de la provisión (artículo 456 = art. 457), a cuyo tenor ésta se definiría como «el crédito dinerario del librador frente al librado» (remito, por todos, a HIRSCH: *Der Rechtsbegriff provision*, cit., págs. 9 y ss.). Esta tesis «afrancesada», aunque combatida en nuestra literatura por la autoridad de GARRIGUES, parece hoy en día la más acreditada dentro de nuestra doctrina (para un examen del estado de la cuestión reenvío a POLO: *Provisión de fondos y legitimación para librar*, cit., págs. 418 y ss., con información completa de la literatura española sobre el tema. Quiero precisar, sin embargo, que no me sumo a la opinión de este autor, según la cual la autorización para girar constituye una modalidad encajable en el concepto unitario de provisión (cfr. *ibid.*, página 429). Dicho concepto unitario lo reservamos para los supuestos de los artículos 456 y 457 y —de acuerdo con la definición ofrecida más arriba— lo cerramos para las hipótesis de apertura de crédito; para lo que ha dado en llamarse «provisión imaginaria» (a este respecto —y como siempre— resultan instructivas las páginas de GIRÓN TENA: *Una forma de interpretar los artículos del Código de Comercio sobre la provisión*, cit., págs. 375 y ss.).

(105) El librador —dicen BAUMBACH-HEFERMEHL: *Wechselgesetz*, cit., pág. 301— se enriquece porque «recibe valuta a cambio de un acepto sin valor. Desde el punto de vista económico se trata de una letra no aceptada». «Sucede a veces —señala por su parte VIVANTE: *Trattato*, cit., III, pág. 575— que el librador presenta al descuento una cambial aceptada a su favor por un librado insolvente. A mi juicio —agrega—, el tenedor que haya perdido la acción de regreso puede valerse de la acción de enriquecimiento porque de otra manera sufriría un daño con una ganancia injusta del librador que ha recogido valuta contra la entrega de una hoja de papel sin valor.»

(106) Así lo declara, respecto de la literatura alemana, BAUMBACH-HEFERMEHL, *op. cit.*, págs. 300-301. Para la doctrina italiana, cfr. CASTELLANO, *op. cit.*, página 291.

contra el librador, *a pesar de que pruebe que había hecho provisión con arreglo a los artículos 456 ó 457* (aplicar un crédito contra un insolvente). Circunscribimos, sin embargo, esta hipótesis a aquellas situaciones en que de un modo u otro —no es ahora momento de precisar sus términos— medie una conducta colusoria o gravemente negligente por parte del emisor.

- b) Esta tesis, por lo demás, no carece totalmente de apoyo positivo; antes bien, encuentra su fundamento en la disciplina civilista de la delegación, y concretamente en el artículo 1.206 del Código Civil: «La insolvencia del nuevo deudor [—es decir, del aceptante—] (...) no hará revivir la acción [del acreedor] contra el deudor primitivo [el librador], *salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar la deuda*». Aun con las diferencias del caso —no estamos ante una acción causal—, lo cierto es que no me parece incorrecto hacer *revivir* (como significativamente dice el Código Civil) la acción contra el librador —que, en principio, no estaría legitimado por haber hecho la provisión— en aquellas hipótesis excepcionales en que: (i) la insolvencia del aceptante fuese *anterior*, esto es, «originaria», y (ii) concurriese en el librador mala fe («conocida del deudor») o incluso negligencia (la insolvencia fuese «pública») (107). La consistencia «positiva» de nuestra propuesta, por lo demás, podría incluso venir avalada por el siguiente razonamiento: la provisión de fondos «desaparece» si el aceptante suspende pagos o quiebra antes de la aceptación (*arg. ex. art. 537, II, del Código de Comercio*); *ergo*, en tales supuestos, el librador es responsable porque no prueba que la provisión exista realmente (ha «desaparecido») (108). Esta mis-

(107) Cfr. L. Díez-PICAZO: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. I, Madrid, 1972, pág. 816. Este autor, justamente, indica que la negligencia también puede ser —si la insolvencia es «pública»— del acreedor. Acaso, sin embargo, sea razonable la regla del Código en la medida en que la «publicidad» siempre es relativa y fácilmente sólo tendrá eficacia en el círculo del primitivo y del nuevo deudor. En todo caso, el concepto de «insolvencia pública» es muy discutido en nuestra doctrina; no vamos a entrar ahora en ello, supeditando nuestras conclusiones a las que los civilistas obtengan en la interpretación de esa expresión. Para una primera aproximación al tema remito a V. TORRALBA SORIANO: «La responsabilidad del cedente por insolvencia anterior y pública del deudor cedido», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Santa Cruz Teijeiro*, Valencia, 1974, págs. 453 y ss.

(108) Hay preceptos en el Código de Comercio que evidencian que la provisión se tiene por no hecha o que *no vale nada* —como dice GAYOSO— si el deudor se manifiesta insolvente (cfr. art. 481, II que permite dirigirse a los indicados). Ciertamente que en estos casos se trata de una insolvencia sobrevenida, de lo que *a contrario sensu* se infiere que ante una insolvencia originaria no hay provisión: cfr. GAYOSO: *Interpretación del artículo 525*, cit., pág. 170.

ma regla, finalmente, acaso pudiese confirmarse por la disciplina de la quiebra, en la que probablemente nos encontramos ante una situación «económica» que para el librador es la misma: si el aceptante insolvente ha pagado la letra, este pago no parece que pueda ser revocado —ya que el tenedor debía recibirlo para no perder la acción de regreso—, aunque, eso sí, no debe haber dificultad en admitir que la acción revocatoria —a tenor de lo dispuesto por el artículo 1.291, número 3 del Código Civil— pueda dirigirse contra el *propio librador que conociese el estado de insolvencia del deudor en el momento de la emisión del título* (109).

(109) No la podemos llevar por el artículo 882 del Código de Comercio, pues la revocatoria general que allí se consagra —según la interpretación «literalista» del precepto que ha seguido nuestro Tribunal de Casación— exige la concurrencia de la *simulación* (cfr. A. Rojo: «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», en *RDM*, 1979, págs. 90-92). Si proponemos, pues, utilizar la acción pauliana general (arts. 1.111 *in fine* y 1.291, núm. 3 del Código Civil) es porque entendemos que es el único remedio que queda en nuestro ordenamiento para poder resolver satisfactoriamente uno de los muchos conflictos irresueltos que se producen entre el derecho cambiario y el derecho concursal. Vaya por delante que: (i) de acuerdo con la doctrina más autorizada cabe ejercitar la acción revocatoria ordinaria (es decir, la del Código Civil) una vez declarada la quiebra (cfr. Rojo, *op. ult. cit.*, págs. 89-90), y (ii) que el supuesto que nos ocupa cabe perfectamente dentro de la descripción de los referidos preceptos del Código Civil. En efecto, 1) por lo que se refiere al objeto, aunque el artículo 1.291 hable de «contratos», esta expresión hay que entenderla en sentido amplio, como confirma la simple lectura del artículo 1.111 que habla de «actos»: lo que se impugna es un pago «encubierto» al librador (el propio del crédito sobre la provisión) por parte de un insolvente (el aceptante). Este «pago» —si observamos la realidad de los hechos— se efectúa cuando el librador recibe la valuta del tomador. El librador se enriquece así ilícitamente al alterar de un modo injusto la *par conditio creditorum*. Soy consciente de que la doctrina mayoritaria entiende que únicamente los pagos anticipados son susceptibles de ser revocados (*ex* arts. 1.292 del Código Civil y 879 del Código de Comercio). A mi juicio, sin embargo, los mencionados preceptos no cumplen una *función reductora* del ámbito de los actos rescindibles, sino que su única función es establecer una *presunción indestructible de fraude*. Por ello, entiendo que respecto de los «pagos normalizados» cabe la impugnación cuando se prueba el fraude, pues su injusticia reside en la ruptura de la igualdad del trato (cfr. L. Díez-Picazo: «El pago anticipado», en *Id.*, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1980, págs. 206-207 e *ibi* ulteriores indicaciones); 2) por lo que se refiere a los sujetos pasivos, si bien es cierto que formalmente lo que parece estar presente en los artículos 1.111 y 1.291 es que éstos sean el aceptante (deudor) y su cómplice, el *accipiens* del pago (el tenedor), una interpretación de los mismos más ajustada a lo que sucede «económicamente» nos mostrará que ese acreedor satisfecho no es tanto el tomador cuanto el librador (pues el primero «materialmente» es más bien acreedor del librador que del aceptante); 3) por lo que se refiere a los requisitos de la acción, básicamente al daño y al fraude, podemos afirmar sin más su concurrencia: el daño, porque los acreedores ven disminuir la entidad y consistencia del patrimonio de su deudor; el fraude, porque el librador *conocía* la insolvencia del librado que iba a aceptar en el momento de girar el título (cfr. ya F. DE CASTRO y BRAVO: «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial universal», en *Rev. der. priv.*, 1932, págs. 220-221).

- c) Y contra las conclusiones alcanzadas no se nos diga que el efecto o uno de los efectos característicos del perjuicio es *relevare a los obligados en vía de regreso* (y entre ellos, el primero, al librador) *del riesgo de insolvencia del deudor directo, librado o aceptante*. Porque esa afirmación es válida sólo respecto a la insolvencia *sobrevenida* después de la aceptación (y, en caso de no aceptación, después del vencimiento). En la hipótesis que nos ocupa es claro que frente a la pretensión del tenedor negligente de que pague el librador, éste puede oponerle que el daño de la pérdida de la provisión ha sido provocado por su negligencia (y, si se entiende bien, éste es el mandato del art. 537, II). Cuanto acabamos de decir, por lo demás, no es más que consecuencia de un principio general que gobierna toda la *delegatio solvendi*; «principio según el cual —son palabras de BIGIAVI que recuerda CASTELLANO—, el delegatario debe valerse de la delegación 'dentro de un término conveniente', bajo pena de resarcimiento de los daños sufridos por el delegante» (110).

Y si todo el razonamiento anterior es correcto —y atendible *de lege data* (y nos parece que puede serlo)— obtenemos un criterio normativo importantísimo para averiguar o determinar la responsabilidad por letra perjudicada de los endosantes (cuya legitimación pasiva conectaba Nou-

Por supuesto, propugnamos esta misma solución cuando la reintegración a la masa de la quiebra del importe del pago se efectúe por la vía del artículo 878, II del Código de Comercio. Es decir, que el pago que es nulo durante el período de retroacción es el indirecto efectuado al librador.

La *ratio* de estas escuetísimas consideraciones hay que buscarla en un intento de armonización de las exigencias contradictorias del derecho de quiebras y de la normativa cambiaria. Según los principios generales del primero, son revocables los actos en perjuicio de los acreedores y en concreto, aun presumiendo la normalidad de los mismos, los pagos de créditos líquidos y exigibles como los cambiarios; por ello se permite a los síndicos su impugnación con la prueba de la mala fe del *accipiens*. El derecho cambiario se inspira, por el contrario, en la necesidad de salvaguardar la circulación del título y, consiguientemente, los derechos del tenedor. La aplicación *sic et simpliciter* de estos dos principios comportaría para el tenedor de la letra consecuencias contradictorias que incidirían también sobre las relaciones de regreso extrañas al concurso: en la práctica, si consciente de la insolvencia del *solvens* —aceptante— aceptase el pago, se expondría al ejercicio de la acción revocatoria; si, en cambio, lo rechazase, no podría evidentemente levantar el protesto y, por tanto, perdería la acción de regreso. Este conflicto lo hemos intentado resolver de la forma enunciada, que no es más que la reproducción en nuestro derecho «imperfecto» de la disciplina del artículo 68 de la *Legge fallimentare* italiana [cfr. V. DE MARTINO: *Commentario teorico-pratico alla legge fallimentare* (a cura di G. ALESSI, B. BENINCASA, etc.), arts. 57-68, Roma, 1971, págs. 823 y ss.]. Y nuestra tesis se confirma si tenemos en cuenta finalmente que el librador responde de la suma pagada por el aceptante, no tanto por haber emitido el título, sino por haber recibido una prestación patrimonial (la valuta) equivalente a la suma cambiaria: cfr. G. DE SEMO: *Diritto fallimentare*, Padova, 1964, pág. 334).

(110) BIGIAVI: *La delegazione*, cit., págs. 31-32.

GUIER —como se recordará— con los principios de la *exceptio o replicatio doli*). La regla resultante podría formularse así: *el endosante es responsable por enriquecimiento en todas aquellas hipótesis en las cuales, al momento de negociar el título, él conoce o puede conocer la insolvencia del librador o emitente* [se trata, claro es, del primer endosante (tomador) o del segundo, cuando *todos* los obligados precedentes son insolventes, y así sucesivamente]. Y si ahora pensamos un poco, percibiremos que esta fenomenología patológica no está muy lejos de la que considerábamos en los epígrafes anteriores, pues en muchas de las ocasiones a las que allí aludíamos —y porque, en principio, no se espera que caduque la letra por omisión del deber de diligencia—, la firma de favor con la que el librador quiere favorecer al endosante proviene de una persona *originariamente* insolvente (111).

22. Como corolario de todas las consideraciones anteriores, creo que podemos poner término a esta primera división del trabajo afirmando decididamente no sólo la legitimación pasiva de los endosantes en nuestro Derecho vigente, sino también la oportunidad de la misma en el *plano de lege ferenda* (112). *De lege data*, sin embargo, nuestro discurso podría ser objeto de dos objeciones a las que, por no haber encontrado sede más oportuna, queremos ahora hacer frente. Tales podrían formularse así:

- a) la reconstrucción ofrecida no cobra razón suficiente de la inequívoca filiación francesa de nuestro sistema cambiario, que en ese punto parece consagrar la «teoría de la provisión»; y
- b) la interpretación propuesta contradice lo preceptuado por los artículos 467, I, 517, II y 483 (113).

a) Contra la primera crítica, y ante todo, tenemos que alegar que en este punto —como han puesto de manifiesto autorizados estudiosos (114)— no se pueden mitificar las diferencias entre el sistema francés y alemán. Pero es que, además —según apuntábamos en el último apartado—, no debemos perder de vista un hecho *doméstico* enormemente significativo, y es que en esta materia nuestro sistema se aleja notablemente del mo-

(111) Cfr. CASTELLANO, *op cit.*, pág. 295

(112) Lo que equivale, dicho sea con todos los respetos, a manifestarnos contrarios a la redacción actual del artículo 58, II del Anteproyecto de ley cambiaria y del cheque (v. *retro*, nota 45 y texto correlativo).

(113) Contra esta objeción —como se recordará— ya avanzamos el argumento de *lex specialis derogat lex generalis* (cfr. *supra*, núm. 8).

(114) Recuerdo a este respecto los autores citados *supra* nota 73, a quienes ahora sumamos: WIELAND: *La cambiale e i suoi rapporti col diritto civile*, cit., páginas 32 y ss., 41-42 y 53.

delo napoleónico para acercarse al paradigma alemán. En este sentido, ya nos hemos referido a la intuición del profesor RODRIGO URÍA, que ha permitido a CASTELLANO clasificar a nuestra disciplina del enriquecimiento cambiario entre los sistemas mixtos (en los que, por consiguiente, confluyen influencias francesas y germánicas) (115). Y este alejamiento de la matriz napoleónica se percibe si tenemos presentes los siguientes datos: El artículo 460, I, corresponde al artículo 117, III, del *Code* («... le tireur seul est tenu de prouver, en cas de dénégation, que ceux sur qui la lettre était tirée avaient provision à l'échéance; sinon il est tenu de la garantir, quoique le protêt ait été fait après les délais fixés»), y viene a refundir los artículos 453 y 454 del Código de Comercio de SAINZ DE ANDINO. En esta parte no se observa novedad alguna. Esta, sin embargo, se constata en el artículo 460, II —«... caso de hacer dicha prueba [se refiere a la prueba de la provisión por parte del librador] pasará la responsabilidad del reembolso a aquel que aparezca en descubierto de él en tanto la letra no esté prescrita»—, que se introduce misteriosamente tras el dictamen de la Comisión en el Congreso. En la exposición con que se encabeza dicho dictamen, la Comisión no explica por qué ha modificado la línea que seguía el proyecto (116). Y por qué, en general, se cambia la línea de nuestra anterior codificación, tanto vigente como proyectada (me refiero a los arts. 474 del proyecto de 1869 y 462 del proyecto de 1881, de idéntico tenor) (117). En cualquier caso, lo cierto es que aquí se produce una «desviación», consistente en establecer una pequeña cláusula general de responsabilidad cambiaria por enriquecimiento que claramente se deduce de la terminología utilizada: «hallarse al descubierto» (118). Tal expresión tiene un contenido mucho más amplio que el que se le quiere dar —«tenencia de la provisión»—, como se deduce

(115) Cfr. CASTELLANO, *op. cit.*, págs. 93-94, nota 103 y pág. 129. V. también la hipótesis que habíamos avanzado *supra*, nota 6.

(116) Personalmente no he podido consultar el Diario de Sesiones, pero recojo esta información de CUÑAT EDO: *La interpretación de los artículos 460 y 525 del Código de Comercio*, cit., págs. 696-697.

(117) Tales preceptos se limitaban a decir lo siguiente: «Cesará la responsabilidad del librador cuando el tenedor de la letra no la hubiere presentado o hubiere omitido protestarla en tiempo y forma, siempre que pruebe que al vencimiento de la letra tenía hecha provisión de fondos para su pago en los términos prescritos en los artículos [..]. Si no hiciese esta prueba reembolsará la letra no pagada, aunque el protesto se hubiere sacado fuera de tiempo, mientras la letra no haya prescrito». Como se advertirá, faltaba siempre el inciso final del actual artículo 460, II.

(118) Prueba ulterior de que era justamente éste el objetivo perseguido por los redactores del Código nos la ofrece el acta de la Sesión del día 29 de octubre de 1881, en la que consta: «Aceptados el 472 y 473, dijo, respecto del 474 [que luego se convertiría en el actual art. 460], el señor Rodríguez Sampedro que era necesario indicar sobre quién pesa, en los casos de que habla el artículo, la responsabilidad del pago de la letra de que queda exento el librador, cuya observación se acordó asimismo tener presente en tiempo oportuno». Cfr. *Comisión del*

del tenor del artículo 515, que lo completa: «conservar el valor de la letra», que no es exactamente la provisión (en otro caso, el art. 515 no repetiría dos expresiones distintas para aludir a un mismo significado), sino que alcanza también a la valuta (119), con lo que viene a confirmarse nuestro punto de vista, a tenor del cual el enriquecimiento va identificado en cada caso por la relación subyacente que ha motivado la asunción de responsabilidad cambiaria.

b) La otra objeción a resolver sería la paradoja que se produce entre nuestra conclusión y cuanto dicen los artículos 467, I, 483 y 517, II de los que, en primera lectura, parece desprenderse que la responsabilidad cambiaria de los endosantes cesa automáticamente con el perjuicio de la letra. La contradicción, sin embargo, no parece difícil de reducir (120). Esos preceptos, y fundamentalmente el artículo 483, en rigor, no prescriben el cese absoluto de la responsabilidad del endosante, sino que únicamente disponen el cese de su responsabilidad cambiaria *ejecutiva* (muy lógico, por lo demás, habida cuenta de que la prueba del enriquecimiento —difícil de verificar en muchas ocasiones— sólo tiene sentido en un proceso de amplia cognición). Y esa afirmación se deduce de una lectura sistemática del artículo 483, en relación con los artículos 460 y 521. El primero de éstos dispone que la acción ejecutiva no puede dirigirse contra el endosante, aunque sí contra el librador que no probase la existencia de la provisión. Y, en efecto, si vamos al artículo 460 observamos que, respecto del librador, *la acción de enriquecimiento es, en principio, ejecutiva*: si no probare la provisión —dice este artículo— «reembolsará la letra no pagada, *aunque el protesto se hubiera sacado fuera de tiempo*». Palabras que sólo se comprenden si entendemos que el «protesto sacado fuera de tiempo» también abre la vía ejecutiva. Y así es. Mejor dicho, así era antes de la reforma realizada por la Ley de 22 de julio de 1967, porque el viejo artículo 521 permitía el despacho de ejecución en vista de la letra y del protesto», sin que fuera necesario —como lo es hoy— que tal protesto se hubiese levantado en el tiempo

Código de Comercio creada en 1881. Borradores de Actas de las sesiones celebradas desde el 4 de marzo al 5 de diciembre de 1881 (cito por una reproducción fotocopiada de las actas manuscritas que no está paginada ni fechada). De ello deduzco yo que en el «momento oportuno» se discutiría el problema; y que se acordó utilizar la fórmula «hallarse al descubierto» en vez de nombrar —como hacía el *Code de Commerce*— al librado, porque posiblemente se entendió que debía dejarse una vía abierta para legitimar pasivamente a cualquier obligado cambiario que hubiese podido enriquecerse con motivo de la emisión de la letra.

(119) Como creemos haber demostrado *supra* núm. 14.

(120) Sigo en este punto a CUNAT EDO: *La interpretación*, cit., págs. 706-707, y a GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, pág. 221.

que señala el Código de Comercio (121). El argumento, es cierto, no es definitivo; es más bien *ad abundantiam* de otro anteriormente alegado (122). Con ambos, sin embargo, quedaría explicada esa aparente contradicción, y con ello, salvado el último obstáculo para admitir nuestra propuesta. O mejor dicho, el penúltimo. El último viene representado por todos aquellos autores que estiman que la pretensión de enriquecimiento goza de naturaleza civil o común. Pero ésta es una cuestión que ya corresponde a la última parte del presente estudio.

III

23. Desembocamos así en el problema de la naturaleza jurídica de la llamada «acción de enriquecimiento». Un problema éste que acaso por una indiscriminada comunicación de categorías elaboradas dentro de sistemas cambiarios diferentes aparece siempre planteado en unos términos tan confusos que, como primera medida, es menester esclarecerlos para dar rigor y precisión a los conceptos y dotar de consistencia lógica a los enunciados de la argumentación. Pero en todo caso —y contra lo que se ha dicho por algunos autores—, no me parece en absoluto una cuestión baladí ésta, la de una recta determinación de la naturaleza de la acción; de su solución, en efecto, depende la contestación que debemos dar a algunos problemas prácticos que no carecen de importancia, e incluso la respuesta que merezca el espinoso tema del régimen de las excepciones oponibles. Y en concreto, entre los primeros, se nos ocurren los siguientes, que citamos por orden de importancia:

(121) En el mismo sentido se ha mostrado la STS de 20-VI-1981, en la que *obiter dictum* puede leerse: «no es ocioso puntualizar [] que la rotunda dicción del citado artículo 483, exonerando a los endosantes de toda responsabilidad cuando la letra queda perjudicada, ha de entenderse referida a la acción ejecutiva de regreso y no al ejercicio de la acción de enriquecimiento deducida en juicio declarativo con arreglo a los artículos 460, 515 y 525»

En el fondo, se quiera o no, me parece que el legislador español participa de una cierta confusión doctrinal en la que, subconscientemente sin duda, se tiende a identificar o asimilar *cambiario* y *ejecutivo*; desde esta óptica —que curiosamente es en la que de forma soterrada se desenvuelve la literatura del siglo XIX— es muy comprensible este tipo de discriminaciones que, como la del artículo 483, intentamos denunciar. Pero lo cierto es que, aplicando conceptos seguros y dogmáticamente adquiridos, hoy sabemos con claridad (consciente e inconsciente) que *el título ejecutivo no es más que un modo de ejercitar un derecho y no un derecho en sí mismo*; el derecho se funda en lo mismo siempre, es decir, en la letra. Luminosas resultan al respecto las observaciones generales de F. MAZZARELLA: «Scienza e teologia del titolo esecutivo», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, págs. 177 y siguientes, en las que muy agudamente se denuncia esta confusión.

(122) Cfr. *retro* núm. 8.

- a) ¿Está legitimado pasivamente el librado no aceptante y el ordenador? Y llevando la *misma* pregunta hasta el límite: ¿acordamos legitimación pasiva al mandatario del librado provisto, v. g., al domiciliatario?
- b) ¿Qué plazo de prescripción rige para esta acción de enriquecimiento?
- c) Si son varios los personajes que integran la posición cambiaria que se encuentra «al descubierto» —por ejemplo, varios libradores o varios endosantes—, ¿cómo deben responder: solidaria o mancomunadamente?

A lo largo de la exposición precedente, de una manera u otra, se ha presupuesto que la «acción de enriquecimiento» que consagran los artículos 460, 515 y 525 goza de naturaleza, no civil o común, sino estrictamente cambiaria. Corresponde ahora demostrarlo. La tesis, en este punto, podría formularse así: *se trata de una acción cambiaria que se instrumenta técnicamente, no como una «acción independiente» que se concede una vez periclitada la cartular* (cual acontece en los sistemas germánicos), sino *sub specie del renacimiento o perduración de la acción cambiaria de regreso*. En una palabra, el enriquecido no puede alegar la excepción de decadencia. Es cierto que la acción de enriquecimiento se conecta con las relaciones subyacentes. Pero esta conexión tiene una única función: *identificar al sujeto pasivo*. La valuta o la provisión (conceptos extracambiarior) son el *motivo* «político» o prejurídico de la acción, pero su *fundamento* y origen —a mi modo de ver— permanecen siempre en la letra, que funciona como título-valor y no como simple documento. Piénsese por ahora, aunque sólo sea, en el hecho de que quien ejercita la acción debe legitimarse según la ley cambiaria. Podríamos decir —con VALERI— que la acción cambiaria *presupone* una relación causal, aunque no se *funda* en modo alguno sobre ella (123). En la medida que logremos demostrar estas proposiciones ganará consistencia la reconstrucción que hemos ofrecido en el apartado II y resolveremos las cuestiones planteadas más arriba, en el sentido de:

- a) que no se encuentran pasivamente legitimados los que no posean la condición de obligados cambiarios (suscriptores del título);
- b) que el plazo de prescripción para la acción es el de tres años, señalado por el artículo 950 del Código de Comercio, y no el más largo del artículo 1.964 del Código Civil, por el que se inclinó el Tribunal Supremo en su célebre Sentencia de 9 de febrero de 1948: y

(123) Cfr. VALERI: *Diritto cambiario italiano, Parte speciale*, cit., págs. 394-395.

- c) que si son varios los personajes que integran la posición del «enriquecido», responden solidariamente y no cada uno de su propio «enriquecimiento».

Ahora corresponde demostrar la veracidad de la hipótesis enunciada. A tales efectos —y sin poder efectuar una minuciosa reconstrucción de la intrincadísima producción doctrinal sobre el punto— nos esforzaremos: (i) por presentar con claridad las diversas tesis (los resultados de muchos años de difícil elaboración), desenmascarando las proposiciones inconsistentes, y (ii) por articular la argumentación a la luz de nuestros textos positivos, obviando las tentaciones del «método de inversión» tan frecuentes —como ya denunciara JACOBI (124)— en esta materia, pero intentando al mismo tiempo dar cumplida respuesta a la interpretación avanzada en la exposición anterior (que posiblemente esté más cerca de la *voluntas legis* —que no es la voluntad del intérprete— que de la *voluntas legislatoris*). Defenderemos —como hemos señalado— la naturaleza cambiaria de la acción de enriquecimiento porque nos parece que eso es lo que dice nuestro Derecho cambiario positivo, y porque entendemos que las soluciones a que se llegan desde este prisma son las más razonables si atendemos —y hay que hacerlo— a la experiencia comparada más evolucionada.

24. Exponemos seguidamente y de forma resumida las «tesis civiles» sobre la acción de enriquecimiento. En síntesis, afirmar que se trata de una acción *civil* o *común* significa decir que su fundamento (y con él, la *causa petendi*) no se encuentra en la letra, sino en una situación precartular (125). Al respecto y fundamentalmente se han desarrollado tres teorías:

- a) la teoría de la acción causal;
- b) la teoría de la provisión; y
- c) la teoría del enriquecimiento injusto (teoría de la *condictio*).

(124) Cfr. E. JACOBI: *Wechsel- und Scheckrecht*, Berlín, 1956, pág. 945.

(125) Normalmente —y sin adentrarse en mayores disquisiciones— es ésta la tesis sostenida por nuestra doctrina mayoritaria: cfr. GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, páginas 220-221; LANGLE: *Manual*, cit., II, págs. 190-191; VICENTE Y GELLA: *Los títulos de crédito*, cit., págs. 339-341; BROSETA: *Manual*, cit., pág. 548. Una postura singular es la representada por RUBIO: *Derecho cambiario*, cit., págs. 206-207. Señala este autor, de una parte, que se trata de una acción *cambiaria* porque en ella se «invocan obligaciones inherentes a la condición de librador o endosante en el documento cambiario». Pero, de otra parte, manifiesta —un tanto contradictoriamente— que se fundan en la provisión, razón por la cual legitima pasivamente al librado, que no es un obligado cambiario. Acaso la contradicción se disipe si tenemos en cuenta que en el pensamiento de RUBIO la provisión es un concepto *cambiario*.

a) La primera de las explicaciones aludidas —surgida con la promulgación de la *Wechselordnung* y promovida por uno de sus más destacados artífices, LIEBE— entiende que la acción de enriquecimiento se resuelve sustancialmente en la *acción causal*, identificándose con la pretensión fundada sobre las relaciones subyacentes al negocio cambiario *extinguido* (por caducidad). Tesis que, sin duda, se explica porque a la sazón dominaba el convencimiento de que la emisión de la letra operaba a título de cumplimiento (es decir, *pro soluto*), extinguiendo, de consiguiente, las relaciones causales por novación (cosa impensable en nuestro ordenamiento a la vista del art. 1.170 del Código Civil). La acción de enriquecimiento supondría así el renacimiento de la acción *ex causa* (126). Contra este planteamiento, hoy totalmente superado, es clara la crítica: No existe tal apoyo en el contrato causal —dicen, por ejemplo, ZÖLLNER y REHFELDT— «porque la acción compete al tenedor contra el librador o el aceptante [o los endosantes, en algún ordenamiento], con los cuales no es necesario tener relación causal» (127).

Pero la formulación más acabada de esta teoría se debe, sin duda, a WIELAND. Según este autor —y ello parece indiscutible—, el contenido de la acción de enriquecimiento viene determinado por las relaciones de provisión y de valuta (*únicamente la valuta que entrega el tomador*) (128); consecuentemente, la pretensión no puede fundarse en «un residuo del derecho abstracto derivado de la cambial sino [en] *el derecho derivado para el tomador de la relación subyacente, cuya titularidad corresponde al tercer adquirente* [es decir, al tenedor]» (129). En el complicado asunto de cómo se produce el paso de ese derecho causal, que incumbe al tomador (y que es origen de la pretensión), a los adquirentes sucesivos de la letra, no podemos entrar ahora (130); pero en todo caso —aun admitiendo eventualmente semejante «paso» del derecho causal— estas dos objeciones, que resume CASTELLANO haciéndose eco de una amplísima doctrina, nos parecen decisivas para enervar la congruencia de esta teoría: (i) si la letra se da *pro soluto*, es evidente que no sobrevive ninguna acción causal y, sin embargo, el tenedor puede ejercitar la de enriquecimiento; (ii) si por el contrario la «carta» se entrega *pro solvendo*, la pretensión causal subsiste en su integridad y no se limita al enriquecimiento (como prescriben los ordenamientos «alemanes»). Pero en cual-

(126) Cfr. LIEBE, en THÖL: *Protocolle der Leipziger Wechsel-Conferenz*, Göttingen, 1886, págs. 203-204 (*apud* CASTELLANO, *op. cit.*, pág. 131, nota 42; v. también *ibid.*, págs. 74-75).

(127) Cfr. B. REHFELDT y W. ZÖLLNER: *Wertpapierrecht*. München^o, 1970, página 95.

(128) Cfr. WIELAND: *La cambiale e i suoi rapporti col diritto civile*, cit., página 42.

(129) *Ibid.*, págs. 51-52.

(130) *Ibid.*, págs. 53 y toda la segunda parte de la obra.

quier caso, dada la cambial salvo buen fin, nos parece claro que la posibilidad de recurrir a la acción causal excluye o hace inútil la misma acción de enriquecimiento (131).

b) En lo que a la «teoría de la provisión» concierne, hay que decir que es la tesis —como se sabe— dominante dentro de los ordenamientos «afrancesados» y, concretamente, en el nuestro (132). Pero también ha sido admitida por ciertos tratadistas alemanes, aunque —y esto es muy curioso— han sido, sobre todo, los autores franceses —desde THALLER— los que se han esforzado por explicar el artículo 83 *Wechselordnung* en esta clave: Para ellos, la consagración de la *Bereicherungsklage* no sería más que la admisión en el sistema abstracto alemán de la acción de provisión (133). VOEGELI, en su notable estudio de Derecho comparado sobre la provisión y resumiendo una *communis opinio*, ha señalado que el único enriquecimiento posible es el del librador que no ha provisto y el del librado que conserva la provisión (134). De todos modos, esta tesis parece insostenible —lo veremos *de iure condito* en nuestro ordenamiento [*infra*, núm. 26, sub b)]—, pues no acierta a explicar los supuestos en que no existe provisión (ciertos tipos de letras financieras, letras propias), o en los que la provisión no incumbe al librador (*Kommissionstratte*), y choca, además, derechamente contra la posibilidad positiva de ciertos ordenamientos (entre los que se cuenta el nuestro, según creemos haber demostrado) que legitiman pasivamente al endosante, en cuya situación no es posible sin grave violencia hablar de provisión.

c) Finalmente, se ha creído ver en la acción de enriquecimiento una aplicación concreta de la *acción general del Derecho civil de enriquecimiento sin causa*. Este punto de vista resulta mantenido por algunos autores para quienes esta pretensión no sería sino una *Ausformung* para el Derecho cambiario de la pretensión común de enriquecimiento injusto (135) (en nuestro ordenamiento reconocida por obra de la jurisprudencia) (136). Dos argumentos sustantivos enervan rápidamente su eficacia: (i) la *actio de in rem verso* (*Versionsanspruch*) sólo puede ser intentada si el enriquecimiento del demandante no es imputable a su propia

(131) Cfr. CASTELLANO, *op. cit.*, pág. 132.

(132) Cfr., particularmente, RUBIO, *op. cit.*, pág. 206.

(133) Cfr., por todos, DABIN: *Fondements de droit change allemand*, cit., págs. 378-380 e *ibi* las oportunas referencias.

(134) Cfr. VOEGELI: *La provision de la lettre de change*, cit., págs. 212-213.

(135) Cfr. R. MICHAELIS: *Wechselrecht*. Berlín-Leipzig, 1932, págs. 380-381. Recientemente ha sido sostenida por CANARIS, en HUECK-CANARIS: *Recht der Wertpapiere*, cit., pág. 125 (y *amplius* en su *op. cit. supra*, nota 99). En nuestra literatura ha sido mantenida esta tesis por LANGLE: *Manual*, cit., II, pág. 191, y por VICENTE Y GELLA: *Los títulos de crédito*, cit., pág. 339.

(136) Cfr., por ejemplo, L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid², 1980, págs. 141 y ss.

culpa (137); (ii) presupuesto de su ejercicio es que entre el patrimonio del empobrecido y el patrimonio del enriquecido exista una relación directa (138). Condiciones que ninguna concurre en los supuestos de la acción de enriquecimiento cambiario, como se advierte a primera vista. Pero es que, además, esta teoría de la *condictio* (bajo la forma de «causa data non secuta») no convence en absoluto si comprobamos su consistencia de fondo desde el punto de vista de su fundamento. Para ello, el mejor *test* es preguntarse —como dice MOSSA (139)— qué sucedería si no estuviese prevista por el ordenamiento cambiario, y la respuesta es muy clara: no sería utilizable la acción general, porque el enriquecimiento sería justo, justificadísimo: nada menos que por una norma de ley que claramente quiere regular esta situación, el artículo 1.170 del Código Civil, a cuyo tenor, si el título se perjudica por culpa del acreedor produce los efectos de pago, y con él, la extinción de toda obligación. Y no olvidemos que el juicio sobre la justicia del enriquecimiento no es ético o moral, sino que debe ser positivo. En realidad, como decía CASTEIN y nos recuerda JACOBI, el enriquecimiento no es el fundamento de la acción; lo que sucede es que perjudicada la letra, surge para los obligados cambiarios una nueva excepción: la excepción de no enriquecimiento (140).

Todas estas tesis —y alguna otra ensayada por la doctrina, que introduce variaciones o conexiones alrededor de estos tres planteamientos básicos (141)— tienden a buscar el fundamento de la acción de enriquecimiento en un *crédito extracambiario*. Por las breves observaciones críticas que hemos avanzado, no nos parece que puedan sostenerse. Pero es que además, si admitiésemos estas conclusiones, forzosamente tendríamos que admitir otras consecuencias que no nos parecen de recibo, entre las que importa destacar: (i) la pérdida por parte del tenedor de la garantía hipotecaria o pignoratícia dada al crédito cambiario, ya que —como señala ROCA SASTRE— «la hipoteca constituida en favor de una letra de cambio garantiza la efectividad de las obligaciones *estrictamente cambiarias* en favor de quien sea tenedor legítimo de la letra», y no asegura la acción promovida en base a la relación subyacente (142), y (ii) nos

(137) Cfr. entre tantos, VOEGELI, *op. últ. cit.*, págs. 210-211. El requisito con que colisiona esta teoría también lo exige nuestro Tribunal Supremo: v. la obra y lugar citados en la nota precedente.

(138) Cfr. REHFELDT y ZÖLLNER: *Wertpapierrecht*, cit., pág. 95.

(139) Cfr. MOSSA: *Trattato della cambiale*, cit., pág. 623.

(140) *Apud* JACOBI: *Wechsel- und Scheckrecht*, cit., pág. 945, nota 1.

(141) Remito para un estudio más analítico a los capítulos 2.º y 3.º de la admirablemente documentada obra de CASTELLANO: *La responsabilità cambiaria nei limiti dell'arricchimento*.

(142) Cfr. R. M. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, IV, Barcelona. 1948, páginas 488-489.

llevaría a admitir, con lo que ello puede suponer de grave distorsión de la lógica cambiaria, que la sentencia pasada en cosa juzgada, que rechaza la acción cambiaria, no es obstáculo para el ejercicio de la acción de enriquecimiento. La primera sentencia —y a tenor del artículo 1.252 del Código Civil, que exige «la más perfecta identidad entre las [...] causas»— no tendría autoridad de cosa juzgada sobre la segunda demanda, toda vez que ésta se funda sobre una causa diversa (143). Consideramos, por consiguiente, necesario intentar someter el remedio del artículo 460, II y concordantes al ámbito de lo cambiario.

25. Mas en este empeño nos encontramos ante no pocas dificultades. Y entre todas, la primera viene dada por el poco rigor con que se habla de «cambiario». En la doctrina alemana —y a raíz de una notable resolución del *Reichsoberhandelsgericht*—, la mayoría de los tratadistas acostumbran a decir que la acción de enriquecimiento es un residuo de la acción cambiaria originaria (*Residuum oder Überbleibsel des Wechselanspruchs*) (144). Lo cierto, sin embargo, es que, a pesar de la fortuna que ha tenido esta «fórmula mágica» (incluso en otros países, como Italia o España), bajo ella se esconden aseveraciones de muy distinto corte. Así, por poner algún ejemplo, STAUB afirma que en la acción de enriquecimiento se produce una reunión de elementos civiles y cambiarios; GRÜNHUT, por su parte, sostiene que se trata de un «derecho derivado de la ley cambiaria, en el sentido más amplio de la palabra, concedido excepcionalmente por el Derecho cambiario»; REHBEIN entiende que tiene una «naturaleza del todo positiva» y lo califica de «derecho *sui generis*» (145). Formulaciones parecidas —es decir, llenas de incertidumbre— las encontramos en nuestra literatura cambiaria, aunque quizá más orientadas hacia el carácter civil de la acción. GARRIGUES, por ejemplo, indica que se trata de una «acción derivada de la letra, pero no cambiaria» (146).

(143) Cfr. VIVANTE: *Trattato*, cit., III, pág. 576.

(144) Esta es la opinión sostenida por los grandes tratadistas alemanes —JACOBI, GRÜNHUT, THÖL, STAUB, ULMER, etc.—: cfr. BAUMBACH-HEFERMEHL: *Wechselgesetz*, citado, pág. 294; JACOBI: *Wechsel- und Scheckrecht*, cit., págs. 944-945; REHFELDT-ZÖLLNER: *Wertpapierrecht*, cit., pág. 95.

(145) *Apud* WIELAND: *La cambiale e i suoi rapporti con diritto civile* cit., páginas 44-45. V. también JACOBI, *op. loc. ult. cit.*

(146) Cfr. GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, pág. 217. Como es sabido, el profesor GARRIGUES idea esta expresión para poderle aplicar a la acción de enriquecimiento el plazo prescriptivo del artículo 950 del Código de Comercio, que habla de «acciones derivadas de la letra». Este mismo planteamiento ya había sido utilizado en Italia, en donde se distinguió acción cambiaria en sentido amplio y en sentido estricto; y acción cambiaria y acción derivada de la letra, siempre con la finalidad de —bajo la vigencia del *Codice di commercio* de 1882— hacer entrar a la acción de enriquecimiento en el plazo de prescripción del artículo 919. II que como nuestro Código hablaba de «azioni derivante della cambiale»: cfr. U. NAYARRINI:

El Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 20 de junio de 1981 —y haciéndose, sin duda, eco de las palabras del ilustre profesor—, entiende que se trata de «una acción derivada de la letra, aunque no propiamente cambiaria» (cfr. considerando núm. 4).

Aunque no se me ocultan los razonables propósitos que han inspirado este tipo de reflexiones, creo que su inconsistencia dogmática no es muy difícil de percibir: «carecen de rigor». No le falta razón a CANARIS cuando achaca a estas tesis (que invariablemente aparecen así formuladas en los manuales) que en vez de ordenar la acción de enriquecimiento entre las categorías generales ya elaboradas o de avanzar una formulación teórica de su *ratio legis*, degraden la disposición que la atribuye a «norma especial irregular y no conceptuable (*unbregreifliche*)». Por lo que —cual jurista neopositivista— concluye que la *Residuumstheorie* no posee ningún contenido proposicional dogmático y, por consiguiente, constituye un sinsentido (147).

Se hace, por tanto, absolutamente imprescindible introducir rigor en la explicación para evitar que el Derecho cambiario se nos aparezca verdaderamente —según dijera BRUNETTI— como la metafísica del Derecho privado (y entendemos aquí por metafísica el «reino de las sombras»). Metodológicamente, por ende, si queremos ser precisos y llevar el análisis a buen puerto, tendremos que operar al revés. Es decir, averiguar —hasta donde sea posible— la disciplina, y sobre la base de estos resultados, determinar la naturaleza (148). Y para ello tenemos que abandonar la discusión doctrinal en el Derecho comparado para emprender la argumentación por derroteros domésticos y estrictamente aferrados a nuestro Derecho positivo.

26. Corresponde ahora, pues, demostrar el carácter cambiario de la acción en nuestro Derecho vigente, para lo que creo que no faltan argumentos de peso; es más —si se nos permite la expresión—, esperamos poder verificar que nuestra acción de enriquecimiento es *más cambiaria* que la que consagran los ordenamientos germánicos. En el fondo, somos del parecer de que esta discusión sobre la naturaleza cambiaria o común de la pretensión es una discusión en gran parte extranjera (producto más que nada de la recepción de la discusión alemana, donde sí hay motivo para la duda, toda vez que el artículo 83 *Wechselordnung*, o el 89

Trattato teorico-pratico di diritto commerciale, III, Milano-Torino-Roma, 1920, página 570, nota 2 y pág. 572. Críticamente, en cambio, VIVANTE: *Trattato*, cit., III, páginas 565-566.

(147) Cfr. HUECK-CANARIS: *Recht der Wertpapiere*, cit., pág. 17.

(148) Esclarecedoras en este punto son las instrucciones metodológicas que nos proporciona JACOBI: *Wechsel- und Scheckrecht*, cit., pág. 946.

Wechselgesetz, aparecen desconectados del sistema estrictamente cambiario). Acaso de ello pueda dar mejor testimonio nuestra antigua doctrina mercantilista, que libre de la «contaminación alemana», no conoce el *nomen* de «acción de enriquecimiento» para designar el remedio compuesto por el artículo 460 y concordantes, y da por sentado —sin entrar siquiera en la polémica— que lo que allí se establece es la perduración de una responsabilidad cambiaria restringida (sin gastos —regla lógica en toda *mora credendi*— y circunscrita sólo a ciertos obligados cambiarios). Para todo lo cual no obsta que estos autores —básicamente los que escribieron bajo la vigencia del Código de SAINZ DE ANDINO— buscasen el fundamento *prejuridico* de la norma en un principio «ético» de acuerdo con el cual nadie debe enriquecerse a costa de los demás si no media justa causa (149). Fundamento éste que es el mismo de la acción estrictamente cambiaria y, en general —como ha demostrado ROTONDI en su célebre crítica de la acción general de enriquecimiento—, de todo el ordenamiento patrimonial. Cuando decimos, pues, que consideramos que en nuestro Derecho la acción es «más cambiaria» que en otros, aludimos al hecho de que en nuestro Código de Comercio no constituye una acción distinta de la acción cambiaria específica (como claramente sucede en los ordenamiento de filiación alemana). Ni siquiera constituye un residuo, sino la mismísima acción de regreso. Somos conscientes de que una aseveración de este tipo es un tanto chocante, pues lo que, en definitiva, comporta es afirmar que la caducidad, decadencia o perjuicio no opera automáticamente, como normalmente viene sosteniéndose. Este escollo, sin embargo, parece que hoy está superado. Carácter tradicional de la obligación de regreso es ciertamente su sujeción a una caducidad derivada de la falta de presentación, protesto o notificación dentro de un plazo riguroso. Y la razón es clara: ya que el obligado en vía de regreso garantiza en cierto sentido el pago de otro, es necesario que se establezca en términos netos si ese pago ha sido rechazado (de ahí la exigencia del protesto), y por el mismo motivo, tampoco se puede consentir una prolongación indefinida de una incertidumbre sobre ese punto (de aquí, la exigencia del término). Mas la obligación, por ejemplo, del librador de una letra no aceptada que no pruebe la provisión, no está sujeta a esta decadencia, y sostener —como alguien lo ha hecho respecto del librador del cheque— que por ello el librador es obligado directo o principal, se resolvería sólo en un ocioso cambio terminológico equivalente —como ha demostrado PELLIZZI— a colocar una nueva definición («obligación sujeta a decadencia») en el lugar de las llamadas obligaciones de regreso en el sentido tradicional («obligaciones que tienen por objeto la garantía de un pago

(149) Cfr. *infra*, nota 167.

ajeno»). Mejor es, pues, limitarse a concluir que la caducidad no es un *carácter constante* de las obligaciones de regreso (150). Este carácter no constante de la decadencia de las obligaciones de regreso lo confirma ya una primera lectura del artículo 525: «Cesará la caducidad...» cuando el librador recupere la provisión o el endosante vuelva a estar al descubierto. Lo cual —en pura lógica— quiere decir que si el librador nunca hizo la provisión o el endosante siempre estuvo al descubierto, nunca se produjo la caducidad (aunque la letra dejare de protestarse...) (151).

Esta visión de las cosas hay que verificarla ahora positivamente. Para ello —y a efectos de ganar claridad en la exposición— enumeramos los distintos argumentos que hemos podido encontrar y que luego pasaremos a exponer:

- a) argumento dogmático *ad absurdum*;
- b) argumento contra la provisión;
- c) argumento *ex* artículos 459 y 460, leídos conjuntamente;
- d) argumento del «ordenador»;
- e) argumento *ex* artículo 525, reforzado por los artículos 517, II, y 483;
- f) argumento *ex* artículo 444;
- g) argumento del *quantum* de la pretensión;
- h) argumento de la prescripción.

a) *Argumento dogmático ad absurdum*.—El primer razonamiento para afirmar la naturaleza cambiaria de la acción de enriquecimiento es de orden negativo. Ninguna de las teorías «civilistas» ensayadas por la doctrina para dar cuenta de la estructura y disciplina de la pretensión, logran una explicación satisfactoria —es decir, coincidente con la estructura y disciplina de partida— de la misma, según creo haber puesto de manifiesto anteriormente (v. *retro*, núm. 24). Ni la teoría de la acción general de enriquecimiento (152), ni la teoría de la provisión (153). La

(150) Así, G. L. PELLIZZI: *Principi di diritto cartolare*. Bologna, 1979, página 200.

(151) En realidad, es éste —la proclamación de la no caducidad de la cambial— uno de los valores fundamentales del precepto, pues su supuesto de hecho ya está contenido en el artículo 460. II: cfr GAYOSO: *Interpretación del artículo 525*, cit., pág. 174.

(152) Sostenida en nuestra literatura por LANGLE y por VICENTE y GELLA (véanse las referencias *supra*, nota 135) y justamente criticada por RUBIO: *Derecho cambiario*, cit., págs. 204-206.

(153) Sostenida principalmente por RUBIO, *op. ult. cit.*, págs. 206, 213-214, etcétera. Y parece también sostenerla GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, pág. 220. Y digo que «parece» sostenerla porque el autor se muestra un tanto dubitativo: La acción de enriquecimiento «no se funda tanto en la letra como en la provisión de fondos».

teoría del negocio causal —de cuanto nos consta— no ha sido intentada por ningún autor español.

b) *Argumento contra la provisión.*—Por supuesto, el argumento anterior no es definitivo, pues, al menos respecto de la teoría de la provisión, contiene una inconfundible petición de principio: razona admitiendo ya que la acción de enriquecimiento es cambiaria y que, por tanto, (i) puede dirigirse contra los endosantes, y (ii) no puede utilizarse contra ciertos sujetos obligados a la provisión que no proveen (ordenador), o sujetos provistos (librado) que quedan fuera del círculo cambiario. Conviene, pues, antes de nada, despejar estos puntos de vista resumiendo donde sea necesario argumentaciones desarrolladas anteriormente: (i) *En lo que atañe a los endosantes* —respecto de los cuales no puede hablarse de provisión— encontramos apoyo en la ley: el artículo 525 los legitima expresamente. Este artículo es, ciertamente, confuso: contra el argumento literal se nos podría oponer el argumento histórico, pero en este punto estamos autorizados (y compelidos) por el artículo 3 del Código Civil a dar preferencia sobre «los antecedentes históricos y legislativos» al «espíritu y finalidad» de las normas; y es claro que el sistema que forman los artículos 460, II, 515 y 525, encuentra su *ratio* en la búsqueda de una reducción de la responsabilidad cambiaria en caso de perjuicio, sólo hasta el límite del «descubierto» (*i.e.* del enriquecimiento). Límite que vendrá dado por la provisión en unos casos, pero en otros provendrá de la recepción de la valuta. Y del enriquecimiento *definitivo*, para lo cual habrá que identificar el «verdadero emitente» —y, por ende, deudor— del título (las «relaciones de punta» a que nos hemos referido). Y también contra el argumento literal artículo 525 se nos podría alegar el sistemático: su contradicción con los artículos 483 y 517, II. Pero como creemos haber demostrado, tal contradicción es sólo aparente, pues estos últimos preceptos sólo se refieren al cese de la responsabilidad cambiaria ejecutiva, y donde este argumento no valiese, acudiríamos a la explicación francesa del carácter de norma especial del artículo 525. (ii) *Respecto del ordenador y del librado*, pedimos al lector un poco de paciencia, pues para mostrar que no son legitimados pasivos —y con ello, que estamos ante una acción cambiaria— es necesario atender a una serie de argumentos intermedios [v. *infra*, sub d)].

c) *Argumento ex artículos 459 y 460, leídos conjuntamente.*—Un argumento a mi juicio definitivo en favor de la naturaleza cambiaria de la acción nos lo proporciona una interpretación conjunta de los artículos 459 y 460 del Código de Comercio. El primero de ellos —como es sabido— dispone: «El librador *responderá civilmente* de las resultas de

su letra a todas las personas que la vayan sucesivamente adquiriendo.» El segundo párrafo aclara que «[L]os efectos de esta responsabilidad se especifican en los artículos 456, 458 y en el siguiente». El siguiente es el 460, en el cual —consecuentemente— se establece una especificación del modo en que el librador responde de las resultas de la letra. Esta conexión entre ambos preceptos nos permite afirmar que la expresión «insospechada» con que se abre el 460 —«[C]esará la responsabilidad del librador...»—, sólo explicable en un «punto y seguido sintáctico», es totalmente correcta, por cuanto este precepto, el 460, en su primer párrafo se limita a establecer una excepción a la responsabilidad general que señala el 459. Y concluir también que la responsabilidad del librador del segundo párrafo del 460 —sancionada ya con carácter general en el 459— es innecesaria, pues está incluida en el artículo anterior (154). Por consiguiente, *el 460 no crea ninguna responsabilidad nueva contra el librador* (sólo una «irresponsabilidad» en su párrafo 1.º) *sino que restablece la del 459*. Para determinar, pues, si la responsabilidad del librador del 460 es cambiaria o extracambiaria bastará determinar la naturaleza de la impuesta por el 459. Y parece claro que el 459 lo que hace es definir con carácter general la posición del librador como obligado *cambiario* frente a los distintos tenedores de la letra (155). El «civilmente» no es significativo frente a «cambiariamente», sino —si atendemos a la época y a la tradición histórica— frente a «penalmente». Pero es que, además, si se entendiese el «civilmente» como opuesto a «cambiariamente» (156), incurriríamos en la incongruencia de afirmar que el librador no responde nunca cambiariamente; lo que no puede ser verdad por el hecho de que el mismo artículo 459 se remite al 456 y 458, en los que claramente se definen *obligaciones cambiarias*; a este respecto la doctrina es unánime —¡no podría ser de otra forma!— en admitir que la acción del tenedor de una letra no perjudicada contra el librador para pedirle el importe y los gastos es estrictamente cambiaria. Esta idea de que el artículo 459 establece la responsabilidad general cambiaria del librador se confirma, además, por la interpretación histórica a la luz de su precedente, el artículo 452 del Código de Sainz de Andino (157). Pues bien, si las cosas son así, en pura lógica no podemos sino afirmar que la responsabilidad del librador que redundantemente establece el primer inciso del artículo 460, II, es también *cambiaria*.

(154) Cfr. CUÑAT EDO: *La interpretación de los artículos 460 y 525 del Código de Comercio*, cit., págs. 699-701.

(155) Así, GIRÓN TENA: *Una forma de interpretar*, cit., págs. 382-383.

(156) Y no han faltado voces en ese sentido: cfr. GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, pág. 220; EIZAGUIRRE: *La trascendencia de la relación causal*, cit., pág. 910.

(157) Cfr. CUÑAT EDO, *op. ult. cit.*, págs. 701-702.

Y si para el librador es cambiaria, por fuerza hemos de admitir asimismo que es cambiaria la responsabilidad de aquellos que aparezcan al descubierto, pues el fundamento de dicha responsabilidad no muda un ápice. Y ello por un par de razones: (i) de un lado, por la misma dicción del 460, II: «Caso de hacer dicha prueba, *pasará la responsabilidad del reembolso* a aquel que aparezca en descubierto de él»; si dice «pasar» quiere decir que es la misma; (ii) pero sobre todo por un motivo dogmático: la responsabilidad del reembolso siempre es idéntica y se funda en la letra, no en el «descubierto», que es un criterio —basado en razones ciertamente de justicia— para seleccionar, cuando la letra está perjudicada, un deudor de entre todos los integrantes del círculo cambiario. Lo único que sucede es que se produce una reducción de la responsabilidad general (solidaria) del círculo por razones de seguridad del tráfico; por razones de perjuicio del título. De todo lo cual comenzamos ya a deducir que el librado no aceptante, siendo cambiaria la acción, no está legitimado pasivamente de una manera «directa» (ya veremos un poco más tarde si lo está de alguna forma); y, consecuentemente, que la «acción de enriquecimiento» no se funda en la provisión.

d) *Argumento del ordenador*.—Mas si el argumento anterior no bastase para demostrar fehacientemente que el librado no aceptante no está legitimado pasivamente, existe otro contundente que difícilmente se puede superar y que me esforzaré por presentar con la debida claridad: el ordenador en la *Kommissionstratte* es el obligado (*ex art. 456*) a hacer la provisión; y, sin embargo, no asume responsabilidad directa, que ese mismo precepto y el último párrafo del artículo 446 atribuye clarísimamente al librador; si la letra se perjudica el tenedor habrá de dirigirse necesariamente contra el librador (no obligado a la provisión) y no contra el ordenador (que ha incumplido su obligación de proveer); y ello sólo se explica por una razón clarísima: porque la provisión no es el fundamento de la responsabilidad por enriquecimiento —el librador se enriquece porque ya cuando libra la letra y el comitente no provee nace a su favor un crédito *ex causa*—; porque, en definitiva, el artículo 459, que anuda los artículos 456 y 460, establece la responsabilidad *cambiaria* del librador (158). Ciertamente, el problema singular del ordenador no tiene mayor importancia, pero de estos preceptos del Código se obtiene una directiva interpretativa a mi juicio esencial: la razón por la que queda excluido de legitimación pasiva el tercero comi-

(158) Esta solución la aprueba RUBIO: *Derecho cambiario*, cit., págs. 213-214, quien se ve forzado a admitir que aquí se produce una quiebra del sistema (tal como él lo comprende).

tente es *porque él no asume ninguna responsabilidad cambiaria* (159). *Ergo* las menciones indeterminadas del 460 —el que aparezca al descubierto— y del 515 —el que conservara en su poder el valor de la letra— sólo pueden estar refiriéndose a los *obligados cambiarios* (160). Esta solución negativa de frente al librado (y personajes cambiarios en situación similar: domiciliatario y ordenador) se confirma muy bien con algunos datos que nos suministra el Derecho comparado: es muy sintomático que quienes admiten que el librado es legitimado pasivo, pese al silencio de la ley (y son muy pocos), expliquen la *ratio* de la *Bereich-erunsanspruch* en una subespecie de la acción general de enriquecimiento sin causa del Derecho común (totalmente impensable) (161); y que los ordenamientos que de modo expreso legitiman pasivamente al librado, ordenador y domiciliatario (así, por ejemplo, el art. 1.052 del *Obligationrecht* suizo), construyan la naturaleza jurídica de esta acción como una acción civil de enriquecimiento injusto. En nuestro Ordenamiento, por consiguiente, parece clarísimo que el librado no está legitimado.

Pero entiéndase bien: no está legitimado para la acción de enriquecimiento, aunque sí lo está para una acción causal, a la que, como es lógico, puede oponer las excepciones personales que sean del caso. En este punto, pues, aun con las ligeras diferencias provenientes de los distintos regímenes jurídicos de las acciones cambiarias y causales, llegamos a un tratamiento práctico de la cuestión del librado sustancialmente coincidente con el que suele otorgarle nuestra doctrina cuando le legitima pasivamente para la acción de enriquecimiento (162). Pero, entonces, ¿cómo puede construirse esa legitimación para una acción *ex causa*? En realidad, lo que proponemos por diferencia a la literatura más tradicional viene a traducirse en última instancia en una mera rectificación dogmática. En efecto, la exclusión del librado del círculo de sujetos pasivos de esta pretensión no excluye que el tenedor puede dirigirse contra el librado *utendo jure* del librador que haya efectuado provisión de fondos (163); en una palabra, que se dirija contra él en virtud de la misma acción de enriquecimiento cambiario que tiene contra el li-

(159) Cfr. CASTELLANO: *La responsabilità cambiaria*, cit., págs. 222-224 e *ibi* más indicaciones y argumentos.

(160) Resulta extraño que RUBIO, *op. cit.* págs. 212-213, habiendo excluido al ordenador del círculo de sujetos pasivos de la pretensión de enriquecimiento (véase *supra*, nota 158), se muestre partidario de considerar incluido al librado no aceptante.

(161) Así, por ejemplo, LADENBURG: «Kann der Wechselinhaber gegen den Bezogenen, der nicht acceptirt, aber Deckung für den Wechsel erhalten hat, auf Zahlung desselben klagen?», en *Archiv für deutsches Wechselrecht*, vol. 4, 1885, páginas 250 y ss. (*apud* CASTELLANO, *op. ult. cit.*, pág. 226, nota 102).

(162) V. las indicaciones contenidas *retro*, nota 69.

(163) Cfr. NAVARRINI: *Trattato*, cit., III, pág. 570.

brador, subrogándose en sus derechos a la provisión (164). Es decir, como el librador se ha enriquecido (mientras conserve el crédito de la provisión frente al librado), ejercitar contra él la acción cambiaria supone una cesión al tenedor de sus derechos a la provisión, que éste reclamará ejercitando una acción causal. Con ello quiero significar que en este punto el Código de Comercio establece un supuesto de *subrogación legal* que explica muy bien la disciplina que es aplicable al caso (oponibilidad de excepciones personales, etc.). Bien es verdad que el artículo 1.209 CC prescribe que la subrogación no puede presumirse «fuera de los casos *expresamente* mencionados en la ley» y que la subrogación de que estamos hablando no viene *expresamente* establecida por el Código de Comercio, sino única y exclusivamente de una manera interna (o tácita). Este escollo, en todo caso, no es insalvable. Por la mayoría de la doctrina civilista y por el Tribunal Supremo se ha admitido que cuando el Código Civil utiliza expresiones como «terminantemente» (artículo 1.204), «expresamente» (art. 1.137) y otras de similar alcance no quiere significar necesariamente que la proposición de que se trate deba estar enunciada «escritamente», sino que es suficiente con que pueda deducirse (en vía interpretativa) *claramente* (165). Y desde luego la subrogación del tenedor en los derechos del librador frente al librado está claramente contenida en el Código de Comercio, ya que una interpretación en sentido contrario implicaría un absurdo (y la abierta posibilidad del fraude): el razonamiento es claro: «formalmente» no se puede ir contra el librador *porque hizo provisión*. «Porque hizo provisión» tiene que significar que se abre la posibilidad de ir contra quien la posea, que es la *ratio* de la liberación del librador. Y esto, en términos dogmáticos, habida cuenta que el librador conserva el crédito sobre la provisión (y que, por lo tanto, no se empobrece al hacerla), sólo puede solucionarse a través del expediente que proponemos. En conclusión, pues, no existe acción directa contra el librado porque éste no ha asumido responsabilidad cambiaria; y ello aunque el tenedor tuviese un derecho propio a la provisión —porque, por ejemplo, hubiese mediado

(164) Así, entre otros, PARDESSUS: *Cours de droit commercial*, cit., II, páginas 291-293; J. PERCEROU y J. BOUTERON: *De la lettre de change, du billet à ordre et du cheque*, I, París, 1937, pág. 135; MOSSA: *Trattato della cambiale*, cit., página 626.

(165) En relación con las afirmaciones contenidas en el texto, véase, respecto del artículo 1.137 del Código de Comercio, J. CAFFARENA: *La solidaridad de deudores*, Madrid, 1980, págs. 138-139, y sobre todo en la nota 43 (págs. 175-176), con ulterior información bibliográfica y jurisprudencial; respecto del artículo 1.204 del Código de Comercio, F. SANCHO REBULLIDA: «Comentario a los artículos 1.203 y 1.204 del Código Civil», en M. ALBALADEJO (ed.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVI, vol. 1, Madrid, 1980, págs. 573-574.

un contrato de provisión a su favor personal—: la acción en este caso no sería cambiaria, sino *causal*.

e) *Argumento ex artículo 525, reforzado por los artículos 517, II y 483*.—Si todavía cupiesen dudas sobre el carácter cambiario de la responsabilidad por letra perjudicada, creemos que definitivamente quedarían disipadas por el tenor literal, difícilmente superable, del artículo 525 —«no tendrá efecto la caducidad de la letra perjudicada...»—, de donde clara y llanamente se deduce que, en el supuesto, la pretensión cambiaria pervive (166). Problema éste que quizá nuestros mercantilistas del siglo pasado, en la vigencia del Código mercantil de 1829, entendieron mejor que nosotros, libres de prejuicios dogmáticos (167). Y contribuye a confirmar esta opinión, si bien con la imperfección propia de todo argumento a contrario, el artículo 517, II y el 483, en relación al 460 (168). Esta afirmación de la naturaleza cambiaria, por supuesto, no prejuzga el proceso: la hacemos pensando que sólo puede deducirse en juicio ordinario (al menos desde la reforma de 1967), como claramente resulta de los artículos 509, 516 y 521, I.

f) *Argumento ex artículo 444*.—Por otro lado, volvemos a verificar nuestra tesis cambiaria si tenemos en cuenta que —y se trata de algo que nadie discute en el Derecho comparado— la acción de enriquecimiento parte de un título que debe tener todos los requisitos de la letra (art. 444). No puede partir de una letra defectuosa, ni de un título incompleto, ni, por supuesto, de una cambial en blanco. Lo cual nos está ya indicando que la acción se funda sobre un derecho y una obligación cambiarios, que cabalmente nacen de la misma letra (169). Algunos autores, con todo, se han mostrado contra esta orientación. Así, por ejemplo, VICENTE Y GELLA, aunque no niega que la acción de enriquecimiento sólo pueda ejercitarse por el tenedor del título (o quien haya obtenido a su favor una declaración judicial de amortización del mismo), estima que la posesión de la letra es precisa en este caso, no porque el título en cuestión *constituya* el derecho a favor del tenedor, sino como simple *prueba* del perjuicio causado (170). Es decir, reduce

(166) Cfr. EIZAGUIRRE, *op. ult. cit.*, pág. 910.

(167) Esta opinión era unánime respecto del artículo 541 del Código de SAINZ DE ANDINO (antecedente del vigente art. 525) entre la doctrina del momento: cfr. GONZÁLEZ HUEBRA: *Curso de Derecho Mercantil*, I, cit., págs. 335-336; MARTÍ DE EIXALA: *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, cit., págs. 242-243; GÓMEZ DE LA SERNA Y REUS Y GARCÍA: *Código de Comercio anotado y concordado*, cit., página 22. V. también CUÑAT EDO, *op. cit.*, págs. 718-720.

(168) Cfr. EIZAGUIRRE, *op. loc. ult. cit.*

(169) Cfr., por todos, MOSSA: *Trattato della cambiale*, cit., pág. 624, y JACOBI: *Wechsel- und Scheckrecht*, cit., pág. 928.

(170) Cfr. VICENTE Y GELLA: *Los títulos de crédito*, cit., pág. 340.

la cambial a simple *Schuldschein*. Este planteamiento se despeja, creo, pensando en la insustituibilidad de la letra como «medio de prueba».

g) *Argumento del quantum de la pretensión*.—Se trata éste de un razonamiento muy simple, pero muy eficaz: nuestro Código de Comercio establece con claridad meridiana —y en esto diferimos de la regulación «germánica»— que el «enriquecido» debe reembolsar el importe literal de la letra (cfr. arts. 460 y 525). Si el fundamento no fuese el mismo título —con su característica de la literalidad— el legitimado debería responder sólo de la cuantía de su enriquecimiento. Cosa esta última que es impensable (171).

h) *Argumento de la prescripción*.—Finalmente, certifica de un modo paladino nuestra tesis —la acción de enriquecimiento no sólo es cambiaria, sino que es la misma acción de regreso— el artículo 460, II allí donde establece que la pretensión puede ejercitarse «*mientras la letra no haya prescrito*». Lo cual, a nuestro modo de ver, es altamente significativo de: (i) que el fundamento de la pretensión es el crédito cambiario; y (ii) que se le señala a la acción de enriquecimiento el mismo plazo de prescripción (al contrario de lo que a la acción cambiaria que sucede en otros ordenamientos); *ergo*: debe tratarse de la misma cosa (172). De lo cual vuelve a emerger la conclusión que ya hemos verificado en otras zonas: que la acción de enriquecimiento no es ni más ni menos que la misma acción cambiaria que sobrevive a determinados fenómenos «preclusivos», aunque, es cierto, privada de algunas características; aquéllas que atribuyen a la acción cambiaria regular una tutela judicial rápida y segura; que permiten dirigirla contra cualquier firmante y que reconocen a la cambial la eficacia del título ejecutivo (173).

27. Del examen realizado se derivan dos conclusiones principales, cuya certeza y validez quisiéramos tener por suficientemente probadas. Es la primera que la decadencia no opera al modo de una «prescripción automática e indefectible»; lo cual, a su vez, permite afirmar que la acción de enriquecimiento, en lugar de constituir la consagración de un supuesto excepcional de responsabilidad, viene, por el contrario, a sancionar la perduración de la responsabilidad cambiaria ordinaria no obs-

(171) Este argumento lo confirma, *a sensu contrario*, HUECK-CANARIS: *Recht der Wertpapiere*, cit., pág. 125.

(172) La objeción de LANGLE: *Manual*, cit., II, pág. 190, queda así destruida.

(173) Se habrá advertido que no hemos utilizado para nada el argumento del artículo 950 del Código de Comercio. Pero una vez fundamentada nuestra tesis en el 460, sí podemos recurrir al 950.

tante el perjuicio. Perduración, pues, de una responsabilidad, cuya fuente —única fuente— estriba en la suscripción del título (174). Es la segunda que el único responsable del pago de la letra perjudicada es —como diría JACOBI (175)— el «deudor último», con independencia de la posición cambiaria —libramiento o endoso— que ocupe. Y si estas dos conclusiones se dan por buenas, los objetivos de estas páginas se verían más que colmados, pues, a fin de cuentas, ellas son cifra y resumen de los propósitos que las han animado y que, por vía de síntesis y como hipótesis de trabajo, dejamos ya bien explícitas en el apartado preliminar.

CÁNDIDO PAZ-ARES

Departamento de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

(174) No podemos dejar de reenviar aquí a CASTELLANO: *La responsabilità cambiaria*, cit., págs. 140 y 144-145.

(175) Cfr. JACOBI: *Welchsel- und Scheckrecht*, cit., pág. 935.

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR TIRSO CARRETERO GARCÍA,
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO,
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y
JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

2. NO PROCEDE CANCELAR, AL AMPARO DEL APARTADO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 141 DE LA LEY HIPOTECARIA, UNA HIPOTECA UNILATERAL SI CONSTA EXTENDIDA LA NOTA MARGINAL DE HABER SIDO ACEPTADA, AUNQUE SE ALEGUE POR EL HIPOTECANTE QUE HUBO ERROR EN LA ACEPTACIÓN, EN BASE A DETERMINADA FRASE DE LA ESCRITURA EN QUE SE HIZO.

Resolución de 26 de junio de 1979 (B. O. del E. de 7 de agosto).

Antecedentes de hecho.—Por escritura de 30 de noviembre de 1965, autorizada por el Notario de Valencia don Fernando Monet y Antón, la entidad «Construcciones Sellés, S. A.», reconoció adeudar al «Banco de Aragón» 8.930.126 pesetas, y, en garantía del pago de la citada cantidad, los consortes don Vicente Sellés Llavador y doña Carmen Bonastre Camps constituyeron hipoteca por acto unilateral, conforme al artículo 141 de la Ley Hipotecaria, sobre unas fincas de su propiedad.

Por escritura de 24 de marzo de 1968, autorizada por el mismo Notario de Valencia citado, el «Banco de Aragón», por medio de sus representantes,

aceptó la hipoteca a su favor constituida, aceptación que se hizo constar en el Registro por nota marginal.

Por escritura de 12 de julio de 1968, que fue presentada a Registro el 21 de agosto de 1978, autorizada por el Notario de Valencia don Gregorio Pérez-Sauquillo, los cónyuges de que se trata solicitaron del Registrador la cancelación de la hipoteca unilateral por entender que la escritura de 24 de marzo de 1966 no reunía los requisitos legales para significar una aceptación, y por haber transcurrido el plazo de dos meses a contar del requerimiento notarial que al citado Banco le fue hecho, en mayo de 1968, a instancia de los cónyuges don Vicente Sellés Llavador y doña Carmen Bonastre, para que aceptase la referida hipoteca, sin tener constancia de que se haya efectuado la aceptación correcta de la misma.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 1 de Valencia primera copia de la escritura de cancelación, fue calificada con la nota siguiente: «Se deniega la inscripción de la cancelación de la hipoteca unilateral a que el mismo se refiere, y en cuanto a las dos fincas de la demarcación de este Registro número 1, por lo siguiente:

1.º En cuanto a la finca relacionada en el apartado c) de la escritura presentada, y que consta inscrita en el tomo 1.822, libro 321 de Afueras, 2.º, folio 239, finca número 32.245, porque aparece ya cancelada por la inscripción 6.ª de la misma finca.

2.º En cuanto a la finca relacionada en el apartado d) de dicha escritura, que consta inscrita en el tomo 529, libro 389 de Afueras, folio 238, finca número 32.255, porque la hipoteca unilateral que la afecta consta aceptada por el acreedor «Banco de Aragón», en fecha 12 de mayo de 1966, cual consta en la correspondiente nota puesta al margen de la misma, por lo que no procede su cancelación sin el consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó.

3.º Porque los derechos reales inscritos en el Registro a todos los efectos legales, se presume que existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo, según el artículo 38 de la Ley Hipotecaria

4.º Porque, según el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, «las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción», lo que en este caso no ocurre porque no presta su consentimiento el «Banco de Aragón», a cuyo favor se ha hecho la inscripción de hipoteca unilateral.

Don Vicente Sellés Bonastre, heredero de los cónyuges hipotecantes, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que en la parte dispositiva de la escritura de aceptación de hipoteca, por los representantes del «Banco de Aragón», otorgada el 24 de marzo de 1966, se dice textualmente «que aceptan la constitución de hipoteca unilateral otorgada por la Compañía mercantil anónima 'Construcciones Sellés, S. A.', lo cual es inexacto, pues, según resulta de la escritura de 30 de noviembre de 1965, la mencionada Sociedad, por su Director Gerente, don Vicente Sellés Llavador, se limitó a reconocer adeudar al «Banco de Aragón» la cantidad señalada en dicha escritura, siendo la hipoteca unilateral constituida por los consortes don Vicente Sellés Llavador y doña Carmen Bonastre, como meros particulares propietarios de las fincas, sin que ostentaran

ninguna representación de Sociedad comercial alguna; que en el Registro de la Propiedad consta literalmente que «los citados consortes don Vicente Sellés Llavador y doña Carmen Bonastre Camps, como propietarios, constituyen hipoteca por acto unilateral, conforme al artículo 141 de la Ley Hipotecaria»; que la nota marginal en la que consta que «la hipoteca que expresa la adjunta inscripción ha sido aceptada por el 'Banco de Aragón' supone una falsedad, pues, como se ha dicho, la hipoteca unilateral la constituyeron los consortes tantas veces mencionados, por lo cual aquel Banco aceptó una hipoteca inexistente, una supuesta hipoteca constituida por «Construcciones Sellés, S. A.»; que, por tanto, la hipoteca constituida por los padres del recurrente no ha sido aceptada, en vista de lo cual requirieron aquéllos al «Banco de Aragón» para que procediese a su aceptación, y como quiera que ésta no ha recaído y han transcurrido dos meses desde el requerimiento, procede practicar la cancelación escriturada, al amparo de los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento; que es improcedente la aplicación de los artículos invocados por el Registrador en los números 3.º y 4.º de su calificación, los cuales se refieren a casos normales, pero no a situaciones de anormalidad jurídica, como la que plantea este recurso.

El Registrador informó: Que no procede cancelar la inscripción de hipoteca en cuanto a la finca relacionada en el apartado c) de la escritura calificada porque ya aparece cancelada con fecha 15 de junio de 1976 en cumplimiento de mandamiento del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Valencia, dimanante de procedimiento sumario promovido por el Banco de Crédito a la Construcción contra los esposos Sellés y Bonastre; que tampoco procede cancelar la inscripción de hipoteca en cuanto a la finca referida en el apartado d) de la escritura calificada por cuanto, como el mismo recurrente reconoce, en el Registro aparece extendida nota marginal de aceptación por parte de la representación del «Banco de Aragón», de conformidad con el artículo 141 de la Ley Hipotecaria; que, según el artículo 1 de la misma Ley, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley, en cuyo artículo 38 se establece que, a todos los efectos legales, se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo; que, por tanto, ha de entenderse que la hipoteca unilateral fue aceptada por el «Banco de Aragón», no dándose el supuesto necesario para poder cancelar la hipoteca sin necesidad del consentimiento del acreedor.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador declarando que la aceptación del «Banco de Aragón», que tuvo lugar cuando todavía no se había practicado el requerimiento a que se refiere el artículo 141 de la Ley Hipotecaria, consta en el Registro por nota marginal; que si bien es cierto que en las hipotecas voluntarias unilateralmente constituidas sobre bienes propios, cuando el acreedor hipotecario no las hubiese aceptado después del transcurso de dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se hubiese llevado a cabo (*), según preceptúa el artículo 141 de la Ley Hipotecaria, no es menos cierto que en el caso presente, constituida hipoteca en fecha 30 de noviembre de 1965, reflejada la misma por nota marginal en los asientos correspondientes a los bienes

(*) Al parecer, faltan las palabras «pueden cancelarse» en el *Boletín Oficial*.

hipotecados, y sin que aparezca requerimiento alguno por parte de aquellos señores, ni de sus sucesores, el acreedor hipotecario «Banco de Aragón, S. A.», aceptó la misma en 24 de marzo de 1967 ante el mismo Notario otorgante de aquella escritura de hipoteca; y si todo esto es así, no puede admitirse, actualmente, la pretensión de los recurrentes —herederos de aquel matrimonio—, en el sentido de que es improcedente la nota del Registrador de la Propiedad, que se niega a la cancelación de tal hipoteca al amparo del párrafo 2.º del artículo 141 de la Ley Hipotecaria, pues, se repite, la aceptación por parte del acreedor hipotecario se llevó a cabo cuando todavía no se había hecho el requerimiento a que se refiere tal precepto, del cual arranca el citado plazo de dos meses; que si bien es cierto que el recurrente alega que la escritura de aceptación —de 23 de marzo de 1966— fue ilegalmente llevada a cabo, pues se hace sobre una hipoteca inexistente, refiriéndose, posiblemente, al hecho de que fueron aceptados bienes de la Sociedad «Construcciones Sellés», por parte del citado matrimonio Sellés-Bonastre (*), no es menos cierto que la lectura de la escritura de constitución de tan repetida hipoteca —la de 30 de noviembre de 1965— no deja duda alguna al respecto, no sólo por la contemplación de los fundamentos de ella, sino, incluso, por el hecho de que don Vicente Sellés Llavador hace constar que interviene en su calidad de Director-Gerente de la Compañía mercantil anónima «Construcciones Sellés, S. A.», de la que tiene facultad para ese acto a virtud de acuerdo legítimo de la Junta general extraordinaria de accionistas celebrada «en el día de hoy según escritura autorizada por el fedatario de la presente, bajo el número 2.462», representación que es aceptada por tal Notario; que aceptar la tesis del recurrente equivaldría a negar los principios básicos asignados a tal Institución y reflejada, entre otros preceptos, en los artículos 38 y 82 de la Ley Hipotecaria.

Apelado el auto presidencial por el recurrente, la Dirección General (1) acordó confirmar el auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—La cuestión que plantea este recurso es la de si procede cancelar, sin el consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó, una hipoteca unilateral cuando en el Registro consta extendida la nota marginal de haber sido aceptada.

En el Registro de la Propiedad aparece inscrita, según se acredita en este expediente por certificación registral, una hipoteca unilateral a favor del «Banco de Aragón» constituida por los consortes don Vicente Sellés Llavador y doña Carmen Bonastre Camps, lo cual concuerda con la escritura de constitución de hipoteca de 30 de noviembre de 1965, y que por nota marginal consta que «la hipoteca que expresa la adjunta inscripción ha sido aceptada por el 'Banco de Aragón'», por lo que no cabe duda de que la aceptación, según el Registro, se contrae a la hipoteca constituida por ambos cónyuges.

Al constar por nota marginal la aceptación de la hipoteca a que se refiere la escritura de 30 de noviembre de 1965, no procede acceder a la pretensión cancelatoria del recurrente, por no darse el supuesto de hecho que contempla el párrafo segundo del artículo 141 de la Ley Hipotecaria como requisito para que la hipoteca pueda cancelarse a petición del dueño

(*) El lector debe salvar también algún error de redacción del resultando o errata en el *Boletín Oficial*.

(1) Vistos los artículos 1, 38, 40, 82 y 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento,

de la finca sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó.

Si bien la parte dispositiva de la escritura de 24 de marzo de 1966 expresa que los representantes del «Banco de Aragón» «aceptan la constitución de hipoteca unilateral otorgada por la Compañía mercantil anónima 'Construcciones Sellés, S. A.'», es lo cierto que del conjunto de la escritura se deduce con claridad y corrección que la hipoteca aceptada es la constituida por el matrimonio Sellés-Bonastre, ya que a esta hipoteca se refiere expresamente el expositivo primero, letra b), de la escritura de aceptación, y así se deduce también del hecho de coincidir en todos sus datos y circunstancias de identidad, extensión, linderos, responsabilidad a que están afectas, etc., las fincas gravadas con la hipoteca unilateral descritas en la escritura de constitución de ésta, con las que aparecen reseñadas y descritas en la escritura de aceptación por el «Banco de Aragón».

A mayor abundamiento, también la propia cláusula dispositiva ofrece base suficiente para entender que, a virtud de la escritura de 1966, se acepta la hipoteca constituida por el mencionado matrimonio, como puede deducirse de la alusión y remisión que a la escritura de constitución de esta hipoteca hace la citada cláusula al decir que la hipoteca unilateral es aceptada «en todas sus partes conforme quedó estructurado en la repetida escritura autorizada por el fedatario de la presente en 30 de noviembre de 1965».

De todo lo expuesto se deduce que el funcionario calificador procedió en su día a extender correctamente la nota marginal solicitada, y este asiento, de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud hasta tanto que con arreglo a los procedimientos señalados en el artículo 40 de la misma Ley se inste por los interesados la oportuna rectificación, y sin que sea el recurso gubernativo el procedimiento adecuado para la finalidad pretendida.

COMENTARIO.—De todo cuanto se dice en los dos primeros resultandos, completado con lo que afirman el auto presidencial y los considerandos cuarto y quinto, se deduce que era prácticamente imposible aislar del total contexto de la escritura de aceptación de 24 de marzo de 1966 la frase por la que se acepta «la constitución de hipoteca unilateral otorgada por 'Construcciones Sellés, S. A.'», para sacar la consecuencia de que el Banco de Aragón no había aceptado la hipoteca unilateral constituida por los esposos Sellés-Bonastre».

Resultado totalmente caprichoso defender que los órganos de decisión del «Banco de Aragón» competentes para disponer la aceptación de la hipoteca, y las personas físicas representantes del mismo en la escritura de aceptación, incurrieron en algún tipo de error que hiciese anulable su clara voluntad de aceptar la hipoteca que se había constituido a su favor para garantizar la deuda de la entidad «Construcciones Sellés, S. A.».

El escrito de recurso, cuando dice que el Banco aceptó una hipoteca inexistente, y que, por tanto, no había sido aceptada la constituida por los esposos Sellés-Bonastre, violenta totalmente la lógica del error del negocio jurídico, además de colocarse en la extremosa posición de *Decro* cuando negaba toda excepción al *errantis non est voluntas*. No obstante, tales afirmaciones son un tanto disculpables por su ánimo e intención de que el recurso tenga algún fundamento, aunque endeble.

Lo que resulta imperdonable es calificar de falsa la nota marginal puesta para hacer constar la aceptación de hipoteca. No se contenta el recurrente con estimar errónea o inexacta la nota, sino que escoge el calificativo más aventurado y violento que encuentra a mano. Si el informe del Registrador se mantuvo en los términos de indiferencia que refleja el resultando sexto, creo que tuvo excesiva serenidad o benevolencia ante el improcedente y grave calificativo que el recurrente había dado a la nota marginal del Registro.

El auto presidencial, cuyos puntos fundamentales recoge con elogiabile extensión el último resultando, confirma la nota de calificación basándose en los artículos 38 (la nota de aceptación estaba en todo caso amparada en el principio de legitimación registral) y 82 (aceptada la hipoteca unilateral no puede cancelarse sino con los requisitos ordinarios de este artículo).

El considerando primero no es muy exacto al describir la cuestión planteada. Es claro que, cualquiera que fuesen los términos de la escritura solicitando la cancelación de la hipoteca al amparo del apartado 2.º del artículo 141 de la Ley Hipotecaria, tal cancelación requería la previa cancelación, por inexactitud, de la nota marginal de aceptación. La verdadera cuestión versaba, por tanto, sobre la posibilidad de dejar sin efecto dicha nota sin intervención directa del acreedor hipotecario, interesado primordial en su subsistencia.

Los considerandos segundo, cuarto y quinto son más bien exposición de hechos (principalmente aclaraciones sobre el texto y contenido de la escritura de aceptación que originó la nota marginal), que vienen a confirmar que se aceptaba la hipoteca constituida por el matrimonio Sellés-Bonastre, aunque alguna frase de la escritura de aceptación fuese un tanto ambigua o incompleta. Y los considerandos tercero y último concluyen que, constando por nota marginal la aceptación de la hipoteca (nota marginal extendida en su día correctamente y que se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales), no procede la cancelación conforme al apartado 2.º del artículo 141.

El final del último considerando muestra el único resquicio para conseguir que en el Registro apareciese la hipoteca unilateral sin aceptar: obtener la rectificación del Registro inexacto, por alguno de los procedimientos señalados en el artículo 40 de la Ley, para ninguno de los cuales es idóneo el recurso gubernativo.

Ahora bien, el recurrente se cerraba toda posibilidad de encontrar ese resquicio con la disparatada y violenta acusación de falsedad de la nota marginal. El camino correcto debía encontrarse discutiendo por las letras c) y d) de dicho artículo 40. La Dirección no tenía necesidad, para rechazar el recurso, de hacer un análisis detallado de la aceptación de la hipoteca del caso, pero este comentario sí debe defender mejor la nota marginal que originó (2).

(2) En lo que acaso nos esté vedado entrar es en la explicación última del recurso, del retraso de diez años en presentar la escritura solicitando la cancelación de la hipoteca y del de dos años desde la nota marginal de aceptación hasta el requerimiento para que se hiciese una aceptación más correcta. No descarto la posibilidad de que las relaciones de negocios entre el señor Sellés, «Construcciones Sellés, S. A.», y el «Banco de Aragón» hubiesen sufrido alteraciones que justificasen recurrir al retorcido procedimiento cancelatorio de dar por no aceptada la hipoteca, e incluso que el Banco acreedor estuviese tácitamente conforme con este camino, pero el Registrador tenía que considerar inadmisible este procedimiento, no sólo por todo lo que la Dirección ha considerado, sino porque el unilateral camino cancelatorio resultaba totalmente improcedente, cualquiera que fuese el contenido del requerimiento notarial efectuado en mayo de 1968.

Más aún, nos está vedado entrar en las implicaciones fiscales que pueden existir en las cancelaciones

El Registrador, al calificar la escritura de aceptación de la hipoteca, no podía ponerla reparos en base a imaginarios errores de la entidad aceptante. A la vista de la escritura de constitución de hipoteca unilateral, otorgada por don Vicente Sellés en su propio nombre —como hipotecante, con el consentimiento de su esposa— y como representante de «Construcciones Sellés, S. A.» —para reconocer la deuda social garantizada—, era imposible que el representante del «Banco de Bilbao» y el órgano competente para decidir sobre la aceptación incurriesen en error alguno, pero aún era más imposible que el Registrador, al calificar la aceptación, hiciese aventuradas presunciones de error cuando ésta quedaba claramente referida a la escritura de constitución perfectamente reseñada e identificada.

La frase que transcribe el resultando quinto tomándola del escrito de interposición del recurso —que aceptan la constitución de hipoteca unilateral otorgada por... «Construcciones Sellés, S. A.»—, podrá ser tildada de incorrecta o de incompleta, pero no era inexacta porque efectivamente la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca estaba otorgada por «Construcciones Sellés, S. A.», y era perfectamente razonable la elipsis que evitase detallar que se aceptaba en todas sus cláusulas la escritura otorgada por don Vicente, como representante de la sociedad en cuanto al reconocimiento de deuda, y en nombre propio y con el consentimiento de su esposa en cuanto a la hipoteca, máxime cuando la escritura aceptada se reseñaba con todo detalle. Extraer esa frase del contexto de la escritura de aceptación, para diagnosticar un error obstativo *in negotio* o un error invalidante sobre la persona, hubiese sido inadmisible oficiosidad del Registrador, y con razón estimó bien aceptada la hipoteca por el «Banco de Bilbao» y extendió correctamente la nota marginal.

Que la nota marginal de aceptación supuso una falsedad y que el «Banco de Aragón» aceptó una hipoteca inexistente son afirmaciones del recurrente que no merecen mayor atención, y acaso por ello no fueron rechazadas ni por el Registrador ni por la Dirección con la energía que merecían. Ambas afirmaciones, además de absurdas, son contradictorias: la primera, reducida a sus justos límites, conduciría a un acto culposo del Registrador; la segunda permanece en el campo del error del aceptante, lo que obliga, ante todo, a dilucidar si se trataba de un tipo de error productor de la nulidad o anulabilidad de la aceptación.

En otro lugar (3) puse de relieve la endeble normativa del título VII de

de hipoteca realizadas al amparo del artículo 141, 2.º, con ánimo de fraude fiscal, dadas las vacilaciones sobre el momento del devengo del impuesto en la hipoteca unilateral, vacilaciones derivadas, a su vez, de las múltiples teorías sobre su naturaleza jurídica (condición suspensiva, reserva de rango, consentimiento formal, negocio dispositivo unilateral) (*). Es claro que por la constitución de hipoteca de nuestro caso, se habría satisfecho el impuesto o al constituirse o al aceptarse. También es de suponer que la escritura de 12 de julio de 1968 solicitando la cancelación por falta de correcta aceptación, hubiese devengado el impuesto de cancelación si procedía, pero ello no debe impedirnos llamar la atención sobre el incierto trato fiscal de la escritura cancelatoria otorgada por el dueño de la finca, que exige el artículo 237, 2.º, del Reglamento, en el caso del 141, 2.º, de la Ley.

(3) Comentario a la Resolución de 11 de noviembre de 1970 en el núm. 484 de esta *Revista*, mayo-junio de 1971, pág. 674.

También se rozaba estos temas de los errores en los asientos en el comentario a la Resolución de 28 de mayo de 1971, en el núm. 486 de esta misma *Revista*, septiembre-octubre de 1971, págs. 1229 y 1248-1249.

(*) Sobre el trato fiscal de la hipoteca de constitución unilateral, ver. ANTONIO MARTÍN LAFUENTE, *Manual del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, 1977, pág. 339, Resolución del Tribunal E. A. Central de 14 de junio de 1963 PUIG SALELLAS «La hipoteca unilateral pendiente de aceptación y el Impuesto de Derechos Reales», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1962, páginas 781-795 RICARDO DE ANGEL YAGUEZ «La hipoteca cambiaria de constitución unilateral», en esta *Revista*, núm. 531, marzo-abril de 1979) también se ocupa del tratamiento tributario de la hipoteca unilateral, aunque no profundice en la especial dificultad que presenta la cambiaria unilateral.

la Ley Hipotecaria, basada toda ella en la insegura distinción entre errores materiales y errores de concepto. Con razón fue una materia en la que el legislador dudaba si había acertado. La doctrina tampoco ha estado muy afortunada en este tema de la rectificación de errores en los asientos, lo que nada tiene de extraño porque el error es una de las cuestiones más vidriosas del Derecho. En especial, los autores suelen conceder escasa importancia al error en la calificación, que es distinto del error en el asiento y que suele cabalgar sobre éste y el error del título inscrito. Por todo ello, el deslinde entre los errores rectificables por el Registrador y los errores que sólo pueden ser rectificables con consentimiento unánime de todos los interesados, que, en definitiva, es la clasificación más importante desde el punto de vista práctico, es particularmente difícil.

Pero no procede insistir en estos temas, porque en el caso del recurso no había ningún error de asiento que rectificar ni ninguna inexactitud registral que el Registrador pudiera rectificar sin la intervención del titular de la hipoteca aceptada, principal interesado —mientras otra cosa no resultase acreditada— en la subsistencia de la nota marginal de aceptación.

Tampoco se trataba de un error del título de aquellos que advertidos por el Registrador pueden ser subsanados por el Notario autorizante (o su sustituto o sucesor) por medio del acta que autoriza el artículo 146 del Reglamento Notarial. Menos aún de un error del título de los salvables, conforme a los artículos 153 ó 253 del mismo Reglamento. No hubo error en el título, aunque acaso sí cierto descuido o incorrección en una cláusula que, a juicio del Registrador —razonable— no suponía oscuridad, ambigüedad ni contradicción alguna. En caso de haber existido algún error, cosa muy poco probable, éste tenía que haber radicado en la voluntad interna de la entidad aceptante y consistir en creer erróneamente que la hipoteca se constituía por la misma entidad deudora y no por el matrimonio Sellés-Bonastre, como fiador real. Pero la escritura de aceptación —a pesar de la repetida frase— no era suficiente para suponer tal error.

Aunque sea imposible hacer la más resumida referencia a la evolución histórica y a las discusiones doctrinales en torno al error *in persona*, debo indicar que por mucho que queramos ampliar el ámbito de la anulabilidad ocasionada por este tipo de error, y aun colocándonos dentro de las posiciones más favorables a la relevancia del llamado error sobre la capacidad solutoria del otro contratante —tanto en el error que incide sobre la identidad, como en el que incide sobre las cualidades—, no cabe mantener en nuestro caso la invalidación del contrato, aunque se demostrase de forma concluyente que el Banco aceptante de la hipoteca creyó que el hipotecante, dueño de las fincas hipotecadas, era la misma Sociedad deudora, y ya vimos que no hay indicios ciertos de tal error.

En Italia, la jurisprudencia y la doctrina más autorizada mantienen la irrelevancia del error sobre la capacidad solutoria del prestatario, por tratarse de un mero error de valoración, y no sólo en el sentido estricto del error en la persona —error en la identidad—, sino en el de las cualidades de la persona.

En España, también el traductor de PIETROBON (4), siguiendo la doctrina española dominante, afirma que sólo será esencial el error en la identidad

(4) VITTORINO PIETROBON: *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Traducción de MANUEL ALONSO PÉREZ. Madrid, 1971, págs. 605 y sigs., 612, 613 y 637 y sigs. Ver allí amplia bibliografía sobre el error *in persona*.

o en las cualidades de la persona cuando se pruebe que aquélla o éstas han sido el móvil fundamental que decidió a la celebración del contrato de cualquier tipo que éste sea, aunque en los basados esencialmente en el *intuitu personae*, la prueba de la esencialidad resulte más fácil. Pero en nuestro caso cabe mantener que tal prueba es totalmente imposible, porque precisamente la falta de confianza en el deudor es lo que conduce a exigir la garantía hipotecaria en la que, quedando vinculada la finca a la deuda, la persona del hipotecante pasa siempre a un plano no esencial, hasta el punto de que el acreedor hipotecario no puede oponer nada a los cambios de dueño de la cosa hipotecada, y por ello no podía nunca ser error esencial el consistente en creer que la hipoteca la constituía el mismo deudor. Teniendo a la vista el apartado 2.º del artículo 1.266 de nuestro Código, mal cabe mantener que la consideración a la persona del deudor pueda ser la causa principal de exigirle una garantía hipotecaria. Antes bien, parece que sólo ventajas puede obtener el acreedor de que otra persona distinta entre en el círculo de las garantías, aunque sea en pasivo papel de fiador real, únicamente obligado a un *pati*.

El capítulo del error es uno de los más inciertos del negocio jurídico. En él, los textos legales son leídos con mucha prevención por la doctrina, y ésta, a su vez, se muestra muy insegura. Ya GROCIO parece que se encontraba bastante perplejo ante los textos romanos relativos al error, y hoy ni la normativa del B.G.B. ha satisfecho a teóricos ni a prácticos, en su intento de armonizar la teoría de la voluntad con la de la declaración (5).

Aun sin intentar una profundización, resulta difícil encuadrar en la tipología del error del negocio jurídico el padecido en la escritura de aceptación de la hipoteca de nuestro caso, en el supuesto de que se debiese interpretar que, efectivamente, el Banco aceptante había incurrido en el error de entender que la hipoteca estaba constituida por la entidad deudora, sobre fincas suyas, y no por quien verdaderamente la había constituido, error que no era muy probable, como hemos visto, pues era casi seguro que la frase relativa a aceptar la constitución de hipoteca unilateral otorgada por «Construcciones Sellés, S. A.», fuese un simple *lapsus calami* en la formalización escrituraria, que no llegaba a hacer inexacta la frase (porque la sociedad era efectivamente otorgante en la escritura de reconocimiento de deuda e hipoteca, e incluso otorgante principal), aunque sí un tanto incompleta porque también era otorgante el matrimonio Sellés-Bonastre, como fiador real y constituyente de la hipoteca.

En el improbable supuesto de que toda la cadena de órganos del «Banco de Aragón» hubiese incurrido en el error de que la hipoteca se había constituido por la misma Sociedad deudora sobre fincas propias, ¿cuáles habrían de ser los efectos de este error? Creo que nos encontraríamos ante un error en la persona, que sólo invalidaría el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo, conforme literalmente resulta del apartado 2.º del artículo 1.266 del Código Civil.

Aunque nuestro Código no limite claramente la acción de anulación por error a la parte que incurrió en él (arts. 1.302, 1.311 y 1.312), como hacen otras legislaciones, no debe ofrecernos duda que en nuestro caso el «Banco de Aragón», en el supuesto de haber padecido cualquier clase de error al aceptar la hipoteca, había de ser el único legitimado para impugnar o confirmar el contrato. Por otra parte, la constitución de una hipoteca unilate-

(5) FEDERICO DE CASTRO: *El negocio jurídico*. Madrid, 1967, págs. 101 y sigs

ral y su aceptación no coinciden plenamente con la oferta y aceptación de cualquier contrato, en cuanto el centro de gravedad se encuentra claramente desplazado a la voluntad unilateral del constituyente, sin que haya el equilibrio que se da normalmente entre la oferta y la aceptación del contrato. Esto debe conducir a que el error en la aceptación de la hipoteca deba tener menos trascendencia en éste que en otro caso, y que la facultad de anulación deba estar más exclusivamente centrada en la parte aceptante.

Con todo esto damos por demostrado que el Registrador no incurrió en ningún tipo de error, ni en la calificación de la escritura de aceptación ni en la práctica del asiento de nota marginal. No podía comportarse de manera distinta a como lo hizo. También hay que tener en cuenta que por muy incorrecta que encontrase la frase por la que se aceptaba «la constitución de hipoteca unilateral otorgada por Construcciones Sellés, S. A.», no tenía más remedio que interpretarla y el Código Civil dispone que toda cláusula se entienda en el sentido más adecuado para que produzca efecto y que resulte del conjunto de todas las demás (arts. 1.284 y 1.285).

De todas maneras, aunque hubiese habido error en el Banco aceptante, aunque el Registrador hubiese procedido incorrectamente al no acusar el error, aunque se pretendiese que le correspondía a él oficiosamente dejar sin efecto la aceptación, aunque hubiese habido en consecuencia de todo ello una inexactitud registral, es imposible negar, como dice el considerando último, que la nota se encontraba bajo la salvaguardia de los Tribunales y tenía que producir todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud. Y para ello, judicial o extrajudicialmente, el principal interesado y protagonista imprescindible para la declaración de inexactitud era el «Banco de Aragón». Pero terminamos insistiendo en que del recurso tiene que deducirse que no hubo error en el Banco, que el Registrador procedió correctamente al no acusar error ninguno, que de ninguna manera podía dejar sin efecto la aceptación y que no había inexactitud registral alguna que rectificar.

T. C. G.

REGISTRO MERCANTIL

1. PARA LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL DE UN ACUERDO SOCIAL EN QUE FIGURE COMO SOCIO UN NUEVO ADQUIRENTE, NO SE REQUIERE LA PREVIA INSCRIPCIÓN DE SU TÍTULO ADQUISITIVO.

Resolución de 2 de febrero de 1979 (B. O. del E. de 24 de febrero).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura autorizada por el Notario recurrente el 22 de febrero de 1978, don José Franco Menéndez, en nombre de la Compañía mercantil «Promotora y Urbanizadora Miraflores, S. L.», protocoliza y eleva a públicos los acuerdos adoptados por la misma en su Junta general extraordinaria y universal de 10 de febrero de 1978, en la que no intervino el que figura como socio en el Registro Mercantil don Angel Mejías Esteban, y sí, en su lugar, don Esteban Huerta García y don Perfecto Álvarez Gómez, en su cualidad de adquirentes de la total participación social de aquél; que la Sociedad tuvo conocimiento de la oferta de venta que en su día formuló el renunciante y que la Junta da por enterada a la Sociedad de la transmisión efectuada.

Presentada en el Registro Mercantil primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del presente documento, de conformidad con los restantes cotitulares de este Registro, por el defecto subsanable de no haber sido aún inscrita en el Registro Mercantil, la transmisión citada en aquél, de las participaciones sociales de don Angel Mejías Esteban, a don Esteban Huerta García y don Perfecto Álvarez Gómez, y ser ello necesario para que puedan inscribirse los acuerdos sociales adoptados en la base de la misma, conforme se deduce de los artículos 4.º del Reglamento del Registro Mercantil y 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. No practicándose anotación preventiva por no haberse solicitado».

El Notario autorizante del instrumento interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que considera inadecuada la invocación que se hace en la nota del artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, olvidándose, por otra parte, de lo dispuesto en el artículo 22 de la misma Ley sobre el ámbito de las relaciones sociales y el ejercicio de los derechos de socio; que el artículo 4.º del Reglamento del Registro Mercantil establece la necesidad de la previa inscripción a favor del transferente para inscribir los títulos de transferencia de los derechos de socio, pero no para inscribir los

actos de los órganos sociales en que participe como miembro el adquirente; que si el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se limita a decir que la escritura pública que documente el otorgamiento formal de la transmisión de participaciones sociales se inscribirá en el Registro Mercantil, sin regular ni las consecuencias de la falta de inscripción, ni los defectos de la publicidad registral, y, por otra parte, el artículo 4.º del Reglamento del Registro Mercantil regula algo así como el tracto sucesivo aplicable al Registro Mercantil en cuanto registro de cosas, aunque sea la incorporal participación social, pero deja fuera de su ámbito los asientos referidos a la Sociedad misma, resulta que ninguno de tales preceptos puede servir de base a la calificación recurrida; que es imprescindible respetar los diferentes principios que inspiran la publicidad de los dos Registros en que se puede diversificar el Mercantil, uno de personas y revocación de poderes y el otro de cosas para buques, aeronaves y participaciones sociales.

El Registrador, de conformidad con los cotitulares de la oficina, dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que la cuestión planteada en este recurso consiste en determinar si es o no posible la inscripción en el Registro Mercantil de los acuerdos adoptados por la Junta general universal de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, en la que no estuvo presente uno de los socios según el Registro, y sí los adquirentes de todas las participaciones sociales de aquél, sin que previamente se inscriba la transferencia de las mismas, adquiriendo así dichos asistentes la cualidad de socios; que el último párrafo del artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada indica clara o imperativamente que se precisa la concurrencia de dos requisitos —formalización en escritura pública e inscripción de ésta en el Registro Mercantil— para que la transmisión se entienda efectuada con efectos legales plenos; que el artículo 22 de la misma Ley, al exigir que la adquisición, por cualquier título, de participaciones sociales, sea comunicada a la Sociedad, no desvirtúa lo antes dicho, sino que, por el contrario, lo confirma, ya que parte del supuesto de que la adquisición es lo que se notifica, y es obvio que ésta habrá requerido los expresados requisitos de escritura e inscripción, y al denominar «socio» al que practica tal comunicación es porque considera que ha adquirido dicha cualidad después de cumplirse los requisitos legales para la transmisión de participaciones sociales; que el principio de legitimación registral supone una presunción de la existencia de los derechos inscritos, o de la inexistencia de los mismos cuando hubieran sido cancelados, y ello implica que el titular registral se le reputa como tal en todos los aspectos de la vida jurídica; que tal principio es aplicable al Registro Mercantil por imperativo de la disposición adicional 4.ª de su Reglamento y por estar recogido en el artículo 3.º del mismo texto legal; que el artículo 4.º del Reglamento del Registro Mercantil comprende dos partes, una referente a buques, aeronaves y derechos de socio, en la que puede verse la aplicación al Registro Mercantil del llamado principio de tracto sucesivo, y otra, concerniente a Gerentes y Administradores, que nada tiene que ver con el mismo y que constituye una clara aplicación del principio de legitimación antes examinado, del cual tampoco está ausente su primer párrafo, ya que en todos los casos se exige la previa inscripción, no como requisito necesario para el ejercicio de derechos, sino como presupuesto indispensable para que el acto otorgado pueda

inscribirse, doctrina que es aplicable por analogía a nuestro caso, por cuanto que no se niega la validez de los acuerdos sociales, sino el acceso de éstos al Registro sin la previa inscripción de la transferencia de las participaciones sociales.

B) *Doctrina de la Dirección.*—Vistos los artículos 7, 20 y 22 de la Ley de 17 de julio de 1953; 3, 4 y 96 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956; la Dirección General revoca el acuerdo y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina:

Considerando que este recurso plantea la cuestión de si es posible inscribir en el Registro Mercantil los acuerdos adoptados por la Junta universal de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, cuando resulta que no asistió uno de los socios, según los libros registrales, y, en cambio, y en su lugar, asisten los dos adquirentes de sus participaciones sociales, sin que conste inscrito en el Registro la transmisión efectuada y, en consecuencia, su carácter de socios.

Considerando que una de las preocupaciones del legislador en una Sociedad como la Limitada, que participa de cierto carácter personalista, es precisamente la de que los socios que la integran aparezcan designados con claridad e individualmente en el Registro, y el artículo 20 de la misma Ley subraya esta característica al exigir la inscripción de las transmisiones realizadas, y así, no sólo la Sociedad, sino los terceros, puedan conocer quiénes la componen o forman parte de ella, y el artículo 22, en la misma línea, ordena que no podrá el socio ejercitar sus derechos mientras no comunique su adquisición a la Sociedad.

Considerando que este aspecto personalista que presenta este tipo de Sociedad tiene su trascendencia dentro del Registro Mercantil al equiparar la participación social y su correspondiente inscripción con la de buques y aeronaves, a que hace referencia el artículo 16 del Código de Comercio, en cuanto que supone un registro de cosas, con la aplicación de aquellos principios registrales recogidos en el Reglamento del Registro Mercantil y, en su defecto, en la legislación hipotecaria, que son los propios de esta clase de bienes y de los derechos reales constituidos sobre los mismos.

Considerando, por otra parte, que en relación con las Sociedades comerciales, no hay que olvidar que el Registro Mercantil tiene la particularidad de ser un registro de personas en el que se inscriben los actos y contratos a que se refieren con carácter general los artículos 21 del Código de Comercio y 1.º del Reglamento de 14 de diciembre de 1956, y que, en consecuencia —salvo en lo relativo a los actos que tengan por objeto la transmisión de la propiedad o constitución de derechos reales sobre las participaciones sociales en Sociedad Limitada, como antes se indicó—, habrán de aplicarse las normas de carácter general y principios registrales propios de este tipo de Registro, sin que quepa extender en su ámbito aquellas normas que son propias de un registro de bienes.

Considerando que el principio de tracto sucesivo recogido para la transferencia de los derechos de socio en el artículo 4.º del Reglamento del Registro Mercantil, no ha de dársele alcance superior al que se deriva de su propia esencia ni ampliarlo a supuestos no comprendidos en su texto, sino reducirlo a su estricto campo de aplicación en los supuestos de transmisión de bienes, ya que lo contrario supondría reconocer carác-

ter constitutivo a la inscripción de transmisión de participaciones sociales, lo que no aparece declarado en precepto legal alguno, y aparece además contradicho en el propio artículo 22 de la Ley, por lo que hay que concluir que para la inscripción en el Registro Mercantil de un acuerdo social en que figure como socio un nuevo adquirente no se requiere la previa inscripción de su título adquisitivo.

COMENTARIO.—Es principio general en materia de Sociedades que los acuerdos sociales se adopten por el órgano competente, cuya decisión se formará, tratándose de Sociedades de Responsabilidad Limitada, con las mayorías previstas en los artículos 14 y 16 de la Ley, mediante la participación y voto de las personas que tengan derecho a integrarlo. Es igualmente norma general, que las formalidades exigidas para la convocatoria y constitución de la Junta de socios, no se precisen cuando se trate de Junta universal, es decir, conforme al artículo 15 de la Ley, cuando encontrándose reunidos todos los socios decidieran celebrarla. Resulta también innecesario expresar que a la Junta tienen derecho de asistencia los socios —artículos 14 y 16 de la Ley—, o sea, los titulares de participaciones sociales —artículos 1 y 3 de la Ley—, que son precisamente quienes habrán de configurar la decisión de la Junta general mediante la emisión del voto. De lo anterior se desprende que la cualidad de socio se adquiere en este tipo de sociedad por la adquisición de una o varias participaciones sociales, bien asumiéndolas en el contrato social con íntegro desembolso de su valor o adquiriéndolas posteriormente. No otra cosa supone el artículo 22 de la Ley al exigir en la adquisición por cualquier título *inter vivos* o *mortis causa* de participaciones sociales, la comunicación por escrito a la Sociedad, sancionando la omisión de dicho requisito con la privación al «socio» de los derechos que le correspondan en la Sociedad. Es decir, que cuando se cumpla tal exigencia, como ocurre en el supuesto contemplado por la resolución que antecede, el socio está facultado para el ejercicio de aquéllos, entre los que habrá que incluir, como es lógico, el de participar en la Junta universal y contribuir con su voto a la formación del acuerdo.

Es el Reglamento del Registro Mercantil, el que en el artículo 123 viene a introducir cierta confusión al hablar de la inscripción de transmisión de participaciones sociales, por actos *inter vivos*, a favor de persona que no tenga la cualidad de socio, precepto que puede dar pie a ser interpretado, en el sentido de que la cualidad de socio se obtiene no por la adquisición, sino por la inscripción de ésta, lo cual equivaldría a convertir tal inscripción en constitutiva. A nuestro juicio, entender que la inscripción de la adquisición de participaciones sociales es requisito previo e indispensable para que el adquirente de las mismas pueda actuar como socio y ejercitar los derechos que le correspondan, supone una clara contradicción con la normativa antes expresada de la Ley y del propio artículo 123 reglamentario, que, en definitiva, lo que exige es la comunicación por escrito a la sociedad, el transcurso de los plazos legales y que el número de socios no supere el máximo legal ni el establecido en la escritura social.

En consecuencia, aunque la inscripción de la transmisión de participaciones sociales no tiene carácter constitutivo, sí, evidentemente, la misma reviste carácter obligatorio —artículos 20 de la Ley y 120-123 RRM—, normativa que tiene su justificación en el acusado matiz personalista de

este tipo de sociedad, en la que siempre debe interesar a los terceros y posibles adquirentes de participaciones, conocer de antemano cuáles son los socios que componen aquella, y a éstos, quiénes son los que pretenden adquirir tal cualidad. El carácter obligatorio de la inscripción viene a suponer, por tanto, que si ésta no tiene lugar, no se imposibilita en absoluto el ejercicio de los derechos derivados de la condición de socio, sino simplemente que el acto dispositivo de participaciones derivado del socio que no las hubiera inscrito no podrá registrarse, produciéndose únicamente en este caso una discordancia entre lo que el Registro publica y la realidad extrarregistral, que podrá ser corregida en la forma determinada por el artículo 4 RRM, mediante hacer constar en un solo asiento las diferentes transmisiones realizadas.

Este artículo, que se ha interpretado como una exigencia de tracto sucesivo, entendemos que en realidad no es más que un requisito de previa inscripción del transmitente de participaciones para que pueda ser inscrito, como queda dicho, el adquirente nuevo titular de las mismas, y de este modo propiciar el objetivo de la Ley de que pueda conocerse en todo momento quiénes son las personas titulares de participaciones. El hecho de que no se trata de tracto sucesivo se demuestra, aparte lo expresado, porque no hay un procedimiento de reanudación de tal tracto, y porque no existe propiamente un Registro Mercantil de participaciones sociales con apertura de hoja registral al conjunto o a cada una de éstas, sino un Registro de SRL, en cuyas hojas habrán de figurar obligatoriamente los adquirentes de participaciones sociales, para que puedan inscribirse las transmisiones posteriores de aquéllas. Se trata, en definitiva, de una exigencia de previa inscripción para que puedan tener acceso al Registro los actos dispositivos de participaciones. Por ello, a diferencia de la legislación hipotecaria, en la que el principio de tracto sucesivo es básico dado el sistema de folio real, en la legislación mercantil tiene un alcance muy limitado, ya que en materia de Sociedades, el Registro se lleva por folio personal, de donde resulta que el concepto de previa inscripción, exigido por el artículo 4 RRM, nada tiene que ver con el tracto sucesivo, tal como se entiende en el Registro de la Propiedad. En consecuencia, como señala OLIVENCIA RUIZ (6), hay que concluir en el sentido de que el hecho de que la transmisión de una participación no se pueda inscribir en el Registro Mercantil si previamente no lo está el transferente de la misma, no se debe a una exigencia del tracto, sino que es consecuencia del sistema de organización del Registro.

E. F. C.

(6) *El principio de tracto sucesivo en el Registro Mercantil*. Curso de Conferencias sobre Registro Mercantil, año 1971, pág. 87

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
SERGIO SAAVEDRA QUEIMADELOS y
JOSÉ QUESADA SEGURA

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

INCONGRUENCIA DE SENTENCIA: NO EXISTE TAL DEFECTO EN ESTE CASO AL DECLARAR LA DOBLE INMATRICULACION, AUNQUE LA DEMANDA SE DENOMINE DE «REIVINDICACION» SI EN REALIDAD IMPLICA UNA ACCION DECLARATIVA.—DOBLE INMATRICULACION: DEBE RESOLVERSE CONFORME AL CRITERIO DE LA INMATRICULACION MAS ANTIGUA, PREVALECIENDO ADEMÁS, POR SER DE DOMINIO, FRENTE A LA DE POSESION, LUEGO CONVERTIDA EN DOMINIO.—CARGA DE LA PRUEBA: INCUMBE AL DEMANDADO EN ESTE CASO, EN QUE LA DOBLE INMATRICULACION SE RESUELVE EN CONTRA DE SU INSCRIPCION. USUCAPION «SECUNDUM TABULAS»: NO ES EXCLUSIVAMENTE TABULAR, SINO QUE REQUIERE POSESION EFECTIVA, ESTANDO ADEMÁS OBSACULIZADA POR LA DOBLE INMATRICULACION (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1980).

Hechos.—Don Agustín P. R. y doña Carmen de P. y T. deducen demanda contra don Jaime, don Arturo, doña Soledad y doña Mercedes F. P., doña Margarita T. V. y los hermanos F. T., alegando que desde fecha 8 de junio de 1885 tienen inscrita, a través de sus antecesores, una heredad llamada «Torre d'en Sastre», de cabida ciento noventa hectáreas, treinta áreas y sesenta y siete centiáreas, que es de su propiedad, a pesar de lo cual, los demandados tenían inscrita una porción de terreno, que era parte de la heredad inscrita a favor de los actores, por lo que entendían se producía doble inmatriculación. Suplican se dicte sentencia declarando: 1.º Que la porción de terreno yermo inscrito a favor de los demandados

y que previamente se había inmatriculado en posesión en 1889, pertenece en su totalidad y pleno dominio a los demandantes como únicos e indiscutibles dueños de la misma. 2.º Que ni los demandados ni sus antecesores jamás habían sido dueños ni propietarios de dicha finca, que se inmatriculó indebidamente a favor de F. F. 3.º Que con carácter subsidiario, se declarase que por venir poseyendo quieta, pacífica e ininterrumpidamente los actores y antecesores desde 1895 hasta la actualidad la referida parcela, habrían ganado por usucapión o prescripción el dominio de la misma. 4.º Que se declarase la nulidad e ineficacia de todos los asientos registrales, desde el primero al último, por la inscripción de esa parcela. 5.º Que se declarase en todos los casos la nulidad e ineficacia del expediente posesorio tramitado en el año 1889, acordando la cancelación de los asientos a favor de los demandados y notas marginales.

La parte demandada se opone alegando que la parcela en cuestión es un enclave existente en la mayor finca de los demandantes, no teniendo éstos la propiedad de tal enclave, y no existiendo doble inmatriculación.

El Juzgado de Primera Instancia de Figueras dictó sentencia desestimando la demanda en todas sus partes, considerando bien identificada la finca objeto de autos.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la del Juzgado y, dando lugar sustancialmente a la demanda, declaró que la parcela discutida forma parte de la total de los actores, decretando, en su consecuencia, la nulidad, ineficacia y cancelación de los asientos registrales que se opongan a dicha declaración, sin hacer pronunciamiento sobre costas.

La parte demandada interpone recurso de casación por inaplicación del artículo 359, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse ejercitado en la demanda una acción reivindicatoria y declarar en la sentencia la doble inmatriculación de una finca; por inaplicación del artículo 1.214 del Código Civil, al estimar que es el demandado y no el demandante quien debe acreditar la propiedad; por inaplicación del artículo 1.253 del mismo Código, al establecer una presunción sin existir un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, y por inaplicación del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, al declarar la sentencia que los demandados no poseyeron la finca, pese a estar inscrita sin interrupción desde el año 1889.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso, destacando lo siguiente:

Considerando que dada la doctrina de que se hace mención en el primero de los considerandos de esta resolución, unido a las pretensiones contenidas en la meritada súplica de demanda y los pronunciamientos que la recurrida sentencia contiene, de que se hace referencia en el precedente considerando, conduce a la desestimación del primero de los motivos ejercitados por los recurrentes como base del recurso de que se trata, al amparo del número segundo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento en pretendida infracción, en su aspecto negativo de inaplicación, del artículo trescientos cincuenta y nueve, primer párrafo, de la precitada Ley Procesal Civil, porque, en

criterio de dichos recurrentes, habiéndose ejercitado en la demanda una acción reivindicatoria, se declara en la sentencia la doble inmatriculación de una finca, puesto que, en contra de tal subjetivo criterio, lo que realmente declara la sentencia recurrida, en concordancia con lo solicitado por los demandantes, en la súplica del inicial escrito de demanda, y reiterado en réplica, es que la parcela discutida forma parte de la total de los actores conocida con el nombre «Torre d'en Sastre», con la consecuencia, también instada por los referidos demandantes, de nulidad, ineficacia y cancelación de los asientos registrales que se opongan a tal declaración, y que concretamente afecta a los practicados actualmente a nombre de los demandados, y antes a sus causantes, lo que, en definitiva, supone la atribución del dominio pretendido por los respectivos demandantes a medio de la primera de las declaraciones formuladas en la referida súplica de demanda, y al efecto de inconsistencia de la inscripción registral en que los demandados se amparan, comprendido en la cuarta de las declaraciones de tal súplica, y cuyos pronunciamientos judiciales, acomodados a esas pretensiones de los demandantes, son, a fin de cuentas, la sustancia y esencia del debate jurídico planteado; y sin que a ello obste la circunstancia, invocada por los recurrentes en apoyo del motivo ahora examinado, de que después de formular los demandantes, en el párrafo primero de la primera de las declaraciones contenidas en la referida súplica del inicial escrito de demanda, que la parcela discutida pertenece en su totalidad y pleno dominio a don Agustín y doña Carmen de P., hermana doña Guadalupe y sobrinos don Ramón y doña María Luisa de P., como únicos e indiscutibles dueños de la misma, en la proporción que se establece, esencialmente acogida en la sentencia recurrida en cuanto declara que tal parcela forma parte de la total de los actores conocida con el nombre «Torre d'en Sastre», indique, al párrafo segundo de la mencionada declaración primera de la expresada súplica de demanda, que esa porción de terreno objeto de controversia, por ser propiedad de los señores de P., la reivindican los demandantes, por medio de la demanda formulada, para sí y para la comunidad, o sea, para ellos y para los demás copartícipes, en las porciones indicadas, porque, aparte de que, como ya tiene declarado esta Sala, en Sentencia de veintidós de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro, aunque la acción ejercitada se califique de reivindicatoria por los demandantes, sin embargo, si los hechos y fundamentos de derecho y el *petitum* implican el ejercicio de otra distinta, a ésta deben atenderse los Tribunales en su resolución, es lo cierto que tal expresión «reivindican», en cuanto no viene complementada por una solicitud de condena a los demandados al reintegro de la meritada parcela, se trata de una mera manifestación de atribución de dominio, si bien, no muy técnicamente, se le intitula reivindicación, que además, al no venir comprendido como adición a los términos declarativos de la resolución impugnada, lo único que significaría sería limitación de lo pedido por los demandantes, lo que en manera alguna es determinante de defecto de incongruencia, que sólo puede originarlo el exceso sobre lo pedido o la desviación causal fáctica de lo instado, habida cuenta que si toda acción reivindicatoria de dominio lleva ínsita la declaración de dominio, claro es que la limitación a ésta no supone más que reducir el alcance de lo pretendido por los demandantes, que es a quienes perjudicaría, y no a los demandados, pero no significa falta de congruencia, dado que no hay desvia-

ción de los hechos, en relación con lo pedido, ni concesión de más de lo solicitado, sí que, exclusivamente, reducción del alcance declarativo de la atribución de dominio reconocido, puesto que si lo más posibilita la comprensión de lo menos, la declaración de dominio con reintegro al demandante del bien a que alcance, permite aquella declaración de dominio sin ese alcance y efecto reintegrador, pues que éste es mero aspecto de proyección de aquél.

Considerando que en lo referente al segundo de los motivos en que se soporta el recurso de casación de que se trata, formulado al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento en pretendida violación, en su aspecto negativo de inaplicación, del artículo mil doscientos catorce del Código Civil, a causa de estimar la sentencia recurrida que son los demandados, y no los demandantes, quienes deben acreditar la propiedad de la finca discutida, lo esencial a tener en cuenta, además de ser reiterada la doctrina de esta Sala que el indicado artículo mil doscientos catorce, por no referirse al valor y eficacia de las probanzas, no puede ser base de la casación por ese motivo, ya que su carácter genérico no impone ninguna obligación al Tribunal, sino exclusivamente a las partes, cuya actividad al respecto, por virtud del fenómeno jurídico procesal de la accesión o acumulación probatoria, hace que los medios de prueba aportados por una y otra parte se fundan en una unidad, abstracción hecha del litigante que los proporciona (Sentencias, entre otras, de dos de abril de mil novecientos cincuenta y seis, veintisiete de enero de mil novecientos sesenta y uno, veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y dos, dieciséis de marzo y doce de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro), es que si ciertamente dicho precepto legal sustantivo impone al demandante la necesidad de probar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión, o necesarios para que nazca la acción ejercitada, según tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras, de treinta de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, trece de enero de mil novecientos cincuenta y uno, once de marzo de mil novecientos cincuenta y seis y veinte de febrero de mil novecientos sesenta, tal principio legal no es tan absoluto que no admita excepciones derivadas de circunstancias especiales, como son que el demandado, sin rechazar en esencia los hechos alegados de contrario, oponga otros con los que intente hacer ineficaz la acción ejercitada por el actor (Sentencias de esta Sala de tres de junio de mil novecientos treinta y cinco, treinta de junio de mil novecientos cuarenta y dos, dieciocho de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho y veinte de febrero de mil novecientos sesenta, además de otras), a que afecte a hechos que sean notorios, que vengan reconocidos, expresa o tácitamente, de adverso, o se encuentren favorecidos por alguna presunción legal, que por su propio carácter genera, por parte de quien pretenda derivar un derecho a su favor, un hecho excepcionante e impeditivo, cuya prueba incumbe a la parte que lo alega (Sentencias de dieciséis de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro y veintisiete de febrero de mil novecientos sesenta y cinco).

Considerando que la aplicación al caso ahora examinado de la doctrina expuesta en el precedente conduce a la también solución desestimatoria de dicho motivo segundo, porque reconocido en la sentencia recurrida como aspecto de hecho, con eficacia probatoria al no haber sido atacado por el cauce o vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa

y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la finca nominada «Torre d'en Sastre» viene registralmente descrita «como porción de terreno en el que existe una casa sin numerar, canteras de mármol, con un casal ruinoso cerca de las mismas y una extensión parte campo con olivar, en parte viña y el resto yermo, linda al norte con Jaime C., al este con el mar, al sur y oeste con el mar y Rosa M., de cabida seiscientos dieciséis mesanas, figurando como titular el antecesor de los accionantes don Joaquín de R. S., que la heredó de su madre, tomo setecientos cincuenta y dos, libro treinta y cuatro de Rosas, folio noventa y siete, finca mil novecientos ocho, inscripción primera, asiento que lleva fecha ocho de junio de mil ochocientos ochenta y cinco, la expresada finca fue adjudicada a doña María de la Concepción de R. y V. como bien vinculado en el expediente de concurso de la herencia del citado, registrándose posteriormente en veintitrés de mayo de mil novecientos trece un exceso de cabida de ochocientas ochenta vesanas, equivalente a ciento noventa hectáreas, treinta áreas, sesenta y siete centiáreas, inscripción séptima (considerando segundo de la mencionada resolución impugnada), en tanto que la parcela objeto de controversia fue inmatriculada por don Saturnino F. G., antecesor de los demandados, «mediante expediente posesorio, tramitado ante el correspondiente Juzgado Municipal, que lo aprobó por auto de veinte de septiembre de mil ochocientos ochenta y nueve, inscribiéndose dicha posesión a favor de don Francisco F. F. y más tarde a nombre de su hijo descrita como rústica, pieza de tierra olivar en el término de Rosas, territorio de Cañellas, de cabida tres vesanas, setenta centímetros, o sea, ochenta áreas, cinco centiáreas, lindante por sus cuatro puntos cardinales con los terrenos de Joaquín de R. S., tomo ochocientos setenta y ocho, libro treinta y ocho, folio doscientos dieciséis, finca dos mil sesenta y seis» (citado considerando segundo de la invocada sentencia recurrida), unido a que la misma resolución impugnada, igualmente sin desvirtuación eficiente, establezca admitido el dato del enclave o cuña, determinado por tal parcela actualmente inscrita a nombre de los demandados, antes sus causantes, dentro de la mayor amplitud inscrita actualmente a nombre de los demandantes, antes sus causantes (considerando cuarto de la tan meritada sentencia recurrida), generante, en consecuencia, de doble inmatriculación de la parcela en cuestión, produce estimar adecuada la apreciación de la Sala sentenciadora de instancia de desplazar a los demandados la carga de la prueba de su pretendido dominio sobre la tan repetida parcela afectada por la litis entablada, que pretenden deducir de la posibilidad de que en el interregno de los cuatro años que median entre una y otra inscripción los antecesores de los propios actores vendieran a los de los demandados dicho enclave o porción de terreno (considerando cuarto de la sentencia recurrida en relación con el hecho quinto del escrito de contestación al de demanda inicial), y que al no efectuarlo, ni acreditarse la existencia anterior del repetido enclave, según establece, asimismo sin desvirtuación, la tan aludida sentencia recurrida, confiere eficacia al dominio pretendido por los demandantes porque la contradicción registral, producto de doble inmatriculación, que no se determina generante de tercero hipotecario, amparado por el artículo treinta y cuatro de la Ley Hipotecaria, en cuanto dimana de una irregularidad del Registro de la Propiedad, por acceso a él de dos inscripciones afectantes a una misma parcela, hace que poniéndose en prueba el juego del principio de fe pública registral, y ante la falta de

acuerdo entre los afectados acerca de su mejor derecho, debe tenderse al logro de armonía entre las varias hojas registrales producidas, y de no poder ser posibles quedarán inoperantes, en plenitud de su alcance y efectos, las normas hipotecarias, debiendo resolverse la cuestión planteada, según tiene reconocido esta Sala en Sentencias, entre otras, de diez de enero de mil novecientos sesenta y dos, diecisiete de enero de mil novecientos sesenta y tres, treinta y uno de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro, veintidós de junio de mil novecientos sesenta y siete y dieciocho de junio de mil novecientos setenta, conforme a las normas estrictamente civiles, que en el presente caso indudablemente amparan a los demandantes don Agustín y doña Carmen de P. de R., en el concepto, carácter y alcance con qué y para qué actúan, desde el momento que el órgano jurisdiccional *a quo* reconoce justificado, sin que esa aseveración venga atacada en forma por los recurrentes, que los actores «desde siempre han poseído en concepto de dueños el terreno cuestionado, cuyos pastos arrendaban ministrando una testifical unánime que no duda sobre la certeza de la pertenencia a los demandantes de la porción discutida, y sin que ni de la pericial ni de la de reconocida (*sic*) se pueda deducir la inexistencia siquiera de una independencia física respecto a los terrenos adyacentes, pues en parajes escarpados son frecuentes la inexistencia de paredes, siendo, por otra parte, las observadas discontinuas, por lo que se ha de estimar no son cerramiento», pues esa reconocida posesión, en el carácter de dueño indicado, coordinado con que la inscripción inicial de que en tracto sucesivo derivan la suya dichos demandantes, en el concepto, carácter y alcance con y para que actúan, data del año mil ochocientos ochenta y cinco, y con aspecto de inmatriculación de dominio, en tanto que la de los demandados provenga del año mil ochocientos ochenta y nueve, y con el significado y alcance de inmatriculación de posesión, crea en favor de los primeros, o sea, de los actores, prioridad, a la vista de las circunstancias del caso y con arreglo estrictamente a los principios del Derecho común, especialmente el de prioridad, consagrado desde antiguo en la máxima *prior in tempore potior est iure*, fundamental, cual tiene declarado esta Sala en Sentencia de cuatro de febrero de mil novecientos sesenta y siete, en toda la materia de derechos reales, pues ni se crea ni se desenvuelve con exclusividad en la Ley Hipotecaria, a causa que el artículo diecisiete de la misma no contiene otra cosa que su consecuencia a los puros efectos de la mecánica registral, y en virtud de cuyo principio de prioridad jurídico-real temporal es preciso tener presente que en materia de posesión, como hecho, según previene el artículo cuatrocientos cuarenta y cinco del Código Civil, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión, de tal manera que si surgiere contienda sobre la posesión será preferido el poseedor actual, y si resultaren dos poseedores, el más antiguo, así como que, cual sanciona el artículo cuatrocientos cuarenta y ocho del citado cuerpo legal sustantivo, el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, sin exigencia de su exhibición, por lo que reconocido, como queda dicho, en la sentencia recurrida, sin desvirtuación por el cauce adecuado, esos aspectos prevalentes posesorios en favor de los relacionados demandantes, en el carácter, concepto y alcance con que y para que actúan, que además tienen su origen en una atribución dominical que tuvo proyección registral también prioritaria en favor de aquéllos en relación con la ale-

gada por los demandados, tanto en el aspecto temporal como en su causa productora —inmatriculación de dominio por los causantes de la demandante y expediente posesorio por los causantes de los demandados—, que si hoy día tiene el mismo alcance y efecto registral, no obstante producen una razón de titularidad originaria diferente en los referidos demandantes, en el carácter, concepto y alcance con que actúan, revelando, en consecuencia, la existencia de título inscrito más antiguo, amparador de éstos, como en criterio lógico sanciona el artículo mil cuatrocientos setenta y tres para el caso de doble venta, que no es el ahora examinado, pero que tiene su misma base fundamentadora, como indica la precitada Sentencia de esta Sala de cuatro de febrero de mil novecientos sesenta y siete, conduciendo a reconocer el acierto de la Sala de instancia al resolver la contienda en favor de los actores con título de dominio e inscripción registral más antigua, como ya ha tenido ocasión de declarar la Sentencia de esta Sala de diecisiete de enero de mil novecientos sesenta y tres; y mayormente en cuanto que dichas presunciones sustantivas posesorias y registral aludidas, aunque por su mero carácter *iuris tantum* tienen por su propia naturaleza posibilidad de ser destruidas, mientras no suceda producen sus normales efectos en beneficio de aquellos a los que favorecen —en este caso, los demandantes, en el concepto, carácter y alcance con que y para que actúan—, eximiéndoles de prueba, que debe recaer a cargo de los demandados que se oponen a los normales efectos de dichas presunciones prevalentes en el tiempo, concretamente en el ámbito del Derecho común, y su alcance posesorio proyectable a la titularidad dominical, con el fin de destruirlas mediante justificación de que a esos opositores les correspondía un derecho dominical o, cuando menos, posesorio con tal alcance, bien por título adecuado, ya por la acción del tiempo mediante el vehículo jurídico de la prescripción o ya simplemente por un comportamiento posesorio excluyente de la electividad real del que, por la indicada vía de presunción legal, ampara a los demandantes, en el carácter, concepto y alcance por qué y para qué actúan, cuyas situaciones probatorias no son reconocidas en la sentencia recurrida, que, por el contrario, acoge la prevalencia posesoria y de titularidad dominical alegada por los tan referidos demandantes, con la consiguiente vinculación en casación, al no haber sido desvirtuado, ni tan siquiera impugnado, con base en el cauce o vía adecuado del error de hecho o de derecho sancionado en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considerando que tampoco es de acoger el motivo tercero, que, con base en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida violación, en su aspecto negativo de inaplicación, del artículo mil doscientos cincuenta y tres de aquella Ley Procesal, tratan de evidenciar los recurrentes de que la sentencia recurrida, en su quinto considerando, haga referencia, como aspecto revelador de la actividad posesoria de los demandantes, en el carácter, concepto y alcance, por qué y para qué actúan, con respecto a la parcela en cuestión, que por los demandados «se dejase de relacionar la misma en el amillaramiento del artículo mil novecientos cuarenta y cuatro sin tampoco denunciar el incendio que afectó a la parcela, amillaramiento y denuncia que los actores practicaron», toda vez que la sentencia recurrida, para llegar a la solución que establece y que los ahora recurrentes impug-

nan, no se basa exclusivamente en tales hechos, ni menos en exclusiva deducción presuntiva de ellos, que estima simplemente como reveladores y significativos al caso, sino también por apreciación de prueba directa que se reconoce, como ya viene dicho en el precedente considerando, como justificante de forma convincente, de que los actores «desde siempre han poseído en concepto de dueños el terreno cuestionado, cuyos pastos arrendaban, suministrando una testifical unánime que no duda sobre la certeza de la pertenencia a los demandantes de la porción discutida y sin que ni de la pericial ni de la reconocida (*sic*) se puede deducir la existencia siquiera de una independencia física respecto a los terrenos adyacentes, pues en parajes escarpados son frecuentes la existencia de paredes, siendo, por otra parte, las observadas discontinuas, por lo que se ha de estimar no son de cerramiento», por lo que ninguna violación, en el aspecto negativo de inaplicación, cabe apreciar del referido artículo mil doscientos cincuenta y tres de la Ley Rituaria Civil, desde el momento que los recurrentes tratan de demostrar esa su objetiva apreciación extrayendo o separando del aludido y quinto considerando de la sentencia recurrida apreciaciones aisladas de hecho, por otra parte de índole incidental o complementaria, prescindiendo del resto de las también tenidas en cuenta por la Sala sentenciadora de instancia, y sustentando, en consecuencia, un particular interés, en tendencia inadecuada, según tiene declarado esta Sala en Sentencia de diecisiete de octubre de mil novecientos cincuenta y seis, de sobreponerlo al objetivo de aquélla, desconectando la conjunta apreciación probatoria practicada por dicho órgano jurisdiccional *a quo*, evidenciadora de que la convicción formulada por la indicada Sala sentenciadora de instancia descansa, en esencia y, en definitiva, no en presunciones, sino en prueba directa obtenida de todos los medios de prueba a tal fin obrantes en autos.

Considerando que tratando del motivo cuarto, formulado asimismo con amparo en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida violación, en su aspecto negativo de inaplicación del artículo treinta y cinco de la Ley Hipotecaria, en cuanto la sentencia recurrida declara que los demandados no poseyeron la finca de que se viene haciendo mención, pese a estar inscrita sin interrupción desde el año mil ochocientos ochenta y nueve, su inconsistencia, y consiguiente desestimación, tiene su razón de ser en que si efectivamente el indicado precepto hipotecario previene que «a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa», es igualmente de apreciar que tal presunción posesoria, por su propia esencia y naturaleza, tiene carácter *iuris tantum* y, por tanto, susceptible de prueba en contrario, de tal manera que no produce efectos, tanto en el mero alcance posesorio como en su proyección a fines de prescripción adquisitiva con su fundamento, cuando se acredite que la posesión efectiva en la realidad jurídica vino siendo realizada por otra, incluso con base también registral, que es precisamente lo reconocido para el supuesto examinado en la meritada sentencia recurrida, al establecer ésta como base fáctica, con firmeza en casación al no haber sido atacada por el cauce o vía del error de hecho o de derecho que autoriza el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la tan repetida Ley de Enjuiciamiento Civil, que

los actores «desde siempre han poseído en concepto de dueños el terreno cuestionado, cuyos pastos arrendaba, ministrando una testifical unánime que no duda sobre la certeza de la pertenencia a los demandantes de la porción discutida» (considerando quinto de la resolución impugnada), pues con ello se está pregonando la existencia de prueba en contrario a la presunción de posesión efectiva, pública, pacífica e ininterrumpida que el citado artículo treinta y cinco acoge.

Considerando que la consistencia de la resolución desestimatoria del motivo quinto, que se evidencia de lo razonado en el presente considerando, se refuerza por la circunstancia de que si en los sistemas registrales de tipo germánico, por imperar, en principio, la norma de imprescriptibilidad del dominio o derechos reales inscritos, se comprende la existencia de la usucapión tabular propiamente dicha, o sea, la que descansa fundamentalmente en la inscripción que publica al usucapiente como titular registral, de tal modo que la usucapión queda condicionadísima por el Registro, y por ello la *secundum tabula* está facilitada porque precisamente se apoya en la inscripción, aunque, en definitiva, se necesite la concurrencia de la posesión real o natural por parte del titular inscrito, si bien con prevalencia o, al menos, como requisito esencial simultáneo, se requiera la inscripción del usucapiente; en cambio, en el sistema español, no seguidor de tales sistemas y, en todo caso, excluyente de la usucapión tabular, que en su forma más pura, se apoya exclusivamente en el Registro, o sea, sin el concurso de la posesión, consecuente con el predominio del criterio de inscripción de valor simplemente declarativo que la legislación hipotecaria expresada acoge, parte del supuesto de que la usucapión es una figura esencialmente civil, que se desenvuelve extrarregistralmente, de manera que el Derecho Hipotecario únicamente se preocupa seriamente de ella en los sentidos de proteger a los terceros hipotecarios, al enervar los efectos perjudiciales de una usucapión que se oponga a su adquisición, y de reforzar la usucapión que provoca la posesión del que asimismo figura como titular registral del derecho objeto de la misma, tanto quiere decir que el artículo treinta y cinco de la Ley Hipotecaria no establece un tipo de usucapión fundado en el Registro combinado con la posesión natural, es decir, no organiza ninguna usucapión propiamente tabular, y únicamente viene a disponer que cuando se da la circunstancia de figurar el pretendido usucapiente como titular registral indebidamente inscrito, entonces la usucapión se desenvolverá en circunstancias favorables, por dotarla, en gran parte sólo presuntivamente, de todos los ingredientes necesarios para que actúe la prescripción ordinaria, de manera que la inscripción sirva de refuerzo de una usucapión extrarregistral, aprovechando la coyuntura de figurar quien pretende ser usucapiente como titular registral, mas no de elemento sustancial propio de toda usucapión tabular, como resulta del sistema general de nuestro ordenamiento jurídico hipotecario y del espíritu de dicho artículo treinta y cinco, particularmente de sus palabras de que «a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito...»; aparte todo ello, claro está, de que las consecuencias registrales apreciables en orden a los precitados demandados recurrentes, referidas a la finca de que se trata, siempre vendrían obstaculizadas por la doble inmatriculación, incluso con priori-

dad temporal, de la misma finca, obrante en favor de los demandantes recurridos, según queda sancionado en el quinto de los considerandos de esta resolución.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

TERCERIA DE DOMINIO SOBRE BIENES MUEBLES EMBARGADOS (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1980).

Hechos.—La Magistratura de Trabajo número dos de Las Palmas de Gran Canaria, en juicios laborales acumulados sobre prestaciones de viudedad y orfandad derivadas de accidente de trabajo, seguidos contra la Empresa «Menasintes, S. A.», decretó el embargo de dos máquinas teleimpresoras o «télex», situadas en los locales de la citada Empresa.

Don T. M. S. entabló demanda de tercería de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Las Palmas, solicitando se dictase sentencia ordenando alzar el embargo trabado, alegando que las máquinas embargadas eran de su propiedad particular y no de la Empresa demandada.

El citado Juzgado desestimó la demanda, y presentado recurso de apelación por el demandante, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas dictó sentencia desestimando el recurso y confirmando la sentencia apelada.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por don T. M. S., el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, dictó sentencia declarando no haber lugar al recurso, basándose en las siguientes consideraciones:

Los dos primeros motivos del recurso, que aducen error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del artículo 1.692-7.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no haber tenido en cuenta el Tribunal *a quo* lo resultante de los documentos aportados a los autos y que, según el recurrente, demuestran su propiedad sobre las máquinas objeto de la tercería, deben ser desestimados porque los documentos que se relacionan son los mismos que ya tuvieron en cuenta los juzgadores de instancia, aparte de que todos ellos son de carácter privado, por lo que habiendo sido impugnados por la entidad demandada, carecen de efectos frente a tercero, por no concurrir ninguno de los supuestos en que, conforme al artículo 1.227 del Código Civil, debe surtir efecto para tercero la fecha de los documentos privados, por lo que carecen del carácter de autenticidad necesario para demostrar la equivocación evidente del juzgador, y son, desde luego, insuficientes para revelar el título de dominio que el tercerista alegó sobre los bienes embargados.

También deben ser desestimados los restantes motivos alegados por el recurrente, al amparo del artículo 1.692-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque todos ellos parten de la conclusión errónea del actor de que las máquinas embargadas son de su exclusiva propiedad, haciendo así supuesto de la cuestión, en contra de lo acreditado en la instancia, según

resulta claramente del considerando segundo de la sentencia del Juzgado y de lo que se dice al final del tercero de la misma, razonamientos que hizo suyos, al aceptarlos, la sentencia recurrida, en la que el Tribunal *a quo* denegó considerar propietario al tercerista y afirmó que la posesión excluyente de las máquinas embargadas por la Sociedad deudora equivale a título de dominio.

CELEBRADO UN CONTRATO PRIVADO DE COMPRAVENTA, EL COMPRADOR VIENE OBLIGADO A CUMPLIRLO MEDIANTE EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PUBLICA Y EL PAGO DEL PRECIO, AUNQUE DESPUES DE CELEBRADO AQUEL, EL TITULO ADQUISITIVO DEL VENDEDOR HAYA SIDO DECLARADO NULO POR SENTENCIA FIRME QUE NO LLEGO A EJECUTARSE POR ACUERDO TRANSACCIOINAL ENTRE LOS LITIGANTES (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1980).

Hechos.—Doña Victoria de R. y R.-J. adquirió por compra a don José de R. y M., en escritura de 20 de mayo de 1960, una finca en el término municipal de Campello, que se componía de una parcela en la costa y otra formada por un islote unido a tierra por un istmo artificial. Dicha escritura fue objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Posteriormente, doña Victoria de R. y R.-J. entra en relación con la Compañía mercantil B.U.T.S.A., interesada en la adquisición de dichas parcelas; pero como sobre la segunda de aquéllas (la isla) había planteado un pleito ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Alicante, en el que se reivindicaba la propiedad de dicha isla por parte del Estado, doña Victoria de R. y R.-J. y la citada Compañía decidieron celebrar dos contratos de compraventa diferentes:

1) En cuanto a la primera parcela, que correspondía, sin ninguna duda ni contradicción, a la vendedora, se formalizó una escritura pública de compraventa ante Notario, que fue otorgada el día 4 de febrero de 1965 y que posteriormente se inscribió en el Registro de la Propiedad.

2) En cuanto a la isla o parcela litigiosa, se formalizó un documento privado, fechado el 8 de enero de 1965, por el cual la Compañía B.U.T.S.A. compraba dicha finca, siempre y cuando por los Tribunales se declarase la propiedad de la misma a favor de doña Victoria de R. y R.-J.

El Juzgado de Primera Instancia número uno de Alicante dictó Sentencia el 18 de febrero de 1965, en el pleito promovido por el Estado contra la vendedora, declarando que dicha finca era propiedad de la demandada, sentencia que fue confirmada por la Audiencia Territorial de Valencia. La Abogacía del Estado preparó ante la Audiencia Territorial recurso de casación contra la referida sentencia, dejando transcurrir el plazo legal para la formalización del recurso, ocasionando que la Sala Primera del Tribunal Supremo dictase auto declarando caducado y perdido el recurso de casación.

Posteriormente, doña María Teresa de R. y R.-T. presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número trece de los de Madrid, en juicio ordinario de mayor cuantía, contra don José de R. y M., doña Victoria de R. y R.-J. y la Compañía B.U.T.S.A., en el cual recayó sentencia

lirme en 17 de agosto de 1972, en la que se declaró radicalmente nula la escritura de venta otorgada el 20 de mayo de 1960 entre don José de R. y M. y doña Victoria de R. y R.-J., así como las inscripciones que aquella hubiese producido en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, en virtud de un acuerdo de transacción celebrado por don José de R. y M., doña Victoria de R. y R.-J. y doña María Teresa de R. y R.-T., tal sentencia, sin ser impugnada, tampoco se llevó a ejecución, por lo que no tuvo trascendencia material ni registral, de tal manera que renunciando la demandante a dicha ejecución, en el Registro no fueron canceladas las inscripciones que en su día se habían practicado a favor de doña Victoria de R. y R.-J. ni (en cuanto a la parcela vendida en escritura pública) la que se practicó a favor de B.U.T.S.A., razón por la cual esta Compañía desistió del recurso de apelación que tenía interpuesto contra aquella sentencia.

Posteriormente, doña Victoria de R. y R.-J., tras poner en conocimiento del Gerente de B.U.T.S.A. el fallo de la Audiencia Territorial de Valencia, que desestimaba la acción reivindicatoria ejercitada por el Estado sobre la propiedad de la isla, lo que suponía el cumplimiento de la condición que matizaba el contrato privado de 8 de enero de 1965, y tras diversas gestiones para conseguir la consumación del contrato por parte de aquella Compañía sin resultados positivos, presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Alicante, solicitando, entre otras cosas, que se dictase sentencia condenando a la Compañía mercantil B.U.T.S.A. a que otorgue a la demandante, en la Notaría que designe, escritura pública de compraventa de la finca objeto del litigio, pagando simultáneamente el precio convenido, esto es, la cantidad resultante de acomodar al coste de la vida, según los índices establecidos por la Dirección General de Estadística, y sirviendo de base para ello la cantidad fijada en el contrato privado.

El citado Juzgado dictó sentencia por la que, desestimando la demanda, absuelve a los demandados, y estimando la reconvencción formulada por éstos, declara la nulidad, la ineficacia y fuerza de obligar del contrato privado de 8 de enero de 1965.

Apelada dicha sentencia por la demandante, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia dictó sentencia que, estimando el recurso y revocando la sentencia de Primera Instancia, condena a la Entidad mercantil B.U.T.S.A. a que otorgue la escritura de venta y pague el precio convenido en la forma y condiciones solicitadas por la demandante.

La Entidad demandada interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, dictó sentencia declarando no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sentencia.—El fallo del Tribunal Supremo se basa, entre otros, en los siguientes considerandos:

Considerando que los dos primeros motivos del recurso combaten la apreciación que de la prueba que efectuó el Tribunal *a quo* por la doble vertiente que permite el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento en su número 7.º, ninguno de los cuales es susceptible de estimación, pues en un caso, el pretendido error de hecho se trata de justificar con el contrato de 8 de enero de 1965, constante en documento privado, y con el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número trece de los de Madrid, que anuló el título adquisitivo de la vendedora, carentes ambos

de aptitud a los fines alegados en este trámite de casación, habida cuenta su intrínseca naturaleza; y porque en el otro, el alegado error de derecho, carece de fundamento, ya que el juzgador no hizo sino interpretar el contenido de los documentos de referencia, cuyo resultado, según la conocida, por lo reiterada, doctrina jurisprudencial, debe prevalecer sobre la particular e interesada del recurrente, a menos que lograse probar que aquella era ilógica, absurda o contradictoria, cosa que se intenta hacer en el motivo tercero, pero sin resultado positivo alguno, por lo que igualmente debe ser desestimado.

Considerando que en el motivo cuarto se alega aplicación indebida del artículo 1.253 del Código Civil, y debe correr la misma suerte adversa que los anteriores, ya que la sentencia recurrida no aplicó ni debida, ni mucho menos indebidamente, la prueba de presunciones, en relación con la antes citada resolución, que quedó firme del Juzgado de Primera Instancia número trece de los de Madrid, porque el Tribunal *a quo* no basa su decisión en deducciones o conjeturas, sino en la existencia de un contrato de transacción celebrado entre los componentes de la familia R. que intervinieron en el proceso declarativo seguido ante dicho Juzgado, que quedó sin ejecutar y nunca se impugnó, por lo que no puede decirse que aquella sentencia tuviera trascendencia en los derechos, tanto dominicales, de carácter material o registral, como en la situación posesoria que ostentaban la actora y la sociedad demandada, porque una de las consecuencias de aquel contrato de transacción fue la renuncia por parte de la hoy actora a su derecho a impugnarla. Y hasta tal punto esto es así, que la sociedad demandada (actual recurrente) se aquietó con aquella sentencia y siguió y sigue gozando de la situación dominical y posesoria, construyendo un gran edificio para apartamentos, sin verse molestada por nadie, como aparece de la prueba.

Considerando que como consecuencia de cuanto queda expuesto, es asimismo obligada la desestimación de los restantes motivos que se formularon, pues la existencia del acuerdo transaccional entre los litigantes de aquel pleito impide afirmar que se violó el principio de Derecho *nemo dat quod non habet* (como se hace en el motivo quinto) o que el contrato de venta de 1965 carecía de objeto cierto, violándose con ello los artículos 1.261-2.º, 1.271-1.º y 1.272, en relación con el 1.445, todos del Código Civil (según se afirma en el motivo sexto); del mismo modo que el conocimiento del litigio mencionado y subsiguiente aquietamiento de la entidad actualmente recurrente, con la transacción tantas veces referida, quita toda consistencia al alegato de error en el consentimiento, con violación de los artículos 1.261-1.º y 1.266 también del Código, que se denuncia en el motivo séptimo; siendo también improcedente la denuncia de inaplicación del 1.258 de nuestro primer Código sustantivo, en relación con la obligación de entregar la cosa vendida, cuando consta como hecho probado que la recurrente no sólo recibió la cosa que se vendió, sino que la ha venido poseyendo y ocupando desde entonces en concepto de dueño, habiendo incluso construido en el objeto que dice no recibió, un gran edificio para apartamentos. Finalmente, el alegato del motivo décimo, donde lo que se denuncia es violación del artículo 1.124-1.º del Código Civil, relativo a la excepción de «contrato no cumplido» también ha de desestimarse, pues quien lo sostiene es justo la única de las partes contratantes que no cumplió con su obligación contractual.

S. S. Q.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LA TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA SE ACEPTA POR LA JURISPRUDENCIA EN FORMA MODERADA (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que la jurisprudencia, haciéndose eco de la doctrina científica, va inclinándose, aunque moderadamente, hacia una apreciación más objetiva de la culpa extracontractual, propugnando la inversión de la carga de la prueba para obligar al autor de los daños a acreditar que en el ejercicio de sus actos lícitos obró con toda la prudencia y diligencia precisas para evitarlos, y que tiene su fundamento en el principio de responsabilidad basado en el mero riesgo o peligro creado, que hace que el daño causado sea el resultado de una causalidad física, con absoluta abstracción del factor psicológico de culpabilidad del causante del mismo, sin embargo, esta teoría sobre la responsabilidad objetiva se acepta, como queda dicho, de forma moderada y sin excluir, en modo alguno, el estricto principio de la responsabilidad por culpa.

La posibilidad de prever los sucesos es un concepto teóricamente amplísimo y de límites imprecisos, que hay que entenderlo, en su aplicación legal y práctica, como excluyente de aquellos hechos totalmente insólitos y extraordinarios que, aunque no imposibles físicamente y, por tanto, previsibles en teoría, no son de los que pueda calcular una conducta prudente atenta a las eventualidades que el curso de la vida permite esperar. Requisitos que en el acaecimiento de la fuerza mayor han de concurrir, que el hecho sea además de imprevisible, o que previsto sea inevitable, insuperable e irresistible y que haga imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída o impida el nacimiento de la que, conforme a los artículos 1.902, 1.903 y siguientes del Código Civil, pueda sobrevenir, debiendo existir entre el daño producido y el evento que lo produjo un nexo de causalidad eficiente.

MAS QUE EL «NOMEN IURIS» IMPORTA LA LICITUD Y EFICACIA DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Cuando una relación obligatoria contractual contiene suficientemente los requisitos que el ordenamiento jurídico civil exige para su validez y producción de efectos (art. 1.261 del Código Civil), no hay necesidad de esforzarse en seguir los viejos cauces del dogmatismo jurídico e intentar encajar, más o menos *a fortiori*, el pacto o convenio en cuestión en los tipos contractuales civiles perfilados en las leyes, ya que sobre no aparecer en ningún lugar normativo esa exigencia asimiladora (salvo la aplicación analógica «ex» artículo cuarto del Código Civil, como función integradora del Juez), bastará con que el intérprete y juzgador se atenga a lo estipulado —si ello es lícito, conforme al artículo 1.255 del Código Civil— y sancione *ex officio iudex* sus naturales consecuencias en

orden a la eficacia y efectos de lo acordado libremente por obra de la autonomía de la voluntad, ya que lo que importa no es el *nomen iuris*, sino la licitud, validez y eficacia del contrato, sea más o menos típico, atípico, simple o complejo, y siempre, naturalmente, que sus cláusulas contengan las suficientes especificaciones para su normal cumplimiento.

NO ES NECESARIA LA NOTIFICACION A LOS ARBITROS DE LA PRORROGA DEL PLAZO (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Dada la naturaleza del contrato de compromiso y el principio de la autonomía de la voluntad que la informa, nada obsta para que por voluntad de los compromitentes pueda prorrogarse el plazo inicialmente señalado por los árbitros, siempre que lo sea de común acuerdo entre aquéllos, en escritura pública y antes del transcurso del inicialmente señalado, si bien es consecuencia obligada que la escritura sea presentada a los árbitros designados para que con pleno conocimiento de su contenido, y específicas obligaciones, puedan manifestar su libre voluntad de obligarse, mediante su aceptación, o, por el contrario, no acepten aquel nombramiento, no puede decirse lo mismo cuando de escritura adicional de prórroga del plazo se trata, ya que aun no siéndolo a su petición, sólo cabe entender lo que es en beneficio de aquellos que pueden contar con más tiempo para el cumplimiento de su obligación, y aunque parece lógica su notificación, no lo tiene que ser notarialmente ni en forma solemne, pudiendo hacerse de cualquier forma, e incluso dejar de hacerlo, ya que sus obligaciones en nada resultan alteradas ni afectadas.

LA DEPRECIACION MONETARIA OBLIGA A SEGUIR LA TEORIA VALORISTA EN LOS CASOS DE RESARCIMIENTO, PARA ASI ELUDIR EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1980).

Hechos.—Don Manuel construyó unos edificios industriales sobre un terreno del que era titular registral. Con posterioridad se declaró judicialmente que la propiedad del solar pertenecía proindiviso a don Manuel y a sus dos hermanos. Don Manuel, a su vez, demanda a los copropietarios para que le paguen la parte correspondiente a ellos en las edificaciones. La Audiencia los condena a indemnizarle con el valor que tenían los inmuebles al tiempo de ser construidos. El Tribunal Supremo estima el recurso del actor y declara que debe apreciarse la indemnización según el valor que tienen en la actualidad los edificios.

Doctrina de la sentencia.—El principio del enriquecimiento injusto, de honda raigambre en nuestro Derecho histórico, aunque carente de regulación específica en el Derecho sustantivo vigente, ha sido muy reiteradamente reconocido por la jurisprudencia de esta Sala, de modo que, como declaró la Sentencia de 12 de enero de 1943, tiene en nuestro ordenamiento jurídico no sólo la significación de un principio general del Derecho, aplicable como fuente de carácter subsidiario, sino muy acusadamente la de

una institución jurídica recogida en numerosos preceptos legales, aunque en forma inconexa, y se ha exigido para su aplicación que falte causa o justificación entre el enriquecimiento, de una parte, y el empobrecimiento, de la otra; habiéndose concretado que no se requiere que el empobrecimiento proceda de medios réprobos o de mala fe, bastando que el enriquecido haya experimentado una ganancia sin causa o sin derecho, lo que es compatible con la buena fe, pero sin existir enriquecimiento injusto cuando se adquiere algo en virtud de un contrato legal válido o en virtud de un legítimo derecho que se ejercita sin abuso; se requiere, pues, que el enriquecimiento se produzca en virtud de un desplazamiento patrimonial no basado en un acto lícito capaz de justificarlo, pudiendo impugnarse cuando a consecuencia de fenómenos económicos ajenos a la voluntad de los particulares el valor de las cosas sufre un desproporcionado aumento y de él participan personas distintas del propietario que no contribuyeron a la creación del valor que entre ellos se distribuye, de manera que tal distribución pueda ser contraria a la equidad; singularmente, la depreciación monetaria impide en no pocos supuestos del tráfico negocial actual seguir una tesis nominalista, que tiene en cuenta el dinero como objeto directo de la obligación a base de su valor nominal, para seguir la llamada teoría valorista que atiende preferentemente al valor patrimonial actual para evitar resultados inequitativos y eludir así supuestos de enriquecimiento injusto de unas personas a costa de otras.

UNICAMENTE EL PROPIETARIO DE UNA COSA PUEDE CONTRAER CREDITOS REFACCIONARIOS SOBRE LA MISMA (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—La recurrente alega que el crédito que ostenta es refaccionario, y sostiene que no sólo el titular registral o propietario del inmueble afectado puede contraer créditos de esa naturaleza, sino también los contratistas y subcontratistas cuando se trate de la construcción o reparación de un edificio.

El artículo 59 de la Ley Hipotecaria, después de reconocer al acreedor refaccionario la facultad de pedir anotación sobre la finca refaccionada por las cantidades que anticipare, establece que esta anotación surtirá respecto de dicho crédito «todos los efectos de la hipoteca», y estos efectos de derecho real no son concebibles sin que la deuda origen de la hipoteca sea contraída por el propietario del inmueble, a menos que éste lo hubiera autorizado, como se deduce de forma inequívoca de los requisitos que para la constitución de este derecho real exige el artículo 1.857, números 3 y 4, del Código Civil, es decir, que la cosa hipotecada, en este caso gravada por el crédito refaccionario, pertenezca en propiedad al que contrae la deuda, y que además tenga la libre disposición de dicha cosa; sin que pueda admitirse que la eficacia *erga omnes* de la hipoteca, a la que conduce la constitución de un crédito refaccionario, con su consumación al realizarse el *jus distrahendi* del acreedor mediante la enajenación de la cosa para pagar al acreedor, pueda efectuarse mediante un crédito refaccionario contraído por quien no sea propietario y titular registral del inmueble.

HAY EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL DE QUE NO ES DABLE IMPUGNAR POR INCONGRUENTES LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Cuando la demanda contiene una pretensión subsidiaria en la que se plantea *ad cautelam* una situación fáctica y jurídica distinta a la que se podría dar lugar por desestimación de la principal, el Tribunal de instancia al absolver de ésta ha de entrar a resolver expresamente sobre la primera, haciendo por separado los oportunos pronunciamientos, pues sólo se autoriza el pronunciamiento absolutorio de todas las pretensiones formuladas si del solo examen de la cuestión principal, al estar ligadas a la misma por vínculos de dependencia, deriva necesariamente la improcedencia de las demás a ella subordinadas, quebrando, en consecuencia, en supuestos como el de esta litis, la regla general de que no es dable impugnar por incongruentes las sentencias absolutorias.

DETERMINACION DEL PERIODO DE TIEMPO EN QUE HAN DE CUMPLIRSE LAS OBLIGACIONES CUYO PLAZO QUEDA A LA VOLUNTAD DEL DEUDOR (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—La determinación del período de tiempo en que deben cumplirse las obligaciones cuyo plazo hubiere quedado a la voluntad del deudor, es materia reservada al libre arbitrio de los Tribunales de instancia, como se infiere tanto de los términos gramaticales en que está redactado el párrafo 2.º del artículo 1.128 del Código Civil, que al no contener disposición alguna en contrario no permite conclusión distinta, como de los textos legislativos que sirvieron de antecedente a aquella norma, como es la Ley 13 del título 11 de la Partida 5.ª, doctrina científica y criterio jurisprudencial, que al calificar ese plazo como discrecional, el uso que de esa facultad hagan los Tribunales de instancia no puede ser censurado en casación.

Es conocido el criterio genérico jurisprudencial referido a la resolución de las obligaciones, de que aquélla sólo se produce cuando se patente de modo indubitado una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, no bastando comprobar la existencia de cualquier incumplimiento, sino que es necesario examinar si éste tiene la importancia en la economía del contrato que justifique la resolución en la común intención de los contratantes.

J. Q. S.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

FIJACION DEL PERIMETRO AFECTADO EN EL ACUERDO DE SUSPENSION DE OTORGAMIENTO DE LICENCIAS (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE ENERO DE 1980).

I ANTECEDENTES

1 El Ayuntamiento de Valls, con el fin de estudiar la formación de un Plan Parcial, el 15 de diciembre de 1972 adopta el acuerdo de suspender el otorgamiento de licencias en una manzana. Dicho acuerdo se publica en el *Boletín Oficial de la Provincia* de Tarragona el día 17 siguiente.

2. Don Antonio G. y otros recurren en alzada contra dicho acuerdo ante la Comisión Provincial de Urbanismo, la cual estima el recurso y deja sin efecto el acuerdo impugnado por Resolución de 13 de marzo de 1973.

3 Es entonces el Ayuntamiento de Valls quien interpone recurso contra el acuerdo de la Comisión. La Sala 1.ª de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona estima el recurso en Sentencia de 2 de julio de 1974, anulando la resolución de la Comisión y manteniendo la validez y eficacia del acuerdo del Ayuntamiento de Valls.

4 El Abogado del Estado entonces promueve recurso de apelación contra dicha sentencia, recurso que la Sala 4.ª del Tribunal Supremo desestima, confirmando la sentencia apelada.

II. LA SENTENCIA

La sentencia que vamos a comentar, y de la que fue ponente el excelentísimo señor don Angel Martín del Burgo y Marchán, contiene la siguiente doctrina:

Primer considerando: Que el objeto de la litis queda muy simplificado, al pasar las actuaciones procesales de la primera, a esta segunda instancia, y desistir de la apelación los particulares directamente interesados en el mantenimiento del acuerdo recurrido de la Comisión Provincial de Urbanismo de Tarragona, actuando en aquélla en concepto de demandados por tal motivo, y al *quedar en solitario ahora la Abogacía del Estado*, quien sólo

mantiene dicha apelación por una sola causa, la supuesta imposibilidad legal de sostener, como pretende el Ayuntamiento de Valls, el acuerdo dictado por el mismo, en cuanto según ella, por la forma en que interpreta el artículo 22 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, la suspensión del otorgamiento de licencias de parcelación y edificación sólo podrá ser factible respecto de sectores comprendidos en un perímetro determinado, compuesto de varios polígonos y de varias manzanas, pero no, como en este caso ocurre, cuando los terrenos afectados por la medida de suspensión no comprenden más que una sola manzana.

Segundo considerando: Que la situación a que se ha llegado, según lo antes descrito, significa que el propio representante de la Administración ha quedado convencido de la sinrazón de los aludidos particulares, al imputar al acuerdo municipal de suspensión, y al procedimiento seguido para dictarlo, de supuestos vicios invalidatorios, cosa que no puede extrañar, ante la argumentación efectuada por el Tribunal *a quo*, en la sentencia que nos ocupa, suficiente para evidenciar lo contrario, esto es, la corrección con que, en este caso, ha obrado el referido Ayuntamiento; pues bien, si esto es así, no puede tener aplicación aquí la doctrina sentada en la *Sentencia de 8 de marzo de 1967*, en la que se declara que no cabe la denegación del otorgamiento de licencia cuando, aun con la mejor intención, y velando por la mejor realización de futuras y posibles obras de interés general para la ciudad, se trate de conseguir tales objetivos a costa de unos particulares, sin haberse seguido previamente los requisitos y condicionamientos impuestos para ello en el Ordenamiento, ya que, en el supuesto de autos, esos presupuestos han quedado cumplimentados, al adoptarse el acuerdo de carácter general, tras de la tramitación pertinente; debiendo dejar constancia, para evitar equívocos, o reproches de existencia de una *contradictio in terminis*, que, al decir «acuerdo de carácter general» no se pretende crear una mixtura hasta ahora no reconocida por la técnica administrativa, sino que *se está pensando en lo que se conoce como acto administrativo de destinatario múltiple*, ya que este tipo de acuerdos no podrá ser calificado de norma o disposición de carácter general, en cuanto no pertenece al campo propio de la planificación, sino a una incidencia que sólo transitoriamente lo interfiere, no para modificarlo o anularlo, sino solamente para evitar riesgos de actuaciones que contradigan o puedan contradecir posibles nuevas planificaciones en estudio o en proyecto, o lo que es lo mismo, no puede ser calificado de norma, porque sólo representa una medida cautelar, para asegurar la efectividad de una futura norma planificadora.

Tercer considerando: Que después de lo dicho, y como ya se anticipó en el primer considerando, la cuestión queda reducida al tema único planteado en esta alzada por dicha Abogacía; tema que ha de ser resuelto en contra de la tesis mantenida por la misma, pues, como proclama la jurisprudencia (*Sentencias de 2 de marzo y 15 de noviembre de 1971*), si el artículo 22 de la Ley del Suelo de 1956 establece una *limitación de las facultades do-*

*minicales, es obligado hacer una interpretación del precepto de forma estricta e incluso restringida; ahora bien, si se acogiera la alegación del representante de la Administración en este proceso, la consecuencia sería la de tener que adoptar en estos casos acuerdos de suspensión referidos a amplios sectores, o de extremarse el argumento, al total perímetro comprendido en el Plan General o, al menos, en el Parcial, con lo cual, lo único que se conseguiría es generalizar un entorpecimiento en el ejercicio del *ius edificandi*, que muy bien puede ser localizado en el espacio estricto necesario.*

Cuarto considerando: Que, por otra parte, para respaldar y dar cobertura legal a la conclusión a que acaba de llegarse, no es necesario salirse de la pura interpretación gramatical del referido artículo 22 de la Ley del Suelo, ya que en éste, y en el extremo en examen, la única exigencia es que los terrenos afectados por el acuerdo de suspensión queden perfectamente definidos en el mismo, a base de establecer un «perímetro determinado», siendo los comprendidos dentro de él los únicos que se verán afectados por tal medida cautelar.

Quinto considerando: Que cuando en esta materia se ha invocado el *principio de igualdad*, naturalmente que no ha podido ir dirigido más que a pretender que todos los que se hallen en igual situación sean tratados de igual forma, lo cual no puede ser más lógico y equitativo, puesto que de lo contrario sería abrir un portillo a la arbitrariedad y al abuso de poder; mas cuando estos supuestos no se dan, y aquí nada se ha apuntado en este sentido, no hay razón alguna para que se invalide un acuerdo de suspensión del que, a fin de cuentas, no se le imputa más que el hecho de que los terrenos implicados sólo comprenden una manzana; máxime cuando, en la determinación del perímetro que ha de fijar el ámbito de efectividad de la medida, *no hay más remedio que reconocer cierto margen de discrecionalidad a la Corporación que lo establezca*, como viene admitiendo la jurisprudencia —Sentencias de 24 de marzo de 1961, 18 de diciembre de 1968, 6 de junio de 1975—, a no ser, claro está, que en el ejercicio de esta discrecionalidad se descubran unos fines torcidos y abusivos.

Sexto considerando: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en la conducta procesal de los contendientes, a los efectos prevenidos en los artículos 81 y 131 de la Ley Jurisdiccional, sobre imposición de costas.

III. COMENTARIO

1. Planteamiento y matizaciones previas

Dada la legislación aplicable en el supuesto del proceso originado por el conflicto de intereses conviene matizar, aunque brevemente, dos temas, por lo menos.

Hay que notar, efectivamente, que en la vigente Ley del Suelo, y por razones con anterioridad continuamente puestas de manifiesto por la doc-

trina, desaparece ese peculiar recurso de alzada «indirecto» que podía interponerse contra los acuerdos de los Ayuntamientos ante las Comisiones Provinciales de Urbanismo. El régimen hoy de impugnación de tales acuerdos, en tanto resoluciones, definitivos, es el general: recurso de reposición ante el mismo órgano que dictó el acto, con lo que queda agotada la vía administrativa previa, y posterior recurso, en su caso, contencioso-administrativo ante los Jueces (1).

Esto, por un lado. Por otro, baste señalar que aunque la sentencia se refiere al artículo 22 de la Ley del Suelo, el tema en la actualidad se regula en el artículo 27, y que por lo que se refiere a la suspensión adoptada por acuerdo, en el vigente texto la regulación es la misma en lo que se refiere al aspecto tratado en la sentencia (2).

Por esto último, la sentencia que comentamos tiene una perfecta aplicación, en cuanto parte de la importante doctrina jurisprudencial en la materia, al momento legislativo presente (3).

Por demás, el peculiar juego de intereses, al articularse en la vía administrativa previa al proceso contencioso-administrativo en la alzada como recurso, si bien no altera el contenido y valor de las fundadas consideraciones de los Jueces al sentenciar, sí que ofrece una peculiar perspectiva personal, que en el momento actual, y con base en el régimen vigente de impugnación, llama la atención.

Efectivamente. Si hoy se hubiese planteado el problema jurídico, una primera solución del conflicto de intereses se hubiera producido en la resolución de reposición por el propio Ayuntamiento de Valls. Resolución que lo más probable (casi seguro) hubiera sido desestimatoria. Entonces don Antonio G. y los otros habrían tenido que acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual, en primera instancia, probablemente (seguro, dada la doctrina de la sentencia barcelonesa) hubiera estimado el recurso. Sería entonces al Ayuntamiento de Valls al que se le plantearía la opción de acatar el fallo judicial o apelar la sentencia ante la Sala 4.ª del Tribunal Supremo.

Pero, según hemos visto, las cosas no ocurrieron así. Al resolverse en

(1) El artículo 220 de la Ley del Suelo de 1956, hoy derogado, tiene su contrapunto en el artículo 237, 1, del vigente Texto Refundido, según el cual

«Los actos de las Entidades Locales, cualesquiera que sea su objeto, que pongan fin a la vía administrativa serán recurribles *directamente* ante la jurisdicción contencioso-administrativa.»

(2) Según el apartado 1 del artículo 22 antiguo

«Los órganos competentes para la formación de un Plan podrán acordar y habrán de publicar en el *Boletín Oficial de la Provincia*, la suspensión por un año del otorgamiento de licencias de parcelación y edificación en sectores comprendidos en un *perímetro determinado*, con el fin de estudiar el Plan de ordenación o su reforma»

En la actualidad, según el artículo 27, 1, del vigente texto

«Los órganos competentes para la aprobación inicial y provisional de los Planes Generales Municipales, Parciales, Especiales o Estudios de Detalle, podrán acordar, por el plazo máximo de un año, la suspensión del otorgamiento de licencias de parcelación de terrenos y edificación en sectores comprendidos en una zona determinada con el fin de estudiar el Plan o su reforma. Dicho acuerdo habrá de publicarse en el *Boletín Oficial de la Provincia* o provincias afectadas y en uno de los diarios de mayor difusión de cada una de ellas»

(3) Además de la Ley del Suelo y Reglamento de Planeamiento, también en la actualidad hay que tener en cuenta el artículo 8 del Real Decreto-ley de 16 de octubre de 1981, que en su artículo 8, 1.º, dispone que:

«Los órganos competentes para la aprobación inicial y provisional de los Planes Generales Municipales, normas subsidiarias de planeamiento municipal, Planes parciales, especiales o estudios de detalle, podrán acordar la suspensión del otorgamiento de licencias de parcelación de terrenos, edificación y demolición en áreas determinadas, con el fin de estudiar su formación o reforma»

Terminando con el apartado 5.º, según el cual

«Los acuerdos de suspensión se adoptarán con las formalidades previstas en el Reglamento de Planeamiento.»

un primer momento el conflicto, no por el mismo Ayuntamiento, sino por la Comisión Provincial de Urbanismo, en sentido favorable a los propietarios, tendrá que ser el Ayuntamiento el que interponga recurso contencioso-administrativo contra esta resolución en busca del mantenimiento de su acuerdo de suspensión. La Sala barcelonesa da la razón al Ayuntamiento recurrente y se la quita a don Antonio G. y los otros propietarios y a la Comisión Provincial de Urbanismo.

¿Qué ocurre en ese momento?

Ocurre que, por las razones que sean y que no vienen al caso, don Antonio G. y los otros no apelan a la sentencia. Es el Abogado del Estado, en defensa de la resolución de la Comisión Provincial de Urbanismo, quien interpone el recurso que va a dar lugar a la sentencia comentada. Los propietarios se descuelgan de la lucha contra el acuerdo municipal.

Lo expuesto es bien significativo de la importancia que tiene una (u otra) articulación de los medios de impugnación de los actos administrativos desde el punto de vista de la posición de los elementos personales que entran en juego (4).

En el supuesto de la sentencia que comentamos, además, el tema de fondo sobre el que se hacen incidir las argumentaciones también sufrirá una concreta alteración.

Así se dice claramente en el PRIMER CONSIDERANDO (...). Ahora, en la apelación, sólo se discutirá un punto concreto: si la suspensión puede referirse a una sola manzana. El Abogado del Estado prescinde de los otros puntos en los que ante la Sala de Barcelona también se centró el litigio.

2. *Procedimentalización de la actuación administrativa y principio de legalidad*

El principio de legalidad, presupuesto mínimo elemental de un Estado de Derecho, penetra la actuación del Poder administrativo, no limitándose a una confrontación de los resultados del ejercicio de dicho Poder con el Ordenamiento, sino exigiendo una valoración también de cómo se ha ejercitado. No basta cuestionar si lo actuado es jurídicamente correcto, hay que verificar también si se ha seguido el cauce formal adecuado, el proce-

(4) La solución dada por el Ordenamiento jurídico antes y ahora es como toda solución jurídica eminentemente convencional. Cuál sea la más adecuada para dar respuesta al conflicto de intereses, en abstracto puede serlo tanto la una como la otra.

Presupuesto un conflicto de intereses entre el administrado, que pide la licencia y la Corporación local, que resuelve sobre la misma, según se dé entrada en la vía de recurso administrativo de la Comisión Provincial de Urbanismo o no, las posiciones de ambas partes quedan alteradas, según decimos arriba.

Lógicamente, al particular le convendrá más agotar la vía administrativa ante un órgano distinto del que resolvió sobre su petición, dado que ello presupone una mayor facilidad de que el criterio inicialmente adoptado se rectifique y así no tener que soportar la carga del recurso contencioso-administrativo. Y viceversa.

Viceversa, en el sentido de que el Ayuntamiento, en el caso de discrepancia con la Comisión Provincial de Urbanismo y de ser de alzada el recurso adecuado para agotar la vía administrativa, se verá gravado con la carga, que en otro caso correspondería al particular.

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley del Suelo, hace expresa referencia a que el Proyecto intenta ser

«respetuoso en todo lo posible con el régimen jurídico propio de la actuación municipal (y) suprime los casos en los que se establecían recursos de alzada contra los acuerdos municipales».

dimiento establecido. En esta perspectiva está presente la idea de que el fin no justifica los medios (5).

En el SEGUNDO CONSIDERANDO de la sentencia comentada, el Tribunal Supremo, a pesar de haber quedado limitada la cuestión litigiosa al tema del perímetro de suspensión, sin embargo, se refiere a la «corrección con que ha obrado el referido Ayuntamiento».

Aparte que el problema de la apreciación de oficio de los vicios de procedimiento pudiera estar presente (6), lo que me interesa señalar es la perspectiva que se adopta.

Del SEGUNDO CONSIDERANDO se desprenden dos aspectos relacionados, pero distintos, en el problema de la planificación urbanística, en su relación con las licencias, cuando se estudia su formación o modificación.

Por un lado, está el tema procedimental en su sentido más estricto del procedimiento para acordar la *suspensión del otorgamiento de licencias*, tema que resulta claro, según vimos antes.

Pero, por otro lado, el Tribunal Supremo alude a una Sentencia de 8 de marzo de 1968, según la cual se refiere a *un supuesto de denegación de licencia*.

Pues bien, lo que quiero indicar es que, entendiendo el tema de la procedimentalización de la actuación administrativa en un sentido general, habrá que advertir que para conseguir determinados resultados concretos no sólo bastará haberse ajustado al procedimiento concreto previsto para adoptar dicho acuerdo concreto (por ejemplo, denegar una licencia), sino que como presupuestos hay que tener en cuenta la existencia de otras actuaciones administrativas. Así, para poder dejar de otorgar licencias, dado su carácter reglado, una de dos: o está vigente una ordenación contra la que resulte contraria la petición en base a la cual ésta se pueda denegar, o está suspendido el otorgamiento de licencias. En otras palabras, para poder dejar de otorgar licencias conformes con la legalidad vigente (7), la Administración debe haber «*procedido*» a suspender su otorgamiento. Tanto las resoluciones sobre licencias, como las relativas a la suspensión, tienen su procedimiento y formalidades; pero globalmente enfocado el tema, puede advertirse una procedimentalización más general.

(5) Como dice F. GARRIDO FALLA, criticando un trabajo de G. LANGROD de 1956, «no se ha puesto suficientemente de relieve la peculiaridad que significa, desde el punto de vista del Derecho comparado, la circunstancia de que entre nosotros el procedimiento administrativo sea una materia legalmente regulada»; «ahora bien, en cualquier caso, es indudable que después de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, España se coloca, sin discusión posible a la cabeza de los países donde existe un Derecho administrativo procedimental». *Tratado de Derecho administrativo* (I), reimpresión, 7.ª ed., Madrid, 1980, págs 546 y sigs.

En definitiva, «todo formalismo es siempre un instrumento de eficacia que pasa por la antesala de la desconfianza. El formalismo administrativo se inicia en los mismos orígenes de nuestra ciencia, porque ésta nace como producto de un Estado de desconfianza de sus poderes» MARTÍNEZ DE LOS USEROS, citado por F. GARRIDO FALLA, *cit* 546, en nota.

(6) Sobre el tema, *vid.* por todos, J. GONZÁLEZ PÉREZ *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, 1978, 1011 y sigs.

(7) En materia de Planes de Urbanismo, la doctrina general es que la vigencia sólo se produce desde la publicación de la aprobación definitiva (...). No obstante, no pueden dejarse de recordar aspectos del Ordenamiento y sentencias que dan determinados efectos al Plan desde la *aprobación definitiva*. Al tema se refirió el comentario de esta REVISTA en el núm. 542, 192 y sigs.

3. *La suspensión del otorgamiento de licencias como presupuesto para dejar de otorgar licencias*

La sentencia comentada tiene un gran interés, al desarrollar la perspectiva general que partiendo del tema del procedimiento ofrece respecto de la funcionalidad y naturaleza de la suspensión del otorgamiento de licencias.

La última parte del SEGUNDO CONSIDERANDO ofrece una acertada y clara visión del tema.

Se parte de la exigibilidad de la suspensión de otorgamiento de licencias de los efectos indicados (8).

No se detiene en fundamentar dicha exigencia, por cuanto resulta clara, limitándose a indicar su funcionalidad («evitar riesgos de actuaciones que contradigan o puedan contradecir posibles nuevas planificaciones en estudio o proyecto», «asegurar la efectividad de una futura norma planificadora») (9).

Afronta el tema de la naturaleza del acuerdo de suspensión sosteniendo que *no se trata de una norma*, en tanto no queda incardinado en la Ordenación, sino que se limita a congelar su efectividad, *a pesar de su generalidad*; lo que es, es un *acto administrativo de destinatario múltiple* (10).

Baste este apunte de las ideas que se desprenden del considerando comentado, remitiéndonos a su correcto texto.

Como luego veremos, sin embargo, el tema de la *generalidad* recibirá un tratamiento más específico.

4. *Interpretación restringida del artículo 27 (22 antiguo) de la Ley del Suelo*

La sentencia, en su TERCER CONSIDERANDO, confirma una reiteradísima doctrina jurisprudencial, de la que son ejemplo, además de las sentencias que cita, las de 7 de marzo de 1977, 5 de marzo y 20 de noviembre de 1976, 16 de febrero de 1977, etc.

Baste lo dicho e indicar que por muy ajustado que sea al principio de libertad el de interpretación restringida de artículos, como el ahora analizado, ello no puede llevarnos a una manipulación del Ordenamiento jurídico, a una desvirtuación de instituciones previstas con una finalidad per-

(8) No hay que desconocer, sin embargo, algunas sentencias heterodoxas en esta materia, que permiten la denegación de licencias por razones de interés público no concretadas ni en el Plan vigente ni articuladas en la suspensión del otorgamiento de licencias. Núm. 542 de esta REVISTA, 190 y sigs.

(9) El fundamento de la institución radica en el doble dato del *carácter reglado* de las licencias y la *irretroactividad* de los Planes de Urbanismo, y acaba desenvolviéndose en una especie de situación jurídica interina: al Plan en gestación se le da, en virtud del acuerdo, un tratamiento análogo al del *nasciturus*.

(10) En el mismo sentido y sacando las consecuencias del carácter no normativo del supuesto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1981 negará la posibilidad del recurso *indirecto* del acuerdo (con ocasión de discutirse la resolución sobre una licencia concreta):

«Tratándose, por tanto, de un acto administrativo que no admite más que su impugnación directa; obteniéndose, como conclusión de todo lo expuesto, que la existencia de un acuerdo municipal de suspensión de licencias en la zona en que se proyecta el edificio litigioso, en cuanto al que no se ha discutido el cumplimiento de los trámites precisos para su ejecutividad, impide el otorgamiento de licencias en esa zona, por tanto, también de la controvertida en este recurso, con independencia de las consecuencias que pudieran originarse por la anulación del acuerdo de suspensión de licencias, si es que ha sido impugnado, pero cuya adecuación al Ordenamiento jurídico no es posible discutir en este recurso como si se tratase de una disposición general.»

fectamente justificada y clara en el contexto en el que el precepto debe integrarse.

5. *La perimetración como requisito de la suspensión*

El CONSIDERANDO CUARTO de la sentencia se refiere a la exigencia de establecer un perímetro determinado en el que la suspensión tenga efecto. Tal perimetración se considera como una exigencia de la validez del acuerdo de suspensión, la *única* desde la perspectiva en que el tema discutido se centra.

La consideración se hace a efecto de responder a la crítica planteada por el Abogado del Estado a la sentencia apelada; sin embargo, resulta importante como consideración general.

Efectivamente. Supongamos que se acuerde la suspensión del otorgamiento de licencias con ocasión del estudio de una nueva ordenación urbanística, pero que ni en dicho acuerdo ni, por tanto, en su publicación resulta expresamente determinado el perímetro afectado.

¿Habrá que entender que es el total territorio abarcado por el Plan objeto de Estudio en tanto el ámbito territorial del mismo conste?

Aparte el problema de interpretación del acto administrativo que se plantea, la sentencia comentada es clara en el sentido de exigir la perimetración expresa de los efectos de la suspensión. Dentro hay suspensión; fuera, no. En el mismo sentido, por ejemplo, las *Sentencias de 2 de marzo de 1971, 13 de diciembre de 1973, 6 de junio de 1975, 5 de marzo de 1976, 10 de abril de 1978.*

6. *Los términos sector, zona, área. Sentido gramatical e interpretación lógica del artículo*

Tanto la antigua como la nueva Ley del Suelo establecían una prohibición de nuevas suspensiones cuando previamente se había acordado. No obstante, la terminología empleada no era ciertamente elogiada, ni gramatical ni jurídicamente: se prohibían nuevas suspensiones en la misma «zona» cuando previamente se hubieran acordado respecto de *sectores comprendidos en una zona determinada*.

En relación con el tema de las prohibiciones de nuevas suspensiones, la lógica interpretativa llegaba a una conclusión que salvaba el problema de la letra del artículo. Había que entender, lógicamente, que se prohibían nuevas suspensiones en el perímetro afectado por la suspensión anterior.

La terminología hoy queda aclarada en el Reglamento de Planeamiento (artículos 117, a); 120, 1 y 2, y 122) y en el Real Decreto-ley de 18 de octubre de 1981 (art. 8.º), prescindiéndose de toda referencia a *zona* o *sector* y utilizándose en todo momento el término *área*.

La sentencia comentada no trata del problema acabado de señalar. No se refiere a la *equivalencia* terminológica entre el perímetro en que se prohíben nuevas suspensiones, en relación con el que primeramente pudiera haberse visto afectado.

La sentencia trata otro tema, planteado como fundamental por el Abogado del Estado, también con relación a la terminología empleada en la

ley. Pero que hace relación con el contenido, con el concepto encerrado en el término empleado.

El Abogado del Estado, en defensa de la resolución de la Comisión Provincial de Urbanismo tarraconense, lo que sostenía era que no podía admitirse una suspensión respecto de una sola manzana, ya que al hablar el precepto legal de *sector* estaba obligando a que la suspensión se refiriera a varios polígonos, y más manzanas, por tanto, como mínimo.

La contestación del Tribunal Supremo es la que antes indicábamos: a pesar de la terminología empleada debe entenderse tan sólo que lo que debe hacer la Administración es fijar un *perímetro* determinado para la suspensión. No hay límite en el artículo para que éste deba ser o pueda ser superior o *inferior* a lo que se entiende por sector. Ello, según se indicó, resulta hoy claro, en virtud de la precisión reglamentaria y la innovación por Real Decreto-ley.

7. *Margen de discrecionalidad de la Administración en la determinación del perímetro de suspensión*

Dada la finalidad y funcionalidad de la institución, de la suspensión del otorgamiento de licencias resulta evidente que no podrá afectar a terrenos que no resulten comprendidos en el ámbito territorial del instrumento urbanístico que se estudie. Es esperable, en este sentido, leer (la letra clara de) los artículos 117, *a*), y 118, 2, del Reglamento de Planeamiento.

Resulta también claro que la suspensión no tiene necesariamente que afectar a la totalidad del territorio cuya ordenación se estudia. Precisamente se desprende, tanto de la Ley como del Reglamento, que es posible que sólo parte de dicho territorio el afectado por la suspensión (sectores, zonas. .). El Reglamento de Planeamiento, en este sentido, es bien claro en su artículo 118, 2 («podrá abarcar la totalidad o parte del territorio»). Y la sentencia comentada, en el *inciso final* de su tercer considerando, es también expresiva en este sentido.

Ahora bien, presupuesto que no hay límite expreso y concreto en cuanto a laimetración, con tal de que no se salga ésta del ámbito del Plan que se estudia, lo que se está reconociendo es una potestad discrecional de la Administración para fijar el perímetro. ¿Qué límites puede tener?

¿Cómo puede limitarse y, consiguientemente, controlarse la discrecionalidad administrativa al fijar el perímetro de suspensión?

Creo que el tema radica en la naturaleza y funcionalidad de la institución. Y es que efectivamente resultaría *desproporcionado* y contrario al principio de *libertad* suspender donde no tiene sentido suspender, es decir, donde la ordenación nueva no modifica la anterior y todavía vigente. En tal sentido, resulta bien expresivo el texto del artículo 120, 1, del Reglamento de Planeamiento, no obstante admita respecto de las *áreas* afectadas por modificaciones del nuevo planeamiento, aunque haya terrenos en ellas no afectados, que puedan comprenderse en su totalidad dentro del perímetro. En tal caso podrán (y deberán, dada la naturaleza de la suspensión) otorgarse licencias siempre que basadas en el régimen existente respeten el nuevo.

Ahora bien, el artículo 120 del Reglamento de Planeamiento se refiere

a la suspensión derivada de la aprobación inicial del Plan ya redactado. Suspensión por algunos denominada *automática* (que no lo es, ya que exige también la perimetración y publicidad) (11).

En tal supuesto de suspensión, ya se sabe cuál es la ordenación a tener en cuenta, no sólo porque ya ha sido elaborada material y concretamente, sino además inicialmente *aprobada* y aceptada como propia por la Administración.

En el supuesto, sin embargo, de «*suspensión acordada*» con anterioridad a la aprobación inicial, en la fase de estudio y redacción del Plan, todavía no se encuentra ordenación de futura vigencia. En tal supuesto, por tanto, no hay más remedio que reconocer un considerable margen de discrecionalidad a la Administración.

Esto es lo que dice la sentencia que comentamos en el *inciso final* de su QUINTO CONSIDERANDO (.), y con las anteriores precisiones debe entenderse hecha la afirmación jurisprudencial.

8. El principio de igualdad como límite a la discrecionalidad

Como siempre ocurre, el principio de igualdad aporta sugerentes perspectivas. En el tema que se analiza incluso hace adquirir a las anteriores consideraciones un matizado sentido. Veámoslo.

Resulta claro, y hasta la saciedad reiterado por la doctrina jurisprudencial, que el principio de igualdad no puede invocarse para perpetrar nuevas ilegalidades; el que en precedentes actuaciones a «*otros*» se les haya permitido lo no permisible, no *legitima* a «*uno*» para exigirlo. El tema resulta claro en la actividad *reglada* de la Administración, caso de las licencias urbanísticas, por ejemplo.

Lo anterior reconduce al tema de la *actividad discrecional*, respecto de la que una de las técnicas de control, entre otras, sobresale el juego de los principios generales del Ordenamiento jurídico, entre ellos el de igualdad.

Recordemos lo que hemos venido diciendo al comentar la sentencia. Hablábamos de la necesaria interpretación restringida de que debe ser objeto el precepto analizado y lo que comentábamos en el principio de libertad. Pues bien, relacionemos ambos principios: libertad e igualdad. Según el CONSIDERANDO TERCERO de la sentencia, el principio de la interpretación restringida obligaba a negar la necesidad de fijar un perímetro más amplio del que la Administración considera estricto necesario. Por lo mismo, se viene implícitamente a admitir que pueden ser pocos los terrenos y propietarios afectados por la suspensión. Aquí aparece claro el juego del principio de igualdad, ya que resulta claro que el de libertad para *unos* desequilibra a los *otros*. En aras del principio de libertad se justifica la reducción de la suspensión, pero ello puede llevar a que sean muy pocos los afectados. Es más, el ordenamiento jurídico no concede a la Administración la facultad de dejar de otorgar licencias, según se pidan aisladamente, por el solo hecho de resultar incompatibles con una futura

(11) El apartado 5.º del artículo 8 del Real Decreto-ley de 16 de octubre de 1981, remitía al Reglamento de Planeamiento, según veíamos, el tema de las *formalidades* de la suspensión. A lo que hay que añadir que, según el apartado 2.º del mismo artículo, si bien la aprobación inicial determinará por sí sola la suspensión, *deben señalarse expresamente* las áreas afectadas.

Según el artículo 120, 2.º, del Reglamento de Planeamiento:

«El acuerdo por el que el Plan inicialmente aprobado se somete a información pública, expresará necesariamente las áreas del territorio objeto de planeamiento que quedan afectadas por la suspensión de licencias a que este artículo se refiere.»

ordenación; exige un previo acuerdo de suspensión, que por ser general evitará un tratamiento desigual y arbitrario de los peticionarios de licencias. A esta generalidad alude *la propia sentencia* comentada y otras, entre las que no pueden dejar de citarse *las de 10 de abril de 1978 y 3 de junio de 1981*.

Puesta de manifiesto esta contraposición entre los principios de libertad y de igualdad, el tema, una vez más, revierte en la justificación institucional de la suspensión que analizamos.

¿En qué consiste el principio de igualdad?

La propia sentencia lo viene a decir en su CONSIDERANDO QUINTO: No sólo tratar igual a los iguales, sino, y lo que es lo mismo, tratar desigualmente a los desiguales.

En el tema, la cuestión se traduce, según vimos, en que iguales serán los afectados por la nueva ordenación entre sí, así como los no afectados entre sí, y desiguales, los afectados con los que no lo sean o viceversa.

Ahora bien, como todavía, hasta la aprobación inicial, por lo menos redacción del Plan, no puede saberse con precisión cuáles son los unos y cuáles los otros, evidentemente, la fundamentación y prueba del trato desigual resulta más difícil.

Ahora bien, no se olvide que si en el supuesto de delimitación del perímetro de suspensión derivada de la aprobación inicial, así como en el momento de otorgar o denegar licencias la prueba resulta más fácil, lo que hay que notar es que la alegación del principio no resulta esencial por tratarse, según veíamos, de un tema que hay que considerar reglado.

El valor de la sentencia que estamos acabando de comentar radica precisamente en este dato, de tener en cuenta el principio de igualdad como posible límite de la discrecionalidad.

Para el Abogado del Estado, el mero hecho de que se suspendiera el otorgamiento de licencias respecto de una sola manzana era suficiente justificación de la ilegalidad del acuerdo.

Los Jueces no lo entienden así.

Cabría decir, por nuestra parte, que resulta evidentemente sospechoso que dentro de un amplio territorio de nueva ordenación sólo se suspenda el otorgamiento de licencias respecto de una manzana. El principio de igualdad parece tambalearse a simple vista. Pero... si está justificada la suspensión respecto de dicha manzana, ¿por qué revocarla? Si la Administración puede establecer uno u otro perímetro, ¿por qué utilizar el argumento de la igualdad, de la envidia respecto de los que se ven libres de la suspensión?

9. Conclusión

Creo que la sentencia comentada es una de las más sugerentes pronunciadas sobre el tema. No sólo precisa con claridad y corrección aspectos del acuerdo de suspensión del otorgamiento de licencias, sino que con gran brevedad sugiere interesantes consideraciones y, sobre todo, deja abierto el juego del principio de igualdad en sus justos términos.

J. GONZÁLEZ SALINAS

LIBROS

La proprietà immobiliare. Actas de la Convención de Urbino, celebrada del 1 al 3 de octubre de 1979. Giuffrè. Milán, 1981.

Parece como si apuntara el amanecer, como si se hubiera iniciado el difícil camino de retorno de aquellos sombríos complejos colectivistas que ensamblan vicios y virtudes, subordinan la libertad a la igualdad y, con su bruma de ilusiones, casi impiden distinguir el bien del mal, gustar la belleza o buscar la verdad. Porque la propiedad privada en el Congreso de Urbino ha sido ensalzada reiteradamente, tanto como estremecedora-mente, en forma incisiva, se ha repudiado la gestión pública.

Como muchos en Italia, el acto de Urbino parecía montado para enaltecer el marxismo y sus variantes. Su telón de fondo estaba constituido por la Ley 10 de 1977, la famosa Ley Bucalossi, que plasma presuntos avances de tales tendencias mediante brutales limitaciones a la propiedad privada urbana, que deja casi vacua de contenido, reducida a un mero *nomen*. Se estima que desgaja el *ius aedificandi* de la propiedad, convirtiéndolo en objeto de concesión, aunque no de absoluto libre comercio; distancia la gestión administrativa de sus clásicas funciones de control o coordinadoras, y la convierte en activa, impulsora y decisoria; impone modos formas y plazos de ejercicio del derecho de edificar v, caso de incumplimiento, conmina con expropiaciones, que se discute si son o no sancionadoras. No sin indemnización, pues después de la Sentencia 55-68 de la Corte Constitucional ello no puede tener lugar; pero sí posibilita módulos tan difícilmente coordinables con el valor objetivo que aunque no pueda hablarse de escueta apropiación, sí parece suave la denominación de «cripto-contribución».

Pero ponencias, comunicaciones y réplicas no aceptaron como púrpura inmaculada el cebo que se ofrecía. Las críticas quedaron magnificadas por la calidad de los participantes, que realzaron la riqueza de un pasado suntuoso basado en la libertad, que todavía constituye el tesoro más preciado de la civilización actual. De la gestión pública sólo hay que esperar pobreza, desorden y esclavitud. En Urbino se despertaron esperanzas.



Ya la ponencia inicial, exquisita elaboración literaria y filosófica de ITALO MANCINI, con el rótulo «Fundamento y justificación lógica del derecho de propiedad», concluye inesperadamente con una efervescente exaltación de la doctrina tomista y de la llamada social de la Iglesia, desde la *Rerum Novarum* hasta la *Gaudium et Spes*, aceptando el fundamento de derecho natural de la posesión, aunque a la propiedad privada —pose-

sión con relevancia jurídica— se la integra en lo que hoy llamamos derecho natural secundario, y en Santo Tomás, *ius gentium*, y se basa en simples razones de utilidad: mientras en la gestión colectiva se rehúye y limita el trabajo, en la individual, la solicitud, orden e intensidad en el uso son considerablemente superiores, lo que implica mayor riqueza y paz.

Pero el uso individual tiene como límite y meta el bien común. Por ello jamás ha tenido ambiciones exclusivistas y es perfectamente compatible con la propiedad pública y las planificaciones de moda en nuestros tiempos. El uso sin la guía del bien común, la propiedad simplemente ostensoria que no cubre necesidades, es la que produce aberraciones y degeneraciones contra las que han fustigado marxistas, existencialistas, el Papa Wojtyla o San Agustín. Es mejor tener menos necesidades que más riquezas. Pero tales bastardías no afectan a la esencia del derecho de propiedad.

A esta conclusión llega MANCINI después de desplegar un abanico en el que se parte del contraste de posesión y propiedad, alma y cuerpo, mano y guante. La propiedad es artificial, digna, mientras que la posesión representa lo natural y ambiguo. Aquella se dibuja sobre el esquema de ésta y debe ser tratada como categoría jurídica. Pero ambas deben ser desmitificadas, eliminar de su configuración motivaciones ontológicas, teológicas o iusnaturalistas. La propiedad es una situación lógica, no histórica; fisiológica, no patológica; propia de un sistema vigente, en pleno funcionamiento y con profundas raíces, y tiene, ciertamente, la función social como control. Las tesis renacentistas construyeron un nuevo concepto de hombre aureolado por la aventura, el riesgo, la capacidad creadora, la calidad y la iniciativa; el hombre de empresa que crea y su producción requieren una propiedad ilimitada. Pero el espíritu cristiano, que resalta el servicio a Dios y el bien común, devuelve a su cauce las exaltaciones individualistas.

Combinación sublime de dibujo y cromatismo es imposible resumir sin destruir la elaboración de MANCINI, de lectura exquisita y ciertamente fructífera.



La segunda ponencia, de ITALO MAGNANI, está dedicada al «Contenido económico del derecho de propiedad». Escasamente sistematizada, constituye un difuso conjunto de puntos de reflexión sumamente atractivos, que permiten contemplar facetas inesperadas.

Después de la segunda guerra se han producido tres revoluciones todavía no valoradas adecuadamente: la industrial, con sus técnicas de producción, que ha abierto paso a las grandes empresas; la de los transportes, que ha hecho accesibles numerosas áreas desde un punto central cada vez más dilatado, y la del cemento armado, que ha permitido intensificar considerablemente la utilización del suelo urbano. Todas ellas tienen como consecuencia el tipo de gran ciudad con sus suburbios, sus zonas industriales, comerciales, residenciales y administrativas.

Con mano invisible esta triple revolución influye en la disposición del territorio, al que hay que dotar, según áreas, de servicios especializados que permitan su específico desarrollo; se trata de obtener el *highest and best* uso del terreno, y ello comporta planificación espacial y temporal.

Nos hallamos ante un «mercado orientado», que requiere profundas vinculaciones de la propiedad privada: determinación de volúmenes y superficies, obligaciones de hacer y no hacer, relaciones entre superficies públicas y privadas, asignación de destinos, limitación de precios, normas fiscales y parafiscales, contribuciones de urbanización y otras mil.

Cierto que todas ellas pueden dar lugar a profundas injusticias, pero igual resultado se alcanza con la actuación individual. Con la pública se trata de evitar, entre otras cosas, «las ganancias obtenidas con el simple hecho de dormir». La Ley Bucalossi, en Italia, trata de solventar el problema, que es de considerable complejidad, y en el que todavía falta una experiencia que pueda servir de guía de confianza. A guisa de ensayo, se ha descoordinado el derecho de edificabilidad del de propiedad y se ha tratado de interpretar la función social en clave distributiva.

Otros problemas, complementarios o accesorios, son analizados por MAGNANI. El «dilema del prisionero», denominación que rotula el caso del inmueble radicado en determinado contorno que le asigna cierta condición. Ni aun con considerables mejoras su renta podrá distanciarse sensiblemente de la de los inmuebles próximos. Fundamentalmente en las zonas deprimidas, las *esternalità* desempeñan un papel importantísimo.

Otro es el de las congelaciones arrendaticias, que se transforman en estridentes aumentos al extinguirse el arriendo antiguo. Para evitar ello la reciente ley italiana sobre el *equo canone*, una Ley de Arrendamientos Urbanos, intenta nivelar las infravaloradas y antiguas con las actuales, evitando su hipervaloración. Para ello acude a una serie de elementos muy dispares, no siempre objetivos, y que han de producir amplias fricciones sociales, que ya se han iniciado.

Se penetra en el estadio de lo que en la ponencia siguiente GAMBARO denomina «la figura de la propiedad onerosa». A estas situaciones se refiere igualmente LORENZO DE ANGELIS, en una brillantísima comunicación al Convenio: sin duda, la crisis de la vivienda, como la crisis agrícola, dimana, en parte muy importante, del inmenso número de restricciones impuestas a la propiedad privada. Hace ya mucho tiempo que el capital ahorrador e inversor ha huido del campo, como ahora lo efectúa del sector urbano, harto de ser esquilado. Parece que el consumismo es el mejor refugio. Las humillaciones y sacrificios que se imponen en aras al bien común, dice GAMBARO, ni se corresponden ni se agradecen. Al propietario que se le impide edificar por razón del paisaje o se le expropia con una miserable indemnización, jamás se le considera una víctima del activismo de la Administración, sino como un criminal cuya frustración merece muchos aplausos.



· La ponencia de ANTONIO GAMBARO: «Contenido jurídico del derecho de propiedad», constituye un alegato agrio, sarcástico y profundamente detallista de las tendencias que encarna la Ley Bucalossi, cuyos problemas y absurdas consecuencias examina casuísticamente en amplias páginas, en las que no podremos penetrar. Parte, con una fuerte arremetida, contra el «consenso», que produce, voluntariamente, leyes atécnicas y asistemáticas, expresivas de compromisos políticos que se alcanzan a costa de falta de

claridad, organicidad, y que abundan en antinomias, ambigüedades y lagunas. El mejor ejemplo es la Ley Bucalossi, interpretada por muchos como descomposición entre propiedad y *ius aedificandi*. Pero la Ley guarda silencio sobre ello, y es de advertir que tal silencio fue impuesto precisamente por un partido político para dar vía libre a la norma.

Se habla mucho de los defectos e injusticias de la propiedad simple, omnicompreensiva, romana o napoleónica, considerándola propia de un pasado sin retorno, pero se ocultan totalmente las distorsiones dimanantes de deficientísimos sistemas administrativos —y en ello Italia es campeo-nísima— carentes de competencia, coherencia, racionalidad y aun responsabilidad. Sus graves consecuencias se extienden desde Leningrado a Los Angeles, pues neccsidades y soluciones no son fundamentalmente discrepantes, y es de advertir que en los sistemas económicos que rechazan la iniciativa privada el plan general económico es mucho más elástico que el urbanístico y no coincidente con él.

Su caballo de batalla es el concepto de propiedad dimanante del artículo 42 de la Constitución italiana, objeto de múltiples «lecturas» y muchas más interpretaciones, sobre todo en el sentido de considerar la función social como una simple sustracción de facultades al propietario para atribuir las a un ente público, como ha concretado GIANNINI. Por su parte, RESCIGNO habla del concepto innovador, superador de tradiciones; BESSONE, de las leyes interpretativas, como la Bucalossi, que completan la Constitución, y PREDIERI cree incluso que constitucionalmente se impone el deber de conformar la propiedad de manera que el propietario no la pueda alterar o modificar sino cuando y en la modalidad que el poder público desee.

GAMBARO apunta que al hablar de función social, la Constitución no se refiere exclusivamente a la propiedad inmobiliaria; que utilidad social jamás puede ser interpretada como intervención pública, y recuerda la conclusión de ACKERMAN, norteamericano que ha analizado los instrumentos seleccionados como utillaje administrativo, que en ocasiones son tan elementales, burdos, y se utilizan con tanta incompetencia, que sólo tienen como consecuencia el *inmitigated disaster*.

La consideración de la propiedad tradicional como absoluta e ilimitada es un error producto de una deficiente perspectiva histórica. Tal tipo de propiedad jamás ha existido. Se ha adoptado constantemente, en nuestros tiempos, una posición exclusivamente negativa, y se dan por válidos y ciertos juicios apenas superficiales que permiten elaborar normas disparatadas para solventar complejos problemas. Insuficientes análisis, propios de aficionados y ensayistas, faltos de adecuada meditación y elaboración, no sirven siquiera para permitir saber en qué consiste actualmente la propiedad privada, pero sí se utilizan para convertir al propietario en una especie de accionista ahorrador de la gran compañía, en cuyo control y dirección apenas participa.

La ponencia de GAMBARO es de las que suscita más comunicaciones polémicas, y no precisamente negativas. Hay interesantes intervenciones, centradas fundamentalmente en la función social, su concepto y límites, de LORENZO D'ANGELIS, POMPEO MAGNO, ALBERTO BARETTONI ARLERI y NICOLA ASSINI. MARÍA ANNA SALVADORI aporta una completa y aséptica exposición de la Ley Bucalossi.

GIAN GALEAZZO STENDARDI examina el tema «Propiedad privada y colectividad» en un estudio de alta calidad. El problema es el de cuál sea la mejor forma para la sobrevivencia de los particulares en una colectividad organizada; la proporción de poder correspondiente a la organización y a los organizados, lo que concretado a la propiedad inmobiliaria, se corresponde a la titularidad y disposición de la propiedad pública, la privada y su inter-relación. Pero, advierte STENDARDI, que desde la era industrial se ha producido una fuerte convulsión, que ha dejado sin valor muchas teorías consagradas: la propiedad inmobiliaria, ni cualitativa ni cuantitativamente, es en nuestra civilización la forma dominante de propiedad.

La proporción de público y privado se determina normalmente en orden a lo que se llama «interés público», concepto que se define diversamente. Recuerda la correspondencia que se conserva entre Plinio *el Joven*, gobernador de la provincia de Bitinia, y el Emperador Trajano. El año había sido extraordinariamente próspero y Plinio propone la adquisición de bienes para la Administración, reservas para el futuro. La contestación de Trajano es concisa e inequívoca: «NO; reduce los impuestos». En ambas posiciones se halla un distinto concepto de interés público.

Nuestro autor examina los intereses cuya tutela no debe dejarse en manos de particulares y sus causas. Algunos exigen una posición de neutralidad, de tercería; otros no admiten la gerencia privada por razón de costo o extrema complejidad; no faltan los que se desenvuelven normalmente en la esfera particular, pero por circunstancias especiales y excepcionales pasan a ser regidos por la Administración. Defensa, Orden Público o Justicia se escriben con mayúscula. Sanidad, ambiente, instrucción o situaciones de escasez, que determinan control o racionamiento, son posiciones más discutibles.

Hay que tener en cuenta que cuando la gestión de los servicios pasa a la Administración, se produce con frecuencia un fenómeno denominado «personalización del servicio». La organización toma lentamente un papel preponderante, va asumiendo una posición de indiferencia respecto al objetivo asignado y pasa a ser su función principal la del mantenimiento de su propia organización, con independencia de su coste —de cargo siempre de la colectividad de los particulares— y de la utilidad de sus resultados. ERNESTO MILANESE, en una comunicación complementaria, superlativamente interesante, abunda sobre este tema, cubierto con tantas brumas, y aporta argumentos y ejemplos muy valiosos, así como una bibliografía anglosajona merecedora de un profundo examen.

Pero proyectando los principios antes indicados a la propiedad inmobiliaria, se admite el racionamiento del bien espacio por su carácter limitado y la necesidad primaria del mismo por parte de un número creciente de habitantes. Ciertamente que ello tiene también sus graves inconvenientes y que la dificultad de trazar la línea divisoria de lo público y lo privado es evidente. STENDARDI efectúa interesantes y amplias consideraciones, que, a modo de conclusión, le permiten trazar unas directrices, de las que nos limitamos a entresacar las siguientes:

«La titularidad y el poder dispositivo de los bienes inmuebles deben, en principio, quedar en poder de los privados para que puedan obtener con ellos la mayor cantidad de riqueza posible,

lo que consiente a la colectividad disponer del mayor número de medios para cubrir sus necesidades.

Un pueblo de esclavos producirá lo que se le ordene, pero nada más; uno de miserables sólo podrá dar a la colectividad lo que exceda de cubrir sus necesidades. Sólo un pueblo libre y rico podrá darle más de cuanto le sea necesario.»



Algunas de las comunicaciones referidas a temas marginales a los de las ponencias no han sido comentadas. Pero queremos dedicar una especial atención a una de ellas, la de CARLO GRANELLI, que lleva por título «Le così dette vendite in multiproprietà», y que apareció ya el pasado año en la *Rivista di D. Civile*, por ser materia de vivo interés en España, donde acaba de naufragar la entidad «Multipropiedad, S. A.», que actuaba en el Valle de Arán.

Las páginas de GRANELLI exponen, en líneas muy generales, las causas del aludido fenómeno: aumento de la población en vacaciones, disminución del período de las mismas, los extensos sectores sociales que no están en condiciones de soportar los importantes gastos de adquisición y mantenimiento de residencias secundarias y las inadecuadas estructuras hoteleras, incapaces de dar, cualitativa y cuantitativamente, una respuesta al hecho social referido.

Señala que la originalísima fórmula de la multipropiedad procede de Francia y se ha extendido ampliamente en Estados Unidos; permite multiplicar los beneficios a los promotores, ya que el precio fraccionado es normalmente muy superior al precio unitario conjunto, y además se incentivan las adquisiciones con facilidades de intercambio en tiempo o espacio, o sea, de período de utilización y de lugar de vacaciones, ofreciendo, a tal fin, otros departamentos de la misma organización o asociadas radicadas en otros puntos del planeta.

Apunta el paralelo de la multipropiedad con el contrato de hospedaje, ya que exige que el departamento esté constantemente en condiciones de perfecta utilización, con todo su equipo y servicios complementarios, y adentrándose en el ámbito jurídico expone la fórmula francesa, de tipo societario, y la que le parece debe aplicarse en Italia, ensamblamiento de propiedad horizontal con uso turnario, división topográfica de un edificio y fraccionamiento cronológico del uso. Pero precisa la elaboración de fórmulas técnicas que permitan solventar graves problemas que aparecen a simple vista, como la posibilidad de la disolución de la comunidad indivisa. Ello permitiría asegurar un racional desarrollo a un patrimonio turístico muy importante, como el de Italia, actualmente en estado de infrautilización.



No nos extendemos más en este tema por haber sido objeto de notas más completas en esta misma *Revista*, en su número 533, al comentar una obra de KISCHINEWSKY, que abordaba el mismo y otro muy importante, el «super-condominio» o propiedad horizontal «compleja», que ha sido en 1980 de una notabilísima resolución de nuestra Dirección General, que abre amplios cauces para el futuro.

Como complemento a nuestras notas limitémonos a informar de la bibliografía italiana reciente, aparte de la cual hacíamos ya referencia en otro comentario sobre una obra de ALPA y BESSONE aparecido en el número 545 de esta misma *Revista*. Digamos que en el *Dizionario di Do. Privado*, de CAPELLI-SILVESTRO, de 1980, puede verse un estudio bajo el epígrafe «Multiproprietà»; LEZA y SALVAROLO publican un artículo sobre el tema en la *Riv. di G. Edilizia*, en 1977, y otro, el propio año, de TAMBORINO, aparece en *Il Consulente Immobiliario*. Finalmente, la obra publicada en 1981, de GINO TERZARO: *Il Condominio*, dedica un capítulo a la materia y otro al «condominio complejo».

No son estudios excesivamente profundos y la mayoría de los autores abordan el tema de su naturaleza jurídica. No gustan las expresiones de propiedad «periódica» o «temporal», que se consideran incompatibles con el derecho al que califican. Se trata de un instituto que regula una propiedad o un derecho perpetuo, con un uso *ad tempus*, turnario, periódico, que requiere una compleja regulación y no admite mayorías en el cambio de destino del inmueble.



En los Estados Unidos, donde, como indicaba GRANELLI, la institución ha adquirido considerable desarrollo, en especial en Hawai, se ha superado la fórmula «a perpetuidad», ofreciéndose en *time sharing* derechos vitalicios o por cierto número de años, que posibilitan el intercambio con otros puntos geográficos de la propia organización o asociadas hasta más de 700 de todo el mundo, y ello por modestas cuotas. Nos hallamos ante una verdadera revolución en el ámbito inmobiliario.

«Interval International», con sede en Miami; «Resort Condominiums International», de Indianapolis; «Vacation Internationale», de Washington; «Captran Inc.», de Sanibel, Florida; «Sweetwater Properties», de Salt Lake City, son algunas de las grandes firmas del sector. En algunos casos, y parece que ello es corriente en Canadá, la figura del *trust* se utiliza para facilitar titularidades, disposición y administración de los derechos. Con el departamento, mobiliario y utillaje se ofrecen servicios complementarios, incluso utilización de balandro y automóvil.

Una revista de Miami, *British Tourist*, en las dos páginas centrales correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 1981, publica un extraordinariamente atractivo anuncio de un complejo denominado «Costa del Sol», radicado en uno de los más elegantes puntos de la costa de Florida: Lauderdale-by-the-Sea. Está integrado por edificios con departamentos y «villas» aisladas. El ambiente, según el anuncio, es español, con sus muros blancos, sus techos de tejas y sus patios, pero la *charme* es europea. La blanca arena, los elegantes paseos, las piscinas, saunas, *boîtes* y restaurantes presentan el lugar como una sucursal del paraíso, donde todos los problemas jurídicos y económicos tienen inmediata solución.

Pero en otra revista, femenina, *Savvy*, en el propio mes de septiembre del mismo año, una inteligente escritora, Ann-Byrd Platt, efectúa un concienzudo examen y señala, con sus ventajas, los enormes riesgos. Con ejemplos concretos ofrece un recetario de consejos altamente útil.

Otro anuncio señala la terminación de obras e inicio de ventas en *time*

sharing de habitaciones de un hotel de Las Vegas («The Exclusive Jockey Club»), que parece corresponder a los apartoteles, que cuentan con algún ejemplo interesante en España, aunque en nuestro país no se ha establecido la propiedad turnaria respecto a ellos. Y acaso sea una de las causas de su fracaso, pues en estos términos hay que hablar, ya que la cadena más importante, salvo en un caso, que reparte algunos simbólicos beneficios, en los restantes apartoteles todo son pérdidas e importantes.

El instituto es digno de atención desde la perspectiva jurídica, ya que configurado como una propiedad horizontal, los condóminos responden ilimitadamente de las pérdidas. Estas son reducidas en una comunidad normal, pero en otra en que la comunidad explota directamente restaurantes, salas de juego, fiestas y otros servicios de considerable riesgo, las cifras negativas pueden ser alarmantes. La administración, que como una administración normal percibe un porcentaje de los ingresos brutos, carece de riesgo y además está ejercida por una anónima. Ciertamente los servicios podrían, en gran parte, concederse en arriendo, lo que disminuiría riesgos para los propietarios, pero esto no interesa a la administradora, que vería reducidos sus ingresos. Por otra parte, la dispersión, cantidad y desorganización de los comuneros permite que la representación de ellos esté a cargo de elementos seleccionados por la administración, y ésta, discrecionalmente, señala la amplitud del personal al servicio de las industrias comunitarias, oneroso gravamen. Pero como las normas de la propiedad horizontal son inadecuadas para el esquema social, las infracciones legales y estatutarias son constantes y escalofrantes. Resumen: nos hallamos ante una comanditaria invertida: gestor incontrolado, sin responsabilidad en pérdidas, y socios comanditarios desorganizados y con ilimitada responsabilidad. Cuidado con los apartoteles.

Aunque los resultados prácticos puedan ser similares, difícilmente pueden ser presentados como ejemplos de «propiedad» turnaria determinados clubs, que por una importante cuota de entrada y otra anual garantizan la ocupación perpetua de un departamento durante ciertos periodos al año. Ni hay derecho real ni participación societaria; todo lo más, miembros de una asociación. Un ejemplo, tal vez no encuadrable exactamente en el esquema trazado, pero no distante, puede examinarse en la vertiente norte de la sierra madrileña.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

PÉREZ PÉREZ, EMILIO: *Legislación y administración del agua en España*. Editora Regional de Murcia, 1981. Un tomo de 133 págs.

La obra de nuestros legisladores del siglo XIX, aunque inevitablemente tintada del individualismo de la época, es una de las más acabadas que puedan darse. Aquellos hombres, además de fenomenales juristas, eran, sobre todo, pragmáticos: dejando aparte intereses políticos de partidos, que es lo que hoy nos pierde, se dedicaron a buscar normas que de verdad solucionaran problemas, encajándolas con la realidad.

De cómo lo consiguieron, aquí están, un siglo después, las muestras vivas. Además de la Ley de Aguas, que nos ocupa, los Códigos Civil y de

Comercio y las Leyes Hipotecaria, de Enjuiciamiento, de Minas y otras muchas más que conservan su esencial vigencia. Pese a las chapuzas posteriores que se les han introducido, tales leyes siguen siendo modelos de normas efectivas, justas, equilibradas y hasta de buena literatura. Ese idioma español tan puro, claro e inteligible de nuestras leyes decimonónicas está muy por encima, hay que reconocerlo, de las a veces farragosas y hasta retorcidas redacciones actuales, quizá resultado de extrañas enmiendas y de forzados y claudicantes consensos.

Por eso, cuando nos hablan de reformas de esas leyes, ya clásicas, es como para echarse a temblar por lo que pueda resultar de esos retoques. Podrán existir razones de utilidad y hasta de necesidad para las reformas, porque la vida evoluciona y «las ciencias adelantan que es una barbaridad», como se dice en la castiza zarzuela de ambiente madrileño, pero hay veces que resultan poco digeribles los cambios introducidos. Ejemplo reciente tenemos en las últimas reformas del Código Civil en materia familiar y sucesoria, poco maduras, a nuestro juicio, cuyos engranajes chirrían desaforadamente y producen un montón de nuevos problemas..., sin que, por desgracia, se hayan solucionado demasiado bien los antiguos.

Son estas razones, y no un conservadurismo a ultranza, las que verdaderamente nos hacen hablar así, en vísperas de la anunciada reforma de la veterana Ley de Aguas española. Es cierto que somos muchos más consumidores para el mismo caudal acuoso que hace un siglo. Y también es cierto que las nuevas técnicas aumentan las necesidades y producen contaminaciones entonces desconocidas, y que los trasvases de unas regiones a otras originan agudos problemas. Como es evidente el sentido social en el reparto de bienes esenciales, como el agua, y que la planificación se impone en un ámbito cada vez más amplio.

Estas consideraciones sobre el gran número de importantes cuestiones que deben plantearse y madurarse antes de acometer la reforma de la Ley de Aguas son las que se advierten en el libro que vamos a comentar. Su autor, EMILIO PÉREZ PÉREZ, Letrado del IRYDA en Murcia, gran conocedor de la materia, las expone breve, pero magistralmente. Precisamente para mayo de 1982 se ha de celebrar en dicha ciudad un Congreso sobre el Derecho de Aguas, en el que se van a debatir estos temas.

Y EMILIO PÉREZ anticipa en este libro los puntos principales que han de considerarse en el momento de plantear la reforma de la centenaria Ley, para conseguir que la nueva, sin ser la panacea, contribuya, al menos, a evitar que los problemas se agraven, intentando remediarlos con la posible eficacia.

Nos dice el autor que ni pretende presentar un proyecto de Ley de Aguas ni se limita a inventariar las cuestiones pendientes, sino que escoge el camino intermedio de plantear nueve amplios temas sobre la legislación y la administración del agua.

En el capítulo I estudia la ordenación racional del agua, en el sentido de que su utilización responda a criterios científicos y se ajuste a los principios fundamentales del actual conocimiento de este recurso. Considera como principios racionales de esta utilización la unidad del ciclo hidrológico, la consideración del agua como un patrimonio unitario, la cuenca hidrográfica como unidad básica en la ordenación del agua, la suma de los diversos conocimientos científicos sobre el agua para su armónica ordenación, el distinguir sus usos múltiples y coordinados y la necesidad de

un planteamiento sistemático. Tras señalar algunas manifestaciones defectuosas originadas por la falta de racionalidad en la ordenación del agua, concluye reclamando una gran atención, tanto del legislador, a la hora de regular su utilización, como de la Administración, que debe procurar el buen orden en su uso y aprovechamiento, tal como se proclama en el artículo 226 de la Ley de 1879.

En el capítulo II se encuadra al agua dentro de la general ordenación del territorio, con sus temas concomitantes, como la adecuación a la situación socio-política. Así, dice EMILIO PÉREZ que la actual crisis económica, el mantenimiento de teorías como la del crecimiento cero, la suspensión en España de los planes de desarrollo y la nueva situación política pueden originar un nuevo enfoque del tema; a este respecto aparece en el espectro de nuestra realidad socio-política una cuestión de gran relevancia: la de las comunidades autónomas y la distribución y coordinación de competencias entre ellas y el Estado. Con la Constitución en la mano, bastante confusa en esta materia, estudia el autor la ordenación del aprovechamiento racional del agua a los distintos niveles, señalando que pueden surgir serias dificultades al aplicar las competencias estatales y regionales y las de las diversas regiones entre sí, que pueden producir fragmentaciones absurdas. Por eso propugna que se mantenga la actual organización en cuencas y vertientes integradas por nuestros ríos principales, complementadas por otras corrientes de menor entidad. La actual división, dice, puede ser perfectamente válida y, desde luego, si alguna tendencia es admisible, es la de agrupar más y no la de subdividir: Francia, por ejemplo, ha organizado toda su administración de las aguas en sólo seis cuencas.

Al poner en relación el agua con los demás recursos naturales (tierra, flora y fauna, aire, yacimientos minerales y energía), se estudia en el capítulo III la importancia que el medio ambiente tiene en la materia. El uso irracional del agua tiene unos evidentes efectos nocivos sobre dicho medio ambiental, siendo el principal la contaminación. Las actividades del hombre pueden modificar en tal medida la composición o el estado de las aguas que impidan su utilización en los usos para los que podrían servir en su estado natural. En la lucha contra la contaminación se precisa la reforma de la legislación actual; ahora participan en esta tarea muy diversos departamentos ministeriales, dando lugar a una serie de medidas especiales, abundantes, dispares, con lagunas y demasiado onerosas a veces para que puedan ser seriamente aplicadas; por ello, la Administración aparece desarmada y su actuación resulta incoherente. La nueva Ley de Aguas española tendrá que abordar de modo directo, conjunto y sistemático el grave problema de la contaminación.

La planificación del agua, objeto del capítulo IV del libro, que ya fue atisbada en la Exposición de Motivos de la Ley de 1866, ha de consistir en la puesta al día de la distribución de un recurso natural que ha llegado a ser escaso porque han crecido las necesidades y porque se ha utilizado inadecuadamente, de modo que se hace preciso corregir el despilfarro y la degradación en que se ha incurrido y prever, a la vez, la satisfacción de las nuevas demandas que traerán consigo el crecimiento demográfico y el normal desarrollo de las actividades humanas. EMILIO PÉREZ estudia las relaciones de esta planificación con la economía social, el contenido de los

planes hidrológicos y los efectos de la planificación del agua, expresando lo que la normativa de la nueva ley debe recoger en este punto.

En el capítulo V repasa los diferentes usos, consuntivos y no consuntivos, del agua, analizando las causas y remedios de la situación actual. Entiende el autor que falta una voluntad decidida para plantear un sistema común de aprovechamientos bajo una gestión conjunta; falta también una legislación que promueva eficazmente esa gestión conjunta, favorezca el ahorro de agua y la lucha contra la contaminación, y falta, finalmente, una autoridad única del agua para poder superar las reticencias entre las diversas administraciones existentes.

Los derechos sobre el agua constituyen, naturalmente, la cuestión central a dilucidar en la futura Ley, y el autor los expone ampliamente en el capítulo VI del libro. Estudia el dominio público o privado de las aguas continentales, así como su uso y aprovechamiento, señalando de modo especial las características y ordenación legal de las aguas subterráneas y los diversos grados de intereses (social, común y particular) que concurren en la explotación de los acuíferos. Entiende el autor que la nueva Ley debe arbitrar los medios adecuados para que la Administración pueda modificar situaciones jurídicas no equitativas y ofrecer fórmulas que permitan unirse a los usuarios para defender sus intereses comunes. Entre tales medidas propugna la expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad y la promoción de asociaciones de usuarios de aguas de un mismo acuífero.

En el capítulo VII, al tratar de la gestión del agua, el autor nos dice que su utilización tiende a ser cada vez más conjunta, múltiple y coordinada, y se inclina por la naturaleza consorcial de los entes de gestión conjunta del agua. Estos consorcios pueden ser de primero o segundo grado, deseando que se constituyan Juntas Territoriales del Agua junto a las Confederaciones Hidrográficas. La fidelidad de las Confederaciones a su ideal originario llevaría consigo su adaptación a las actuales exigencias. La necesaria unidad y coordinación requerirán un órgano central de gestión.

En el capítulo VIII se estudia lo relativo a la policía y jurisdicción del agua. En cuanto a lo primero, es muy importante que la nueva legislación recoja la policía, tanto de las aguas públicas y sus cauces como el control de las privadas. Respecto a la jurisdicción, entiende que los jurados de riego no tienen una función propiamente jurisdiccional, sino que es más bien de arbitraje; pero, como es obvio, corresponde a los jueces el último control de todas las cuestiones litigiosas que se planteen en materias de propiedad, posesión, aprovechamiento, gestión o policía del agua.

En el último capítulo se aborda la organización institucional del agua, estudiando primero la situación actual de las distintas administraciones públicas existentes, con los problemas de coordinación entre los diversos sectores que la integran. El autor propugna una organización unitaria administrativa del agua, que podría ser alcanzada en España en un futuro próximo con la nueva Ley, poniendo la materia bajo la dependencia directa de la Presidencia del Gobierno. Termina el capítulo esbozando un amplio y detallado organigrama, que el autor considera necesario para obtener una positiva estructura unitaria en la administración pública del agua.

El libro termina con diez conclusiones, en las que se resumen los criterios anteriormente mantenidos con los que, a juicio del autor, se pue-

den conseguir con una moderna concepción del Derecho de aguas, a la cual debe adecuarse nuestro Derecho positivo.

El magnífico trabajo es digno de la preparación jurídica y la laboriosidad de EMILIO PÉREZ PÉREZ, uno de los más prestigiosos Letrados del IRYDA, que trabaja en Murcia, la región donde el agua es oro. Hace con ello otra valiosísima aportación a añadir a las ya publicadas, producto de su gran conocimiento del tema.

En estas circunstancias, vísperas del Congreso sobre el Derecho de Aguas en Murcia y anunciada la futura reforma de la Ley, su libro es doblemente interesante y hay que animar y felicitar a quien aporta sus conocimientos y vivencias, bastante más útiles que las teorías abstractas o políticas a la hora de emprender tareas legislativas. Las leyes se han de hacer en las Cortes, por supuesto, pero sin olvidar las importantísimas opiniones de los técnicos y conocedores, que saben de verdad cuál es el bien común al que debe tender la *ordinatio rationis* que es la norma jurídica.

Por su esfuerzo, por su profundo estudio, por el propósito laudable y conseguido de aportar datos útiles, hay que dar las gracias a EMILIO PÉREZ, autor de este estupendo libro.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTAS

II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Octubre-diciembre de 1981

Las expresiones, fuentes del Derecho y ordenamiento jurídico, por Juan Vallet de Goytisolo, páginas 825 a 901.

El nuevo sistema matrimonial español, por Juan B. Jordano Barea, págs. 903 a 926.

Constitución económica y competencia desleal, por Cándido Paz-Ares, págs. 927 a 957.

Apuntes sobre la evolución del Derecho civil en la República Federal Alemana, por Hans-Leo Weyers y Gisela Kuhn-Päbst, páginas 959 a 969.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Núm. 157, enero-febrero de 1982

La Administración y el Impuesto sobre el Valor Añadido, por L. F. Alemany Sánchez de León, páginas 23 a 46.

Efectos económicos de la introducción del I.V.A. en España, por J. Soto Guinda, págs. 47 a 62.

Los sujetos pasivos del I.V.A., por R. Ortiz Gutiérrez, págs. 63 a 84.

Devengo y aplicación territorial del Impuesto sobre el Valor Añadido, por M. Cruz Amorós, págs. 85 a 108.

Obligaciones formales, infracciones y sanciones en el Impuesto sobre el Valor Añadido, por E. Giménez-Reyna Rodríguez, págs. 109 a 132.

El Impuesto sobre el Valor Añadido en los países americanos, por E. Gnazzo Lima, págs. 133 a 154.

Regímenes especiales en el Impuesto sobre el Valor Añadido, por I. de las Cuevas Miaja, págs. 155 a 176.

Consideración general de las exenciones en el I.V.A., por R. Núñez-Villaveirán Ovilo, págs. 177 a 206.

Adecuación de bases y tipos en la estructura del I.V.A. español, por F. Guijarro Zubizarreta, págs. 207 a 222.

Razones de técnica fiscal para la implantación del Impuesto sobre el Valor Añadido en España, por J. L. Pérez de Ayala, págs. 233 a 254.

La empresa española ante el I.V.A., por R. Calle Saiz, págs. 255 a 274.

El aspecto material del hecho imponible en el I.V.A.: entregas de bienes y prestaciones de servicios, por J. Banacloche Pérez, págs. 275 a 290.

El derecho a la deducción en el Impuesto sobre el Valor Añadido, por S. Colmenar Valdés, págs. 291 a 370.

Aspectos contables del Impuesto sobre el Valor Añadido, por F. Tomás Cidoncha, págs. 371 a 386.

Vicisitudes del proyecto de ley del I.V.A., por F. J. de la Riva Garriaga, págs. 387 a 398.

El tráfico exterior y el I.V.A., por J. A. Serrano Sobrado, págs. 399 a 442.

El Impuesto sobre el Valor Añadido en los Estados Unidos de América, por J. Segrelles García, páginas 443 a 462.

La implantación del Impuesto sobre el Valor Añadido, paso nece-

- sario para la integración de España en la C.E.E., por E. Abril Abadín y J. Zurdo Ruiz-Ayúcar. páginas 463 a 476.
- El santo temor del I.V.A.*, por J. A. Gimeno, págs. 477 a 501.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Noviembre de 1981

- Responsabilidad legal (estricta)*, por Francisco Bonet Ramón, páginas 427 a 464.
- ¿Qué es el comunitarismo? (Por una sociedad más humana, más justa y más libre)*, por Lino Rodríguez-Arias Bustamante, págs. 465 a 483.

Diciembre de 1981

- Los principios del «Nouveau Code de Procedure Civile» francés*, por Leonardo Prieto Castro y Ferrándiz, págs. 515 a 526.
- Defraudaciones de fluido eléctrico*, por Lorenzo Morilla Cuevas, páginas 527 a 580.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Núm. 112, octubre-diciembre de 1981

- Suspensión de licencias municipales en las comunidades autónomas*, por Laureano López Rodó, páginas 609 a 616.
- La fiscalización de la actividad económica de las corporaciones locales*, por Rafael de Mendizábal Allende, págs. 617 a 666.
- Un concejo rural en el siglo XVI, a través de sus actas capitulares: Huévar (Sevilla)*, por Antonio Herrera García, págs. 667 a 686.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 447, diciembre de 1981

- El Derecho de la economía en la nueva Constitución española de*

- 1978, por José María Martínez Val, páginas 1495 a 1501.
- Requisitos procesales para la acción de desahucio*, por José Ariza Galliot, págs. 1502 a 1510.

Núms. 448-449, enero-febrero de 1982

- La responsabilidad del Jefe del Estado*, por Luis Portero García, páginas 4 a 12.
- El primero y el tercero*, por Eladio Ballester Giner, págs. 13 a 24.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Enero-marzo de 1982

- La genesi del Decret de nova planta de Catalunya*, por Josep M.^a Gay Escoda, págs. 7 a 41.
- La jurisprudencia ante los medios de prueba en la investigación de la paternidad en el Derecho civil catalán*, por Isidoro G. García Sánchez, págs. 43 a 57.
- El abandono del buque a los aseguradores*, por Juan Hernández Martí, págs. 59 a 76.
- Formalidades estabilizadoras del derecho de autor*, por Antonio Miserachs Rigalt, págs. 77 a 94.
- El aspecto económico de la «ajenidad» en el contrato de trabajo*, por Enrique Velasco Vargas, páginas 95 a 120.
- Supranacionalitat y neofuncionalisme en les comunitats europees*, por Francesc Granell, págs. 121 a 132.
- La sociedad unipersonal en el Derecho español*, por Ignacio Arrovó, págs. 133 a 141.
- La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de ley orgánica de Código penal*, por Francisco Muñoz Conde, págs. 143 a 172.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núm. 159, enero-marzo de 1981

- El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust (un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia*

desleal), por Cándido Paz Ares, páginas 7 a 147.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Núm 4 de 1981

Principios de oralidad, de escritura y de socialización del proceso en relación con la Ley de Enjuiciamiento Civil, por Víctor Fairén Guillén, págs. 547 a 577.

La evolución del derecho a la jurisdicción constitucional, por José Almagro Nosete, págs. 579 a 601.

Separación y actualización del derecho concursal y de la jurisdicción voluntaria, por Nicolás González-Deleito y Domingo, páginas 603 a 618.

El enjuiciamiento penal de diputados y senadores en la Constitución española de 1978, por José de los S. Martín Ostos, págs. 619 a 636.

En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980, por Víctor M. Moreno Catena, págs. 637 a 668.

La organización judicial en los estados cristianos de la España medieval, por José Tomé Paule, páginas 669 a 716.

Los procesos de nulidad, separación y divorcio, por J. F. Valls Gombau, págs. 717 a 752.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Enero de 1982

Presentación de «dictámenes civiles» de Alfonso de Cossío, por M. Olivencia Ruiz, págs. 3 a 9.

Excerpta de senectute, por J. Santa Cruz de Teijeiro, págs. 10 a 15.

La evolución del Derecho privado alemán durante los años 1979 y 1980, por H. Stoll y G. Lang (traducción de J. Santos Briz), páginas 16 a 36.

Febrero de 1982

La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos. Comparación crítica con la legislación anterior, por J. Luis de los Mozos, págs. 99 a 110.

El Derecho internacional privado ante el matrimonio poligámico: experiencias francesa y británica y su eventual repercusión en España, por J. Zamora, págs. 111 a 124.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 75, octubre-noviembre-diciembre de 1981

La suspensión del otorgamiento de licencias en el Decreto-ley 16/1981, de 16 de octubre, por Jesús González Pérez, págs. 13 a 32.

Utilización urbanística del suelo no urbanizable, por Angel Ortega García, págs. 33 a 62.

El derecho a indemnización y la aplicabilidad del artículo 87-2 del texto refundido de la Ley del Suelo ante la mutación del planeamiento metropolitano de Madrid, por Angel Mingo de Miguel, páginas 63 a 78.

Rentabilidad, autonomía económica y equidad en la ejecución de polígonos o unidades de actuación, por Leopoldo Tolivar Alas, páginas 79 a 95.

