

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXVI ° Mayo-Junio 1990 ° Núm. 598

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Carriñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Manuel Rey Portolés.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

“El pasivo del régimen matrimonial legal aragonés”, por JOAQUÍN RAMS ALBESA	911
“La interpretación del término <i>año agrícola</i> en la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos”, por RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES	1009
“Representación de Sociedades Anónimas”, por EMILIANO CANO FERNÁNDEZ	1053
“La informática y sus aplicaciones a la institución registral”, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1117

DICTAMENES Y NOTAS:

“Capitalismo, burguesía y Código Civil”, por GERMÁN GALLEGU DEL CAMPO	1135

ACTUALIDAD JURIDICA:

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1155

JURISPRUDENCIA:

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1175
II. Resoluciones de la Dirección General, por LUIS M. ^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA y FERNANDO CANALS BRAGE	1185

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

a) Parte general, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1227
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA	1249
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	1262
d) Arrendamientos urbanos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	1263
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1268

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

“Proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales”, de E. GONZÁLEZ SALINAS, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1285
“Empresa individual e societaria illecita”, de ENRICO SACCÀ, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	1286
“Distinción entre faltas subsanables e insubsanables en la calificación registral”, de FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1289
“El Código Civil. Debates parlamentarios, 1885-1889”, del Servicio de Publicaciones del Senado, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .	1292
“Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil”, de LUIS PASCUAL ESTEVILL, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1295

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	1301

ESTUDIOS

El pasivo del régimen matrimonial legal aragonés

JOAQUIN RAMS ALBESA

Catedrático de Derecho civil

INTRODUCCION

1. El estudio de los antecedentes históricos y la preparación de los textos de la que sería Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967 sirvieron no sólo para una importantísima revitalización del Derecho civil aragonés, sino también para la renovación en no poca medida de los estudios sobre los regímenes económico-matrimoniales en toda España, en esta ocasión de la mano y por la obra (capital en este punto, como en tanto otros) de LACRUZ BERDEJO (1).

Por esta vía intelectual y por la enriquecedora anticipación a las corrientes sociales de la familia que la promulgación de dicho texto supuso respecto de las restantes regulaciones de los numerosos regímenes económico-matrimoniales operantes en nuestra patria, ha merecido ejercer una notabilísima influencia en la revisión, llevada a cabo en profundidad y las más de las veces con acierto, en su mayor parte, del régimen tradicional en el Código Civil: la sociedad de gananciales de 1981, sobre todo tras la fallida, aunque bien intencionada, reforma de 1975.

Esta saludable influencia se debe fundamentalmente, además de a lo ya apuntado, al equilibrio interno que ofrecía la comunidad legal aragonesa, así como a la claridad y concisión de expresión del mismo y, sobre todo, al apego demostrado a la realidad vivida a partir de la cual se construyen sus soluciones esenciales claramente distanciadas de las formulaciones abstractas, demasiado frecuentes en nuestros textos positivos, lo que convierte a la Compilación de 1967 en un modelo de técnica legislativa en materia de Derecho privado, en la que se respeta el gran principio

(1) J. L. LACRUZ *El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963

legislativo fundamental, a mi modo de ver la cuestión, de que la iniciativa debe corresponder a la sociedad con sus formas vitales de manifestación de lo que es o debería de ser Derecho.

Es, sin duda, por estos rasgos singulares por los que ha podido asimilar hoy, sin mayores traumas, con tan sólo ligeras modificaciones el advenimiento de un nuevo marco constitucional, e incluso el impacto de una interpretación literalizante de la Constitución de 1978, propia de políticos poco familiarizados, lógicamente, con el tratamiento legislativo ordinario que conviene a las libertades civiles constitucionales, de las que ha hecho siempre gala la tradición y la historia aragonesas.

Este literalismo propio de la mejor tradición *doctrinaria* no ha tenido una especial incidencia en la legislación civil aragonesa, aunque en cierto modo estuviese presente en la reforma de la Compilación de 1985, pues aunque la modificación de los artículos 48 y siguientes de la misma, así como del artículo 42, entre otros, suponen un cambio profundo en cuanto a la dirección del consorcio, la idea motriz del sistema se mantiene en toda su integridad, es mas, el reconocimiento de la existencia de una economía consorcial real sale incluso robustecida con la feliz redacción dada al artículo 48.1, en el que la expresión *economía familiar* trasciende la, tal vez corta, por indeferenciada de *comunidad*, que presidía su inmediato antecedente hoy derogado.

La adopción de esta fórmula sirve para realzar la función globalizadora que tenían y mantienen las masas privativas y la consorcial, como conjunto patrimonial que sirve de objeto al régimen legal, las primeras en tanto que generadoras de ingresos y gastos comunes, la segunda en cuanto se explicita la pertenencia a ambos cónyuges desde su adquisición (art. 45 Ca), sin tener que esperar a la adjudicación subsiguiente a la disolución del régimen.

II. La regulación de la gestión de la Comunidad y también las explicaciones funcionales de la misma se han ligado, a mi juicio, de una forma excesiva y un tanto artificiosa a la igualdad entre marido y mujer, implícita en algunos artículos de la Constitución (arts. 14 y 32 CE), ya que parece evidente que esta igualdad, vieja aspiración formal y presente desde hace tiempo en lo material para muchos matrimonios, es mucho más obra de una determinada sensibilidad social y de la intervención creciente de la mujer en actividades productivas extramuros del hogar, que fruto directo de la supernorma —como puede comprobarse en otras legislaciones en las que la más estricta igualdad constitucional entre hombre y mujer no impidió que, en su momento, se considerará plenamente constitucional que el varón fuera gestor y responsable de la comunidad conyugal, valorando de forma primaria la unidad de dirección sobre otros factores intervinientes, ni ha entorpecido que en un momento de esta acaalorada evolución se

hayan modificado por la vía de la equiparación de los cónyuges en la gestión u hoy se empiece a generalizar la gestión disjunta de marido y mujer obligando al consorcio, sin que para ello se requiera la modificación de sus respectivas Constituciones—.

La gestión en el régimen legal aragonés también ha experimentado un cambio en esta misma dirección, pues ahora viene encomendada «a ambos cónyuges conjuntamente» (art. 48.1 Ca), proyección explícita que antes tenía carácter extraordinario y por ello quedaba limitada a la enajenación voluntaria de inmuebles y establecimientos mercantiles (art. 51 Ca, hoy derogado).

La transformación operada en las normas de gestión no ha afectado excesivamente al conjunto del régimen, en primer lugar, porque las facultades de la mujer en Aragón, aun partiendo de una posición teórica de subordinación, eran mucho más amplias que las reconocidas en el Código Civil para el régimen de gananciales; en segundo lugar, porque en la reforma, como ya he hecho notar, se ha preservado e incluso se ha reforzado en cierto modo, aun dentro de la diarquía que se instaura, la unidad esencial del régimen, como forma de administración de una *economía familiar* globalmente considerada, y cabría pasar a una gestión disjunta absolutamente equiparada sin necesidad de excesivos ajustes en el texto.

Sólo la subsistencia o preservación de la idea rectora de una economía familiar, integralmente considerada como proyección de una vida con identidad de propósitos, podría justificar de algún modo la persistencia de regímenes económico-matrimoniales comunitarios, a la vista de las actuales tendencias hacia el igualitarismo; pues ni para los estudiosos del Derecho, ni para los juristas prácticos, ni tan siquiera para los particulares destinatarios de las normas, pueden pasar desapercibidas las dificultades teóricas y prácticas que supone esta nueva concepción, pues no puede negarse que las *diarquías* si son llevadas a sus últimas consecuencias presentan, de ordinario, más inconvenientes que ventajas.

Parece claro que la organización de una verdadera economía familiar integrada en cuanto a las decisiones importantes en materia de gestión, requiere algo más que una formulación normativa de la administración y disposición de los bienes consorciales, tiene ésta que adentrarse en el difícil terreno de la armonización de las tres masas patrimoniales presentes en todos los regímenes comunitarios, que, tratando de evitar a la vez la integración de estos distintos grupos de bienes (por su origen o por su destinación) desemboque en una comunidad universal operándose una confusión indeseable e indeseada de los mismos, mucho más cuando el régimen económico se asienta en un sistema matrimonial que admite el divorcio vincular, hecho capital en la moderna concepción del matrimonio

y para el que, en sus inicios, no fueron pensados los sistemas comunitarios, que hoy se vienen adaptando, no son dificultades a las nuevas situaciones económicas y sociales.

La referencia directa, en la norma, a la *economía familiar* no hace sino incorporar al propio texto la íntima *ratio* real del precepto. Es esta presencia de una economía compleja y familiar y su regulación la única razón que da sentido al propio régimen en el que varias fuentes generativas de ingresos o susceptibles de serlo son puestas al servicio de las necesidades colectivas, sin perder ni su cualificación jurídica ni su titularidad, pero no en la medida de la amplitud de éstas, como ocurre en los regímenes separacionistas, sino en toda su integridad, de forma tal que todo rendimiento (no sólo el beneficio neto) es común, de la misma forma que lo es todo gasto encaminado a tal fin.

Es esa *economía familiar* o, para ser más preciso, su gestión, el elemento que marca la pauta general del régimen, el que le presta los rasgos conformadores de su peculiar naturaleza jurídica, ello en mucho mayor medida que la propia dinámica intermasas, como podría parecer en una primera aproximación a la misma y que, en definitiva, no es más que su consecuencia necesaria.

Las relaciones entre las distintas masas patrimoniales, imbricadas entre sí, obedecen a un esquema normativo específico y propio como corresponde a un régimen que quiere ser respuesta a la configuración del matrimonio como *consortium totius vitae*; es decir, abarca todos los aspectos vitales de la convivencia familiar con contenido económico, los cuales deben tener y tienen reflejo en el régimen, pero no con el estándar personalista que es propio del Derecho de obligaciones, sino con la nota de globalidad propia de un régimen comunitario bien enraizado en el Derecho de familia.

De esta manera los reintegros y reembolsos entre las distintas masas patrimoniales no son, propiamente hablando, puras relaciones de deuda o crédito entre personas, sino saldos pendientes entre masas patrimoniales, por lo que su exigibilidad puede quedar pospuesta hasta el momento en que las masas dejan de serlo, por perder el denominador común de servir a la *economía familiar*. No obstante las debidas compensaciones o los consiguientes pagos pueden llevarse a cabo en plena vigencia del régimen; es por esto mismo por lo que los incrementos de valor que pueden experimentar los bienes de una masa privativa en tanto dura el consorcio no se comunican a la masa común, pues no son rendimientos al servicio de la *economía familiar*, salvo que estos incrementos traigan causa de una actividad específica encaminada a este concreto fin.

El aspecto más saliente en la contemplación global de un régimen económico-matrimonial comunitario, y de éste en particular, no viene determinado por el hecho de que sea a los dos cónyuges o a uno solo de

ellos a quien corresponda la administración y disposición de los bienes comunes, como con excesiva insistencia se viene señalando, pues la fijación de tal criterio puede obedecer en la práctica a un sinnúmero de causas que, en sí mismas consideradas, no resultan determinantes de su naturaleza, pues podría mantener tal caracterización comunitaria con una administración unipersonal, con una conjunta o con una disjunta.

Lo que sí resulta definitivo para esta concreta configuración es la subordinación de esas facultades gestoras a la existencia y presencia de una economía familiar propiamente dicha. Como ya expuse en otro trabajo (2), la actuación de uno de los cónyuges en el patrimonio privativo del otro puede deberse tanto a tener una posición contractual habilitante para ello (mandato representativo) como a la intervención, espontánea e incluso debida, mucho más corriente en la práctica de uno de ellos, a título de marido o de esposa, en defensa o en pura gestión de intereses que son propios del actuante, mas que en cierto modo relativo, en tanto en cuanto redundan en beneficio o en detrimento de la economía familiar de la que es partícipe pleno.

La economía familiar constituye una referencia real y tangible para el nivel de vida del conjunto familiar, para el crédito que individual o colectivamente merecen ante las instituciones de tal finalidad y, en definitiva, para el señalamiento efectivo del límite de la solvencia que merecen los cónyuges, individual o colectivamente considerados, frente a terceros, y no un mero recurso discursivo.

La idea de la existencia de una economía familiar, sin matices internos e indiferenciada, no ha planteado problemas en el mundo de la economía ni en el de sus directas aplicaciones. La referencia a las rentas familiares y a sus fuentes de producción ha venido siendo una constante en los trabajos y estudios sobre distribución de la riqueza, y ha sido utilizada, creo que abusivamente, incluso tras la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el «extraordinario» sobre el patrimonio, en contradicción flagrante con la legislación civil, que debería primar sobre otro tipo de consideraciones puramente recaudatorias, y lo que es menos habitual con el propio *nomen iuris* del impuesto generando una innecesaria inseguridad jurídica.

La concreción jurídico-funcional de la idea de economía familiar, con aparente paradoja, presenta a la vez inconvenientes importantes en el plano teórico de la dogmática del Derecho civil, como en el terreno de la aplicación práctica, y ello por razones bien distintas.

En el plano teórico, porque la estructura en la que asienta la dogmática

(2) *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Zaragoza, 1988, págs. 614 y sigs.

está construida bajo un enfoque subjetivista e individualista, en el cual la concepción de una economía familiar sólo puede representar un elemento superestructural, en cierto modo una pura entelequia jurídica que se puede situar por encima o al margen de las relaciones concretas de deuda y responsabilidad, o de las de titularidad, que son los elementos que «de verdad», para algunos, interesan de esta realidad compleja que es el régimen económico-matrimonial que nos ocupa o en cualquiera otro. Es por estas razones por lo que ha interesado tanto a la doctrina tradicional el estudio de la naturaleza jurídica de la masa consorcial, en tanto que es presentada como elemento central y definitorio del régimen; mientras que, por el contrario, la función y posición de las masas privativas, en abierto contraste con el anterior análisis, fueron dejadas de lado, entendiéndose que no presentaban matices dignos de estudio, y dando por sentado que su naturaleza era clara. Hoy este planteamiento, aunque no superado totalmente, como posición teórica, tiende a modificarse: no es fácil hablar de patrimonios individuales, en la acepción más relativa y menos técnica del concepto o de patrimonio colectivo —el consorcial— en el sentido que diera a los gananciales el profesor DE CASTRO (3), pues con ello la economía familiar sólo sería una descripción, una suma compleja o un balance entre masas, según la posición teórica de que partiese el intérprete. Es decir, según se valorase la economía familiar como descripción finalista del régimen, como situación mientras la comunidad subsiste, o como realidad compleja de titularidades no determinable hasta el momento de la liquidación tras la disolución de la comunidad. Para algunos la solución al problema vendría de la mano del reconocimiento de personalidad jurídica al consorcio, posición que ya tentó a la mejor y más fundada doctrina francesa (CARBONNIER y CORNU) para su régimen legal de 1965, pero esta solución que resolvería de raíz los problemas teóricos que plantea la existencia de una masa común o consorcial, dejaría intactos aquellos otros que hacen referencia y se originan en la función y situación de las masas privativas anteriormente consideradas y, además, casi todos los de índole práctico, que, a mi modo de ver y en este momento histórico de renovación del Derecho de familia, son los que más interesan.

En el aspecto práctico, porque tanto el valor acordado para el conjunto de la expresión como los términos mismos de *economía familiar* no han podido sedimentarse suficientemente ni recibir el tratamiento doctrinal adecuado para adquirir la caracterización de cualificantes del régimen. Ello es así, aunque se trata de una realidad subyacente en la dinámica funcional de todos los regímenes comunitarios (incluso de algunos que no

(3) F. DE CASTRO *Temas de Derecho civil*, reimpresión, Madrid, 1972, págs. 65 y 66.

lo son) y del legal aragonés, en particular; pero se trata de una realidad que bajo el régimen formal del dominio del marido sobre la comunidad quedaba desvaída, desdibujada o incluso ajena al tratamiento jurídico que a la misma le ha otorgado la doctrina, excepción hecha de la atención que ya le venía prestando LACRUZ.

El aspecto que venía interesando a la mayoría era el estudio desde la perspectiva del régimen de titularidad de los bienes o desde la distorsionada visión que ofrecen, para el conjunto del régimen, la liquidación y partición del consorcio; en tanto que los términos de *economía familiar* sólo alcanzan una proyección real desde el ángulo que ofrece el estudio de la gestión del régimen, con independencia de que ésta sea individual, conjunta o disjunta, pero siempre que se considere su propagación hacia el pasivo consorcial y la responsabilidad por deudas.

Parece evidente que esta orientación puede llegar a tener claros efectos correctores de la doctrina nacida al amparo de los antecedentes legislativos del régimen, incluso a los de la propia Compilación, y que podría conducir, como en cierto modo ha ocurrido en Francia en la reforma de su Comunidad legal en 1985, a la incorporación de una gestión disjunta del consorcio todavía no prevista por el legislador, obligando ambos cónyuges con su actuación aislada el patrimonio consorcial en su integridad.

El tratamiento más racionalista de la gestión de la masa común desde el enfoque propio de la igualdad entre cónyuges no pasa necesariamente por la imposición legal de una gestión conjunta, sino presumiblemente por la disjunta coordinada y especializada por áreas de actividad, reforzando los mecanismos, hoy puramente verbales, de información y de configuración de los objetivos de la economía familiar.

En este punto, pese al avance que supone, la reforma de la comunidad legal aragonesa puede resultar insuficiente. La apelación normativa a la actuación conjunta de ambos cónyuges (por ser contraria al habitual *modus operandi* de la economía monetarista de nuestros días) no deja de ser un *dessideratum*, por ello hubiera sido preferible establecer pautas y supuestos concretos en los que el consentimiento dual es requerido formalmente para la validez y eficacia del acto o negocio de que se trate, dejando el resto a la intervención disjunta. Aunque hay que reconocer que, en la práctica vivida del régimen en este momento, la admisión de la gestión disjunta hubiera podido suponer una anticipación a las necesidades sociales sentidas y por ello contraria a una de nuestras mejores tradiciones legislativas.

La consideración de la *economía familiar* puede ser, creo que con el tiempo se convertirá para este caso, en un eficaz remedio corrector de las iniciativas individuales, tomadas aisladamente, pero no es por ello, ni lo va a ser necesariamente, una barrera que garantice la dirección consorcial

de las voluntades y de las actividades económicas de cada uno de los cónyuges, su virtualidad se encierra en su proyección de control *a posteriori* insuficientemente garantizado por un deber de información, más moral que jurídico.

III. La mayor parte de la doctrina ha puesto de manifiesto, con razón, las dificultades teóricas existentes para la admisión pura y simple de un pasivo consorcial en los regímenes comunitarios, precisamente por carecer la comunidad de personalidad jurídica. Como expone LACRUZ: «no siendo la comunidad persona jurídica no puede, ella misma, contraer deudas, pues no podría estar *representada*».

«En principio, el cónyuge que obliga a la comunidad se obliga en primer lugar a sí mismo, contrayendo una responsabilidad personal, que a la vez comprende los bienes comunes en virtud del poder que tiene para responsabilizarlos. *Obligado*, con todo, lo está sólo el cónyuge deudor, y por eso sólo contra él —eventualmente, contra ambos consortes— puede dirigirse la demanda: no frente a la sociedad. Pese a su carencia de subjetividad jurídica, tampoco sería correcto decir que los bienes de la sociedad responden por deuda ajena: el consorcio no tiene personalidad, pero representa un centro de intereses a cuya satisfacción se encaminan las deudas comunes de los consortes. A falta de deudor no hay deuda del consorcio, pero la obligación contraída por el cónyuge sujeta los bienes comunes *como si* fueran suyos, sin ninguna preferencia, ni aun posibilidad, de actuar *en nombre* del consorcio» (4).

Como puede apreciarse, en el discurso de LACRUZ, el planteamiento en su conjunto responde a dos elementos esenciales para el análisis jurídico y a una consecuencia teórico-práctica de primera magnitud.

Respecto del primer elemento esencial hay que preguntarse: *quién contrae el débito*; en tanto que para el segundo aspecto, de carácter procesal éste, es preciso dilucidar *¿en caso de incumplimiento a quién se demanda?*; y, por último, en cuanto a la consecuencia es necesario resolver: *qué bienes pueden ser objeto de embargo*, en caso de ejecución forzosa de la deuda.

El planteamiento general muestra una interrelación casi perfecta entre el *deber ser*, que es propia del pensamiento jurídico dogmático y la posición, también teórica, que los bienes ocupan en el consorcio: su naturaleza jurídica, en la que se inspiran las normas sobre el pasivo. Ahora bien, creo que cabe y debe preguntarse *si guardan, en realidad, pasivo y activo la correspondencia que desde ese plano teórico estricto deberían mantener*, o acaso y precisamente en función de la observancia de tales principios

(4) J. L. LACRUZ *Elementos* .., IV, pág. 422

básicos, la pregunta que debería formularse sería: *¿se aplican distintos criterios de tratamiento al activo y al pasivo?*

Entiendo que incurriría por mi parte en el vicio de anticipación si pretendiera responder en este momento a las interrogantes abiertas, pero sí creo que puede afirmarse que las respuestas doctrinales y jurisprudenciales (dando este valor a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado a falta de Sentencias del Tribunal Supremo) que se han dado para la sociedad de gananciales y para la Comunidad legal aragonesa, no atienden suficientemente a los datos de los nuevos planteamientos sobre gestión, y que no existe, a mi juicio, en tales pronunciamientos, un pleno paralelismo, conceptual al menos, entre activo y pasivo, y hasta puede añadirse que, en cierto modo, no se han despegado en forma significativa y suficiente del planteamiento tradicional antecedente, es decir, de aquel en el que la gestión consorcial estaba encomendada tan sólo al marido.

LACRUZ pone el dedo en la llaga del problema real, referido a la sociedad de gananciales, pero enteramente transferible al consorcio legal aragonés, cuando nos dice «que si bien nuestro sistema de gananciales se basa en la comunidad de las deudas nacidas del gasto familiar; de la actividad, tráfico, profesión u oficio de cada cónyuge, y de la ordenada administración de sus bienes (correlativamente a la comunidad de los bienes ganados); sin embargo, el Código Civil, como sus precedentes, por respeto a las exigencias del tráfico, grava al patrimonio común, *frente a terceros*, con deudas que puedan no ser, en definitiva, de cargo del consorcio; mientras las obligaciones de los esposos que real y definitivamente han de recaer en la comunidad pueden ser hechas efectivas en un primer momento sobre el patrimonio personal del cónyuge que las contrajo» (5).

Las regulaciones del pasivo consorcial tienden a resolver tales cuestiones, pero sin dejar de lado los postulados excesivamente subjetivistas, a mi juicio, que aportó la dogmática bajo las anteriores regulaciones, así en el Código Civil y para la sociedad de gananciales la distinción entre gastos de cargo de la sociedad del artículo 1.362 y la responsabilidad consorcial del artículo 1.365.

En la Compilación del Derecho civil de Aragón (arts. 41 a 47) el tratamiento resulta algo menos complejo, probablemente debido a su concisión, ya que los epígrafes con que se enmarcan los artículos (que para mí tienen valor normativo o, como mínimo, son una interpretación sintética y auténtica de la declaración normativa a la que sirven de referencia) reconocen paladinamente la existencia de *deudas y responsabilidades co-*

(5) J. L. LACRUZ *Elementos...*, IV, pág. 422.

munes (arts. 41, 42 y 43 Ca) y, lo que es más, contraponen esta realidad a otra no menos evidente, la de la existencia de deudas privativas.

Ello ya era así en la versión del régimen aprobada en 1967, pese a la administración legal por el marido del consorcio, como ponía de manifiesto el progresista, comparativamente hablando, artículo 42 Ca (hoy derogado) (6).

El peso de una realidad socialmente sentida, a despecho de las formulaciones dogmáticas y de las declaraciones jurisprudenciales, explicitando la existencia de verdaderas deudas consorciales fue expuesta por CARBONNIER, en una obra bien temprana, su tesis doctoral defendida en Burdeos en 1932 bajo el título: *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*. Para él, bajo una legislación y una jurisprudencia que declaraban sin fisuras al marido *seigneur et maître de la communauté*, no cabe ninguna duda de que éste, el marido, generaba verdaderas deudas consorciales, aunque en sus actuaciones gestoras unas veces se obligaba a sí mismo y otras a la comunidad, y aunque ello careciera de verdadera relevancia para sus acreedores, si la tenía para las relaciones internas del consorcio matrimonial, pues con ello abría la importante y siempre descuidada vía de las recompensas cuando el activo consorcial soportaba adeudos que deberían haber sido satisfechos, en teoría, con cargo a los bienes propios.

Esta conciencia diferenciadora ha estado siempre viva en el sentir de los casados bajo régimen de comunidad, pero en Aragón trascendió el sentido de una mera vivencia para encarnarse en las normas, como ya he apuntado, mucho más hoy en el de la gestión consorcial corresponde a ambos cónyuges (conjunta o separadamente según los casos); pero como certeramente apuntara CORNU, hay una estrecha correlación entre el poder o capacidad para gestionar una u otra masa de bienes, y el de gravar cada una de ellas con deudas, ya que son los aspectos positivo y negativo de una misma realidad (7). Es decir, la capacidad para endeudar el consorcio se deriva de las facultades de gestión que, en cada caso, estén conferidas a cada cónyuge, presupuesto éste que, para el Derecho aragonés, ya anticipó LACRUZ al tratar conjuntamente la gestión y las deudas en un capítulo de su capital obra *El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón* (8).

IV. No es difícil constatar cómo las normas del activo y las del pasivo

(6) «1. El marido, en el ejercicio de sus facultades legales de administración, así como en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión, obliga siempre, frente a tercero de buena fe, a los bienes comunes 2. Igual responsabilidad alcanza a los bienes comunes por la gestión de la mujer que ejerza industria, comercio o profesión o legalmente administre.»

(7) G. CORNU *Les régimes matrimoniaux*, pág. 355.

(8) Zaragoza, 1949, págs. 80 y sigs. Separata del *ADA*.

no guardan entre sí un exacto paralelismo, excepción hecha del aspecto externo de las mismas, ello a pesar del esfuerzo realizado en la construcción normativa *mare geometrico* del régimen.

El peso de la formulación teórica del pasivo, después de las últimas reformas, se ha venido cargando, a mi modo de ver exageradamente, sobre los gastos necesarios para la obtención de bienes y recursos netamente consorciales, por lo que los intérpretes de las normas que no siguen esta pauta encuentran, en consecuencia, una disfuncionalidad en el tratamiento sistemático del activo respecto del pasivo consorciales.

Desde otro punto de vista, el pasivo consorcial es contemplado también con exceso de concreción cuando se antepone a otros supuestos la adquisición de recursos ajenos (créditos monetarios) destinados a la explotación de bienes privativos o consorciales, pues la preocupación que emerge en este tratamiento hace referencia a los medios de ejecución que se ponen en manos del acreedor y, sólo en alguna menor medida, en los de defensa del cónyuge no deudor.

Todas estas vías de examen de la cuestión son, a mi modo de ver, insuficientes por parciales; y, en definitiva, lo son, porque no están suficientemente enraizadas en el contexto normativo del régimen en su conjunto: aquí se produce el conocido efecto de que la observación de un único punto en el horizonte favorece la desviación del rumbo correcto.

El pasivo no es necesariamente, ni en esencia, ni tan sólo la forma de atender los gastos generadores de ingresos, sino más bien el modo conjunto de hacer frente a la generalidad de las necesidades reales y legítimas de la economía familiar. Es la respuesta a la gestión y por ello es preciso no sólo técnicamente conveniente distinguir el pasivo provisionalmente consorcial del definitivo; de la misma manera que el activo es un tratamiento de la titularidad o de la pertenencia de los bienes (provisional o definitiva) a las distintas masas, sirviendo con ello de justificación a la gestión individual o conjunta según el tipo y pertenencia del bien de que se trate.

La atención del legislador no está dirigida, consecuentemente con lo anterior, a construir una fórmula de carácter contable, por partida doble, innecesaria por redundante, sino a fijar, en el caso del activo, criterios, lo más objetivos posibles, para reducir la presunción del artículo 40 Ca a aquellos bienes que no siendo posible la justificación de la privacidad tampoco pueden tener la consideración legal de privativos *ex* artículo 38 Ca, ya que las reglas del activo no son una serie de normas encaminadas tan sólo a la fijación de «titularidades», sino de fijación y descripción de una serie bienes sobre los que corresponde ejercer una gestión conjunta o individualizada por el correspondiente titular.

- En tanto que en las reglas del pasivo la señalización de deudas comunes y privativas es meramente circunstancial, en la medida en que hay que

distinguir cargas provisional o definitivamente comunes, a los efectos sobre todo de liquidación final del consorcio. Resulta esencial en esta regulación el aspecto relativo al deslinde de la responsabilidad que corresponda a cada masa frente a terceros acreedores (bien lo sean del consorcio, bien de uno solo de los cónyuges) y, eventualmente, frente al cónyuge no interviniente en la gestión concreta de que se trate.

Si en la configuración normativa del activo interesaba evitar la creación de una masa común por medios no previstos, bajo la pauta inicial de consorcialidad y favorecer la generación de un ámbito de gestión individualizada de cada uno de los cónyuges, sin perder de vista el carácter informador de la existencia de una economía familiar, en el pasivo lo que interesa es la defensa de la integridad patrimonial del cónyuge no gestor, sin que con ello se vean perjudicados o dificultados los intereses legítimos de los acreedores consorciales, e incluso de los acreedores individuales de cada uno de los cónyuges.

Se ha afirmado por algunos autores que en los artículos 41 a 47 Ca hay reglas que corresponden a la liquidación, con olvido que la liquidación del régimen resulta ser mucho más una operación de verificación de situaciones acreedoras y deudoras de cada una de las masas con relación a las restantes intervinientes que un acto preparatorio de la partición. Si esto es efectivamente así en todos los regímenes comunitarios, mucho más lo es en el régimen legal aragonés, para el cual el artículo 47.2 Ca prevé literalmente la posibilidad de liquidaciones parciales o globales, en plena vigencia del consorcio, seguidas de pago.

Hay que recalcar, como lo hace la propia norma, que los valores *deuda y responsabilidad* en el régimen legal aragonés no están disociados en su aspecto final, aunque pueden estarlo provisionalmente, en la misma medida en que se interrelacionan las masas patrimoniales en el seno de la economía familiar, pues ésta no puede prejuzgarse como sinónimo de una acertada gestión, ni es consustancial al régimen que cada masa tenga una gestión separada, sino todo lo contrario.

DEUDAS Y RESPONSABILIDAD CONSORCIALES

Cargas y deudas comunes

Artículo 41. Son cargas de la comunidad:

1.º Las intenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que sean menores de edad o, siendo mayores, convivan con el matrimonio.

2.º *Los réditos e intereses normales devengados durante el matrimonio por las obligaciones de cada cónyuge.*

3.º *Las atenciones de los bienes privativos propias de un diligente usufructuario.*

4.º *Las alimentos legales debidos por cualquiera de los cónyuges. No obstante, los alimentos prestados a los hijos mayores de edad de uno solo de los cónyuges, habidos con persona distinta constante matrimonio y que no convivan en la casa, darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación.*

5.º *Las deudas del marido o de la mujer, en cuanto redunden en beneficio común o hayan sido contraídas en el ejercicio de una actividad útil a la comunidad.*

I. ESTRUCTURA DEL PRECEPTO CON RELACIÓN A LA GESTIÓN

La estructura global del artículo 41 Ca (sobre todo antes de la reforma de 1985, pero incluso para el texto actual) responde a la idea de fijación del área propia de la *responsabilidad definitiva* y cabría la posibilidad de hablar incluso de *responsabilidad directa* de la misma masa consorcial, en claro contrapunto con la *responsabilidad provisional* pergeñada en el artículo siguiente, en incluso de la *indirecta* a la que se dedica, tan sólo en parte, el artículo 46 Ca.

Esta tripartición de la regulación de las distintas posiciones de responsabilidad patrimonial es, a su vez, consecuencia de la peculiar naturaleza jurídica del consorcio, de una parte; en tanto que de otra, responde a las distintas posibilidades de actuación que para cada uno de los cónyuges conjunta o separadamente se ofrecen en las reglas de gestión de la comunidad y de los bienes privativos, todo ello en el marco de una economía familiar de estructura compleja.

El mantenimiento en los aspectos básicos del modelo estructural del artículo 41 anterior a la reforma, a pesar de la importancia fácilmente perceptible de la adaptación-reforma de la Compilación respecto de los preceptos constitucionales en materia de *igualdad* (filiación y sexo), ha sido posible gracias a dos factores, formal uno y material otro.

Respecto del primero, porque la modernidad del texto ofrecido por el Seminario de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés (1957), como antecedente inmediato del que luego sería artículo 41 Ca, se anticipó de tal manera a su tiempo (incluso a los trabajos de reforma del Derecho de familia en el *Code civil* que saldrían a la luz en 1965) que puede absorber en su estructura y texto normativo las más audaces reformas en materia de equiparación de los cónyuges en el gobierno y dirección

de su economía matrimonial (9), amén de que su elasticidad conceptual permite al intérprete efectuar una valoración de los supuestos caso a caso, sin someterse a una catalogación que tan sólo puede ser enunciativa y sin encorsetamientos derivados de la protección de los legítimos intereses de acreedores terceros al consorcio que ya tienen garantizados sus créditos por el texto, sumamente favorable para ellos (como es lógico y conforme a los criterios de aplicación del Derecho conforme al *standard* fundamental de la buena fe), del artículo 42 Ca, del que nos ocuparemos más adelante.

Por cuanto hace al segundo de los factores, constituye un tradicional y justificado tópico de la doctrina patria el considerar que las mujeres aragonesas han gozado de un *status* jurídico matrimonial muy superior al de sus contemporáneas en todas las épocas, desde la Edad Media a nuestros días, pues siempre se ha requerido su consentimiento para la enajenación de sitios consorciales, y su presencia activa en la gestión interna de la economía familiar, hasta el punto de ser la cabeza directriz no sólo de la potestad doméstica, sino alcanzando también la propia jefatura de la casa en ausencia del marido o en estado de viudez (comunidad continuada), pues, como manifiesta LACRUZ (10), los cónyuges deben tomar en común las decisiones más importantes relativas a sus propias personas y al patrimonio.

El precepto, como ya quedó apuntado en el párrafo inicial de este apartado, parte de la existencia de unos gastos denominados, con sumo acierto por parte del epígrafe del texto legal, *cargas y deudas comunes*, que tienen, bien sea por función, bien sea por resultado, un neto carácter consorcial y que, en su consecuencia, son de responsabilidad definitiva del consorcio, es decir, que en la liquidación definitiva del régimen deben ser contabilizadas de cargo del consorcio y en la cuenta pasiva del mismo.

Empero, es preciso advertir que en él tan sólo se toman en consideración aquellos gastos cuya consorcialidad podría ser discutida (bien sea por los terceros, bien por los propios cónyuges), por lo que no figuran en él aquellos gastos que son de indiscutida naturaleza consorcial: adquisición, conservación y reparación de los bienes comunes; ejercicio de los derechos derivados de la tenencia de tales bienes. Sencillamente el legislador, con entero acierto, lo juzgó completamente innecesario, por obvio.

En otros muchos regímenes económico-matrimoniales de signo comunitario no se ha alcanzado un grado de acierto suficiente, a mi modo de ver, en la clarificación funcional contenida en los términos *cargas, respon-*

(9) A juicio de quien suscribe resultaría de gran utilidad la publicación íntegra de los informes del seminario.

(10) «El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón», *ADA*, 1946, pág. 93.

sabilidad y garantías patrimoniales en favor de los terceros acreedores sobre los bienes consorciales.

Ello es debido precisamente a que estos conceptos, esenciales para todo régimen comunitario, no han sido suficientemente deslindados entre sí en la redacción de las normas y a la identidad material de los distintos fenómenos (supuestos de hecho de la norma) sobre los que recaen tales conceptos; de ahí, por ejemplo, las diferentes posiciones teóricas que se dan en la doctrina en torno a los artículos 1.362 y 1.365 del Código civil para el pasivo de la sociedad de gananciales.

La idea de deuda común o consorcial, aunque acarrea tras de sí las dificultades formales derivadas de la introducción del principio de cogestión en el régimen legal, así como los debidos a la falta de autonomía frente a terceros de la propia masa consorcial, no modifica en esencia ni la caracterización externa ni varía la posición interna de las masas en el conjunto del consorcio.

La cogestión de la comunidad tan sólo abre el camino a que los cónyuges puedan endeudar o, más exactamente, puedan efectuar por sí o conjuntamente, según los casos, gastos de naturaleza consorcial, frente a la tradición secular de que sólo el marido obligaba al consorcio, pues la mujer en el ejercicio de la potestad doméstica actuaba a modo de delegada *ex lege* del marido. Parece preferible esta figura a la poco acertada, a mi juicio, por excesivamente compleja del mandato tácito, como se pone de manifiesto si se parte de un riguroso análisis de la irresponsabilidad de su masa privativa por tales gastos.

Las cargas contempladas en el artículo 41 Ca se reputan legalmente consorciales no en razón del sujeto que compromete al consorcio, sino que lo son por su naturaleza intrínsecamente familiar (apartados 1.º y 4.º) o, en su caso, lo serán por su finalidad: la de proveer de ingresos a la masa consorcial a través de las actividades profesionales privadas o de la explotación de los bienes privativos de cada uno de ellos (apartados 2.º, 3.º y 5.º).

La buena técnica legislativa, que presidió la redacción de la Compilación, a la que me he referido antes, llevó a sus autores a prescindir de la obviedad técnica de definir como cargas o deudas comunes las derivadas de la explotación de los bienes consorciales, pues, en el aspecto práctico, todas las posibilidades dudosas referidas a la actuación de uno solo de los cónyuges sin expresión de que su acción se dirige a la gestión de los bienes consorciales que le corresponda o tiene encomendada, que puedan ofrecerse están suficientemente tratadas con los criterios previstos en los apartados 2.º y 5.º de este artículo; pues aunque es evidente que el consorcio puede resultar deudor como consecuencia de una determinada relación jurídica que le afecta patrimonialmente, no lo es menos que no tiene en sí

mismo considerado capacidad para endeudarse, tiene que ser obligado por sus titulares, actuando conjunta o separadamente en el ámbito previsto por la norma.

Estas deudas, pese al calificativo de *comunes* no tienen por qué satisfacerse con efectivo o con bienes consorciales, bien porque no convenga en el momento preciso de su abono al conjunto de la economía familiar, bien porque sencillamente no se tengan en ese momento recursos de tal naturaleza, por lo que se abonarán o tendrán que satisfacerse, respectivamente, con recursos privativos, sin que por ello dejen de ser cargas consorciales o comunes.

Es esta situación la que conduce al establecimiento del concepto de *responsabilidad definitiva* (mucho más operativo que el vago por inconcreto de consorcialidad o ganancialidad pasiva), y que por ello no tiene relevancia para los acreedores terceros respecto de la comunidad. Su operatividad propia se concreta en el omnipresente sentido de equilibrio que deben guardar las distintas masas patrimoniales intervinientes en la economía familiar, de forma tal que estos gastos se tienen que asentar, bien en el momento de una de las liquidaciones parciales voluntarias, bien en el momento de la liquidación definitiva del régimen, en la cuenta pasiva de la comunidad como reintegro debido a la masa o masas privativas que soportaron el desembolso, pues es a la comunidad a la que corresponde hacerse cargo definitivo de las deudas y cargas comunes.

Desde esta perspectiva, la *responsabilidad definitiva* es un elemento esencial (si bien interno o sin relevancia externa) de la estructura de la comunidad legal en tanto que está integrada por masas patrimoniales separadas de distinta titularidad formal y concebidas con fines y propósitos diferentes, al tener la finalidad de impedir, en último término, que la comunidad legal se transforme por confusión de ingresos y gastos en una comunidad universal, desplazando paulatinamente la masa consorcial a las privativas o lo que sería más injusto a una sola de ellas.

La proyección preponderantemente interna de la *responsabilidad definitiva* y el carácter pactista de este régimen legal justifican que el legislador emplee en la redacción de este artículo términos de alcance más orientador que definidor de las deudas que se hacen comunes. La norma señala los ámbitos y las finalidades que o bien se deben atender directamente por el consorcio, o bien deben figurar como cargos contables del mismo, pero no los predetermina en su *quantum*.

Esta operación de cuantificación, por responder tanto a la formación del activo consorcial como a la especial estructura de la gestión de la economía familiar, es decir, del conjunto de todas las incumbencias económicas privativas y consorciales, queda a la libre voluntad concorde de los cónyuges en el ejercicio y toma de decisiones conjuntas sobre la economía

familiar (art. 48.I Ca) o en caso de desacuerdo a la decisión de la Junta de Parientes o a la del Juez de Primera Instancia del domicilio familiar (art. 49.I Ca).

En este plano de toma de decisiones donde debe dilucidarse desde la amplitud de la familia, hasta el grado en que son normales o anormales los intereses debidos, o el porcentaje en que una inversión de capital sobre bienes privativos debe gravitar sobre la masa consorcial que ha hecho suyos los mejores rendimientos de éste. Cuestiones éstas que por su peculiar y heterogénea dinámica y subjetiva apreciación, no resulta conveniente encasillar normativamente en términos absolutos (11), y para los que resulta sumamente adecuada la elasticidad orientativa que ofrece el artículo 41 Ca que ahora comentamos.

II. ANÁLISIS DE LOS APARTADOS 1.º Y 4.º: DE LAS CARGAS FAMILIARES Y PERSONALES DE CADA CÓNYUGE Y DE LOS ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

A) *Las atenciones familiares en la perspectiva de la reforma*

El artículo 41 dedica a las atenciones familiares dos apartados: el 1.º y el 4.º, de alcance, fundamentación, orientación y origen diversos, pero que en aras a la unidad temática y finalista los estudio en un único epígrafe, aunque no de forma conjunta, pues es preciso señalar y conveniente advertir, e incluso subrayar las diferencias y matices que caracterizan a cada uno de ellos.

Es más, las diferencias que en su momento hicieron notar los proyectistas de la Compilación, entre ellos singularmente LACRUZ y ALBALATE, se han visto incrementadas en la reforma de 1985; siendo precisamente esta diferenciación en el tratamiento, introducida por la reforma respecto de los criterios básicos en los que se asentó la primera redacción de la norma, la que aconseja este tratamiento simultáneo.

Es patente que la referencia específica en la versión hoy derogada del artículo 41.1.º Ca «... la crianza y educación de los hijos... legítimos de uno solo de los cónyuges» debía ser objeto de la necesaria modificación, pues resultaba a todas luces inconstitucional, por resaltar una clara diferencia discriminatoria respecto de los hijos denominados hoy extramatrimoniales contraria al espíritu y la letra del artículo 14 de la Constitución. Para esta necesaria armonización constitucional del precepto hubiera bastado con

(11) Este es uno de los inconvenientes no superados por la reforma del régimen de la sociedad de gananciales en su artículo 1.362 CC.

suprimir del mismo el inciso final, es decir, hubiera sido suficiente con prescindir de la explicitación «... la de los legítimos de uno solo de aquéllos» para que el artículo 41.1.º Cumpliera con las exigencias constitucionales de igualdad y no discriminación de los hijos por razón de nacimiento o, en su caso, como lo hizo la Comisión encargada del Anteproyecto de modificación al reproducir la orientación que en esta misma materia se había seguido con el artículo 1.362, 1.ª, inciso segundo, del Código civil.

La primera de estas soluciones, por su sencillez, hubiera resultado mucho más correcta en la línea de técnica legislativa empleada en la redacción de la Compilación, que la ahora adoptada por las Cortes de Aragón en la reforma. De parecida manera esta fórmula hubiera resultado en el plano *ético* (obsesión verbal de algunos legisladores) mucho más pertinente, y por ello mismo ajustada al principio constitucional invocado para emprender la reforma. Por último, en el plano puramente jurídico, el resultado hubiera sido más congruente con el conjunto de las disposiciones del régimen económico legal, y de éste respecto de los convencionales. Esto último también se hubiera alcanzado siguiendo el camino elegido por la Comisión General de Codificación para el régimen de gananciales.

La actual redacción, por cuanto se refiere al aspecto técnico-legislativo, al que he hecho referencia, tiene el inconveniente de poner de manifiesto la presencia de una clara incongruencia entre este apartado 1.º y el 4.º del mismo artículo a la vista de los supuestos de hecho contemplados.

Por el apartado 1.º son de cargo de la masa común las atenciones que reciban los hijos menores de edad de cada uno de los cónyuges, con independencia del dato de la convivencia con éstos, según se desprende de las manifestaciones de los enmendantes y de algunos de los comentaristas del texto definitivamente aprobado, y las que reciban los hijos mayores matrimoniales o extramatrimoniales, en este caso, dependiendo del dato objetivo de la convivencia.

Hay que reconocer abiertamente, al respecto y en este punto, que es mucho más perfecta la solución adoptada en el artículo 1.362.1.º, inciso segundo, del Código civil para idéntica materia (12), a la que ya he hecho referencia.

Los defectos técnico-jurídicos, por último, de la decisión adoptada son tan graves, a mi juicio, que llegan a incurrir en la misma inconstitucionalidad, pero a la inversa, que se trató de salvar con la reforma. Me explico:

(12) «La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación.»

si partimos del dato esencial para el Derecho aragonés (13) de que el régimen legal tan sólo es supletorio en primer grado en defecto de capítulos y que éste puede modificarse después de iniciado en cualquier momento, veremos con facilidad que la inclusión como carga familiar ordinaria de las atenciones para con los hijos (matrimoniales o extramatrimoniales) de uno solo de los cónyuges genera (o puede generar) una nueva desigualdad de trato de los hijos, esta vez no debida directamente a la filiación, sino a algo tan accidental para ellos, como es el régimen económico matrimonial de uno o de cada uno de sus progenitores; lo que no deja de ser un flagrante absurdo. Mucho más lo es que el cónyuge no progenitor tenga que proveer involuntaria y forzosamente a su sustento y demás gastos alimentarios por un puro mecanismo legal, respondiendo de ello incluso con sus bienes privativos, como se pone de manifiesto en el artículo 43.1 Ca, pensado para otra redacción mucho menos maximalista del precepto que nos ocupa.

A mi juicio, la norma, en este punto, peca de un defecto insalvable, cual es el de la irracionalidad, pues la defensa de los derechos del menor puede garantizarse, como ya hemos visto, por vías mucho menos traumáticas y sin menoscabar los derechos de cónyuge no progenitor.

En tanto que por lo previsto en el apartado 4.º son de responsabilidad definitiva del consorcio, aunque con derecho a un eventual reintegro, los alimentos legales debidos por uno de los cónyuges para con los ascendientes o hermanos de uno de ellos también con abstracción del dato de la convivencia, en tanto que para que tal efecto se produzca para con los hijos mayores de edad de uno solo de ellos sí se requiere el dato de la convivencia, de no existir ésta ha lugar también al correspondiente reintegro.

No es necesario un gran esfuerzo de exégesis para comprender que se ha incurrido en un exceso de verbalismo ético; es decir, se ha caído en un planteamiento claramente demagógico propio de alguien poco o nada versado en materia jurídica, pues curiosamente si sólo se hubiera procedido al retoque del apartado 1.º en el sentido apuntado y se hubiera mantenido el texto anterior para el apartado 4.º de este artículo 41, sé hubiera conseguido el mismo efecto deseado por los enmendantes, ya que los alimentos legales debidos por uno de los cónyuges, sin necesidad alguna de matización, eran de responsabilidad definitiva del consorcio.

La solución coherente con el planteamiento *ético* hubiera debido hacerse depender, en todo caso, de la presencia del dato objetivo de la convivencia, pues a este dato fáctico se le puede (y debe) aparejar la

(13) Hoy extensivo a la totalidad de los ordenamientos españoles.

presunción *iuris tantum* respecto de que el cónyuge no progenitor presta su consentimiento en hacer también suyos los gastos que de tal convivencia se derivan, pues es más que dudoso que haya lugar a reintegro en materia de cargas familiares, yo creo claramente que no; además, ello sería plenamente congruente con la autonomía de la voluntad conjunta de los cónyuges tal y como se predica para la toma de decisiones, en el régimen legal, sobre la economía familiar, en vez de haber adoptado una solución legal al problema que es a todas luces arbitraria, si ésta realmente coincide con lo manifestado por los enmendantes, en cuanto que parece imponer una solución que cercena la libertad de uno de los cónyuges, y es contraria a los planteamientos de efectiva igualdad entre los cónyuges, esencial en la reforma.

Además, es conveniente tener en cuenta que si socialmente sigue pesando en los hijos la condición de extramatrimonialidad (pese a las previsiones legales, constitucionales o debidas a convenios internacionales suscritos por España), esta situación de por sí penosa no se puede agravar indirectamente convirtiéndola en el núcleo de un absurdo problema económico matrimonial, que en la mayor parte de los casos influirá en la inestabilidad familiar del propio menor al que la ley equivocadamente trata de proteger.

Los deberes del cónyuge progenitor, en su aspecto meramente económico, se tienen que propagar, se quiera o no, a la economía del consorcio, bien sea por la vía de los menores ingresos para éste, bien por la de mayores gastos —según se dé el dato o no de la convivencia—. Pero esto no se puede ni debe transformar hasta el extremo de hacer responder directamente al activo consorcial, sin posibilidad de reintegro o, lo que es peor, responsabilizar el propio activo del cónyuge no progenitor por la mitad de los gastos en defecto de bienes consorciales, aun en el caso de no tener la menor oportunidad de participar en la cuantificación de tales gastos, por corresponder personalísimamente su fijación, en el caso de no convivencia, a los progenitores del menor.

Las frágiles razones de los defensores de la enmienda ponen de manifiesto, una vez más, aquello de que es más fácil predicar que dar trigo, pero lo más importante y triste es que las Cortes de Aragón manifiesten tan poco conocimiento de los fundamentos esenciales de nuestro Derecho y olviden que la *Casa* sigue siendo, aun hoy, el núcleo primigenio de nuestro ordenamiento peculiar y el fundamento de las más arraigadas especialidades jurídico-privadas del Derecho de Aragón.

La triste historia del texto reformado es que, además, no dice, en absoluto, aquello que los enmendantes se proponían, su deficientísima redacción, recordémosla: «..., incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que sean menores de edad o, siendo mayores, convivan

con el matrimonio», impide que el dato de la convivencia en el hogar del matrimonio resulte irrelevante para que la atenciones a los menores sean de cargo definitivo del consorcio y desencadene el efecto secundario, pero importantísimo, de la responsabilidad personal de ambos, previsto en el artículo 43.1 Ca. Para que dicho efecto se produjese el precepto debió decir: «..., incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que sean menores de edad o que siendo mayores convivan con el matrimonio»; y eso no es lo que efectivamente dice el precepto.

Bien es verdad que en su redacción actual el precepto puede querer significar cualquier cosa, como suele ocurrir cuando se redacta así de rematadamente mal, pero no es menos cierto que, con el sistema de integración de nuestro Derecho previsto en el artículo 1.º Ca, por tradición o costumbre, aplicación de los principios generales y sentido de la justicia general o del caso, el dato de la *convivencia* no es fútil, sino determinante para la consideración de estas deudas como carga consorcial y para el nacimiento de la responsabilidad personal solidaria de ambos cónyuges.

B) *Cargas familiares y expensas personales*

La finalidad explícita y tradicional del artículo 41.1.º Ca —al margen de los aspectos que he examinado en el apartado anterior y que en la práctica no serán demasiado frecuentes, pero cuya incidencia será gradualmente creciente, por lo que resulta aconsejable proceder a su revisión en un próximo futuro— es la de proveer de reglas para el levantamiento de las cargas del matrimonio.

La visión histórica de las cargas del matrimonio nos ofrece dos perspectivas: una, superada parcialmente por el nuevo enfoque de la economía familiar, la de qué masa patrimonial debe soportar tales gastos; y otra, también plenamente vigente y concorde con la tradición histórica, referente a qué gastos concretos constituyen *cargas consorciales*.

Antes de abordar por separado ambas perspectivas es conveniente explicitar que en nuestro Derecho el tradicional concepto de la *Casa* (al que hacía referencia al final del anterior epígrafe) está también presente en el régimen legal, aunque no en el mismo grado o en la misma intensidad al que se hace notar en alguna de las *instituciones familiares consuetudinarias* a que hace referencia el artículo 33 Ca (14) y que esa presencia presupone que la Compilación no toma partido, a la hora de contemplar la *familia*, por uno de los distintos modelos que ésta puede presentar, a

(14) Véase el comentario a este artículo en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, págs. 805 y sigs., del que es autor el Notario JOAQUÍN SAPENA

diferencia de lo que acontece con las últimas reformas del Código civil. En el régimen legal de Aragón el término *familia* no tiene por qué coincidir con el modelo nuclear (padres e hijos menores o mayores convivientes), aunque en las nuevas formas de vida y dado el alto grado de urbanización del viejo Reino resulte ser este modelo el dominante. En la *familia* deben entenderse comprendidas, en consecuencia, todas aquellas personas que, bajo la nota genérica y amplia de la convivencia, dependen para su subsistencia y para su desarrollo humano de la economía familiar dirigida por los cónyuges titulares del consorcio.

Es indiferente al respecto que todos ellos guarden entre sí relación de consanguinidad o de afinidad e incluso que no formen parte de la familia en sentido parental estricto; el dato relevante es que formen parte de la *Casa*, o desde otro punto de vista y en abierto contraste con lo anterior, hay que tener presente que no forman parte de la misma quienes a pesar del dato fáctico de la convivencia en un mismo inmueble o de la existencia de lazos de parentesco próximos «mantengan y deban mantener la independencia en su vida y en sus negocios» en frase afortunada de ALBALATE (15), porque lo relevante para que exista *Casa* o se pueda aplicar directamente el artículo 41.1.º, primer inciso, es necesario depender o formar parte de la unidad de la economía familiar dirigida por los cónyuges.

Parece claro que no tiene excesivo sentido proceder a una enumeración pormenorizada de cada una de las clases y tipos de gastos que deben entenderse comprendidos en la referencia legal de «*las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge*». Al respecto se ha venido admitiendo pacíficamente que deben entrar todos aquellos gastos que se originan en el ámbito de una familia: manutención, alojamiento, vestido, transporte, comunicación, instrucción, cultura, liberalidades de uso, enfermedad, previsión, defensa jurídica de los intereses consorciales y personales y un amplísimo etcétera, precisamente porque la razón de ser de todo régimen económico-matrimonial, cualquiera que sea la naturaleza del mismo, es la de establecer una serie de reglas más o menos precisas tendentes a resolver económica y jurídicamente los problemas derivados del levantamiento de las cargas familiares, requiriéndose un mayor grado de concreción normativa cuanto menor sea el grado de comunidad que proporcione la naturaleza específica del régimen de que se trate.

Como aclara LACRUZ (16), el concepto de *carga del matrimonio* o el de *atención legítima de la familia* es más amplio que el de *deuda doméstica*, pues comprende a éstas —las conectadas con el tradicional concepto de

(15) ALBALATE *Op. et loc. cit.*, pág. 273.

(16) LACRUZ-SANCHO. *Derecho de familia, Elementos...*, IV, pág. 114.

«potestad doméstica» de carácter históricamente restringido por predicarse del cónyuge (la mujer) al que no se le reconocía capacidad ordinaria de obligar al consorcio fuera de esta concreta esfera y era, a su vez, no responsable pasivo respecto de sus privativos por estos gastos—, a los gastos personales de cada cónyuge que tengan enlace directo con la idea de *sostenimiento de la familia* y aquellos otros con los que se atienden a las necesidades vitales de quienes integran el hogar.

El epíteto *legítimas*, que califica y concreta *las atenciones*, destaca con fuerza propia en la letra del precepto y ha sufrido distintos avatares en el período compilador; con él se hacía referencia tanto a las cargas familiares como a los gastos particulares de cada cónyuge. Tiene un sabor sumamente tradicional, ya que procede de la expresión *leyalment* que vimos en el Fuero de Jaca ya citado, por ello se ha mantenido en la mayor parte de los textos y para el que serviría de perfecto punto de referencia en texto del artículo 27, inciso primero, del Proyecto de GIL BERGÉS en cuanto afirma: «El marido está obligado a subvenir con los productos de los bienes del matrimonio *a todas las atenciones legítimas* de la sociedad, a las particulares de cada uno de los consortes y a las que sean consecuencia natural de la paternidad y la jefatura de la familia».

A mi personal juicio, la expresión *legítimas* tiene en el texto dos funciones enraizadas en la tradición del precepto que nos ocupa: una, importantísima en tiempos pasados y hoy irrelevante, relativa a la legitimación de la mujer casada para obligar a la comunidad dentro del ámbito específico de este precepto (ejercicio de la potestad doméstica y derecho a *litis expensas* incluso frente al marido o frente a la masa consorcial); y otra, tendente a la fijación de un límite estricto de finalidad familiar o decididamente personal para los gastos efectuados, que deben tener este carácter sin que de ellos deba redundar un beneficio material para la economía familiar, es decir, el carácter netamente consuntivo de tales gastos da pie a la norma para limitarlos a una esfera material estricta, de ahí la antigua presunción en favor del marido, que ya entonces había que entenderla extensiva a la mujer dentro del ámbito que era propio de la potestad doméstica, acerca de que tales gastos eran efectuados en *utilidad y beneficio del consorcio*.

Lo relevante de esta norma es que tales cargas forman parte del pasivo común definitivo, es decir, que deben atenderse con bienes consorciales, cualquiera que sea el cónyuge que se obligue y la masa patrimonial que inicialmente las haya atendido o soportado, como veremos más adelante al analizar y comentar el artículo 43.1.º Ca, pues estamos en presencia de una regla de contribución concebida en la dinámica propia de un régimen comunitario. Es decir, en el normal movimiento patrimonial entre masas, estos gastos son del pasivo definitivo consorcial: si los atendió la masa

común aunque haya favorecido a uno solo de los cónyuges no ha lugar a reintegro, si se cargó el gasto a una de las masas privativas, ésta ha de ser recompensada.

Los gastos de destinación familiar no suelen plantear más problema que los del *quantum* de los mismos y que se examinará a continuación; ahora bien, no ocurre lo mismo con los que tienen por objeto cubrir las necesidades particulares (atenciones legítimas) de cada cónyuge.

Es patente que en este régimen cada cónyuge está legitimado frente a terceros para realizar actos de «administración y disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión, arte u oficio» (art. 48.1.º, inciso segundo, Ca); además, constituyen ventajas los bienes de uso personal y los instrumentos profesionales, con la única limitación de tener «un valor no desproporcionado al patrimonio consorcial» (art. 57.1 Ca).

Ahora bien, ¿quiere ello decir que uno solo de los cónyuges está legitimado ante el otro, o lo que es lo mismo, ante el consorcio, para hacer estas adquisiciones o gastos con el carácter de *cargas de la comunidad*?

A mi modo de ver y entender el funcionamiento de la comunidad legal sólo cabe la respuesta afirmativa, si bien con el matiz siempre difícil de determinar del *quantum*.

Este esquema normativo, mucho menos casuístico que el fijado en el Código civil para la sociedad de gananciales, debería permitir el tratamiento de la adquisición de instrumentos profesionales en los apartados 2.º y 5.º de este mismo artículo (intereses y bienes de capital), pero no es ocioso adelantar aquí que, dentro del límite del *quantum* «proporcionado al patrimonio consorcial», la legitimación corresponde, esta vez ante el otro cónyuge, al que de ellos tenga la necesidad de efectuar tales gastos, y que éstos tienen no sólo el carácter de carga común, sino que deben ser atendidos conforme a la regla del artículo 43.1 Ca.

Mención expresa merecen las *litis expensas* (17). Este tipo de carga acordada tradicionalmente en favor de la mujer, y que hay que entenderla hoy en favor de ambos cónyuges. Como expone LACRUZ, para el régimen de gananciales esta carga tenía «un doble fundamento. De una parte, la genérica obligación de la comunidad de subvenir a las necesidades personales de sus miembros: si los ingresos procedentes del trabajo o de los bienes de éstos van a parar a la masa común, justo es que tal masa subvenga a los pleitos relativos a dichos bienes y sobre todo personas. De otra, la consideración de que si el marido, administrador de la sociedad conyugal, puede tomar de la masa ganancial los fondos precisos para sus

(17) Sobre el origen de éstas y tratamiento, puede verse ROYO MARTÍNEZ *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, págs. 207 y sigs., y LACRUZ-SANCHO *Elementos...*, IV, págs. 304 y sigs.

litigios, es equitativo que deba suministrarlos igualmente a la esposa para los suyos» (18); argumento deducido de la STS de 16 de agosto de 1886 sobre un supuesto precisamente de Derecho aragonés y trasladable al actual sin que requiera más modificación que la derivada de la igualdad de los cónyuges en la gestión del consorcio y su consecuencia en materia de responsabilidad patrimonial.

Su materialización alcanza a todos los procesos civiles, criminales, canónicos e incluso constitucionales en que uno de los cónyuges sea actor o demandado y a todos los gastos relativos al proceso o que guarden íntima conexión con él (Sentencia 5 marzo 1970).

La tradición científica y jurisprudencial liga las *litis expensas* de forma, a mi modo de ver, artificiosa con el beneficio legal de pobreza, ya que para la concesión de este derecho se parte de la consideración de la economía familiar globalmente considerada, lo que a mi juicio no es concorde con el espíritu del artículo 24.1 de la Constitución; entiendo que, para el Derecho aragonés y dentro del régimen matrimonial legal, estos gastos deben entenderse plenamente comprendidos dentro de las atenciones particulares de cada cónyuge, sin más limitaciones que las de proporcionalidad en la defensa del derecho de que se trate, las que se derivan del término «legítimas» que ya he examinado, y las de la propia finalidad del proceso, ya que si los derechos que jurisdiccionalmente se intentan proteger no tienen un carácter familiar ni afectan a áreas puramente personales habrá que estar, en caso de desacuerdo, a la demostración de la «utilidad común» a la que hace referencia el artículo 43.2 Ca para que o bien sea un gasto de cargo consorcial o de responsabilidad solidaria de los cónyuges.

El límite del *quantum* en las *litis expensas* no obedece a ningún mecanismo interno del consorcio, sino que debe ser fijado por los órganos jurisdiccionales que reconozcan tal derecho. No sería hoy de aplicación a esta cuantificación las soluciones jurisprudenciales de no haber lugar a las *litis expensas* cuando la mujer sea rica (Sentencias 4 abril 1900, 21 enero 1898, etc.) o cuando litigue en defensa de intereses propios o de hijos que no lo son a su vez del otro cónyuge (Sentencia 27 marzo 1914, a la que se adhirió una parte importante de la doctrina).

Los gastos de última enfermedad y enterramiento de uno de los cónyuges, a los que los textos históricos dedican bastante espacio, no ofrecen hoy ningún problema digno de mención no sólo porque la solución tradicional les otorgó el carácter de cargas consorciales, lo que en un planteamiento teórico puro es cierto para los primeros, pero no así para los segundos: ya que la muerte extingue el consorcio, solución ésta más propia de las ciencias exactas que del Derecho, sino también porque tales extre-

(18) LACRUZ *Op. et loc. cit.*, nota anterior.

mos se resuelven adecuadamente por una aplicación normalmente extensiva de los derechos-deberes del cónyuge viudo sobre el patrimonio consorcial derivados del ejercicio de la jefatura familiar que se recogen en el artículo 53 Ca.

El problema del *quantum* está en relación directa con la legitimación de cada uno de los cónyuges para obligar aisladamente al consorcio o, en defecto de éste, a los privativos del otro por la mitad de la deuda en una relación de solidaridad frente a terceros, frente a la regla hipotética del consentimiento dual.

La fórmula tradicional de que las expensas deben hacerse *al haber y poder de la casa* tiene, en el contexto actual frente a su plenitud de sentido en el Derecho histórico tradicional, el peligro de ser equívoca, de igual manera que la apelación al *uso del lugar* (19).

El equívoco se debe a que esta cuantificación por modelos de conducta, en cuanto apropiados a una buena administración, se intenta trasladar al tratamiento del pasivo como límite objetivo (20). La cuantificación tradicional de rigurosa utilidad (mantenida por el texto de la Compilación en materia de *ventajas* y que puede mantenerse para el artículo 41.1.º que nos ocupa) se comporta con valor paradigmático cuando se toma como límite subjetivo, es decir, como regla de legitimación para la gestión disjunta de los cónyuges con facultad de obligar tanto respecto de terceros (art. 42 Ca) como respecto del consorcio y de los propios de los cónyuges (art. 43.1.º Ca).

Las cargas familiares y las expensas personales, para ser deudas comunes, que es la dimensión que ahora nos interesa, no están sujetas a una predeterminada cuantificación: *son tales o no lo son en función de la finalidad, sin límite cuantitativo alguno*.

Lo que a través del *quantum* se dilucida es rigurosamente un problema de legitimación subjetiva, como vengo diciendo, es una de las respuestas a la pregunta ¿quién puede obligar al consorcio en materia de cargas familiares?

Cualquiera de los cónyuges obliga al consorcio cuando atiende a las necesidades familiares y personales dentro de la esfera de actuación que tiene reservada por acuerdo capitular o extracapitular o por uso privado o local y sin rebasar los límites ordinarios de la misma o sus gastos resulten proporcionados al haber y poder de la casa. Es decir, y argumentando a contrario, es necesaria la voluntad conjunta de los cónyuges para

(19) Ver comentario al artículo 1.319 CC de Díez-PICAZO en *Comentarios a la reforma del Derecho de familia*, II, Tecnos, págs. 1503 y sigs.

(20) Este es el caso de SANCHEZ-ARROYO, interpretando a LACRUZ y a ALBALADE, sacando las ideas de éstos fuera del riguroso contexto en que se producen, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Edersa, t XXXIII, vol. 1, pág. 465

generar cargas familiares extraordinarias, bien sea por la excepcionalidad del gasto o por la elevada cuantía relativa del mismo.

En este sentido cabe afirmar que para los gastos contemplados en el artículo 41.1.º Ca la regla de gestión ordinaria es la legitimación disjunta y la excepción la actuación conjunta, pues de otra forma se produciría el colapso de la economía familiar.

La atribución de competencias funcionales en la gestión de estas incumbencias puede estar encomendada, como nos recuerda LACRUZ (21), a «uno solo de los esposos, sea por los usos locales, que previenen en cada comarca o país unos concretos ámbitos de actuación del marido y la mujer; sea por los usos familiares, y sobre todo por el acuerdo expreso o tácito de los cónyuges en el momento de iniciar su vida conyugal o más tarde... Ahora bien: la distribución interna de competencias, una vez realizada, exige respeto por parte de los cónyuges: uno no puede inmiscuirse en la esfera ajena. Por ejemplo, en el tipo corriente de matrimonio, el marido no podrá invadir competencias que pueden ser exclusivas de la esposa, como, en principio, la contratación de una empleada de hogar. Hoy por hoy la eventualidad de que el marido contrate por sí una empleada doméstica y la presente a la esposa es excepcional: habitualmente la esposa podrá oponerse a la presencia de tal persona en el domicilio familiar, y el gasto no será doméstico».

Con ser esto importante lo es más que esta distribución interna no tiene relevancia externa, ambos cónyuges obligan al consorcio *erga omnes*, salvo que traspasen manifiestamente los límites que se derivan del término «legítimas» a que antes me he referido.

Una larga tradición sitúa dentro de este concreto contexto a las donaciones efectuadas a los hijos, pero a mi juicio éste no es el lugar apropiado de tratamiento, salvo para las liberalidades de uso globalmente consideradas, como elemento propio de la vida social de la familia y por ello carga familiar ordinaria, su carácter extraordinario las saca de este concreto ámbito, su lugar de estudio es el de la gestión conjunta del consorcio.

C) *Alimentos*

Los alimentos debidos por uno de los cónyuges reciben en el artículo 41.4.º Ca el tratamiento adecuado a la tradición jurídica propia de los regímenes económico-matrimoniales de tipo comunitario, si bien es cierto que la mayor parte de las regulaciones positivas de los mismos silencia su régimen jurídico, salvo para los debidos a los hijos de uno solo de los

(21) LACRUZ-SANCHO *Elementos...*, IV, pág. 293.

cónyuges. Tratados los derechos de éstos más arriba, me ocuparé aquí solamente de los debidos a los demás parientes acreedores a los mismos.

La Compilación del Derecho civil de Aragón sólo se ocupa de la deuda de alimentos cuando genera una responsabilidad con tratamiento especial y no como institución jurídico-familiar general, por lo que será aquí y a este concreto respecto aplicable la regulación del Código civil, en virtud de la remisión prevista en el artículo 1.2 de la Compilación (22). Es decir, la obligación de alimentos se regula por los artículos 142 a 152 del Código civil, en su redacción debida a la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

En aplicación de nuestro sistema de fuentes y su interpretación (23), estos artículos del Código civil en relación con el 41 Ca deben ser interpretados en la dirección y perspectiva que nos ofrece el régimen legal y el conjunto institucional del Derecho aragonés.

En este sentido, como ya he hecho notar antes, no constituye pago de deuda alimentaria los gastos que se derivan de las atenciones a los parientes convivientes en la *casa* que si vivieran fuera de ella serían acreedores por alimentos, pues en aquel caso nos encontramos ante el levantamiento de una carga familiar, ante una de «las atenciones legítimas de la familia» a que se refiere el artículo 41.1.º. El derecho de alimentos se genera en Aragón para las mismas personas y en idénticos supuestos contemplados en el Código civil, pero sólo cuando tales parientes no forman parte de la *Casa*, no integran el marco subjetivo de la economía familiar.

Esta y no otra es la razón de ser del tratamiento diferenciado de los alimentos en el marco de la regulación de la responsabilidad definitiva en el marco del artículo 41 Ca. El distinguir en materia de gastos por razón de la familia entre deudas consorciales y deudas privativas de uno solo de los cónyuges, sometidas a reintegro; aunque cuando unas y otras deudas se encuentren en el marco de la responsabilidad definitiva del consorcio específicamente fijado por la norma.

He dicho que la solución expresa aragonesa de introducir las deudas por alimentos a parientes dentro del ámbito de la responsabilidad definitiva del consorcio es la solución adecuada y tradicional de tratamiento de estos créditos en el seno de un régimen comunitario: se trata de una deuda personal del cónyuge pariente pero de responsabilidad definitiva del consorcio, sometida a reintegro si efectivamente es pagada con dinero común.

(22) Téngase en cuenta al respecto que el artículo 84, norma 4.ª, de la Compilación, más explícito que ningún otro de la Compilación en la materia, dispone: «La obligación de alimentos, con las condiciones y alcance con que las regula el Código Civil, se extiende para el viudo usufructuario a los descendientes no comunes del cónyuge pre-muerto »

(23) Ver en el tomo I de esta obra, págs 99 y sigs., el comentario de DELGADO ECHEVARRÍA al artículo I de la Compilación.

Es lógico que el pago de estas deudas se haga con dinero consorcial, porque todos los ingresos y frutos obtenidos por el cónyuge, en este caso, deudo personal (porque el régimen no tiene la virtud de transformar el parentesco) son consorciales (art. 37.2.º y 3.º Ca) y sería poco práctico, además ilógico, que se le obligase a pagar tales deudas con bienes privativos, pues ello sería tanto como descapitalizar al propio consorcio.

Al ser la deuda personal me parece que no hay duda de que el *quantum* del crédito alimentario deberá calcularse valorando las necesidades del alimentista y el patrimonio e ingresos del alimentante, no los del consorte de éste ni la cuantía de los comunes, creo que ni siquiera por el presunto porcentaje que al alimentante pudiera corresponderle en los mismos, pues la responsabilidad, aun definitiva, ampliada al consorcio no convierte a éste en deudor por propagación. Al consorcio le cumple con abonarlos ahora y esperar a la disolución de la comuniad para sobre el papel resarcirse.

Esta posición jurídica de neta separación entre deuda y responsabilidad definitiva en materia de deudas alimentarias llevó confundidamente a los legisladores aragoneses a tratar, dentro del contexto de este apartado 4.º, los alimentos de los hijos de uno solo de los cónyuges mayores de edad no convivientes, cuando lo más correcto, acaso, hubiera sido dedicar un apartado entero para la regulación de los alimentos a los hijos no comunes.

Ahora bien, y como ya he dicho, de esta división del tratamiento no se sigue que no estén sujetos a reintegro los alimentos prestados a un hijo menor de uno solo de los cónyuges que no conviva con éstos, pues cualquiera que fuera la intención de los enmendantes cuya versión prosperó en las Cortes de Aragón, el texto legal no contradice en ninguno de sus concretos términos la regla explícita de que el derecho de reintegro entre masas nace de todo lucro sin causa de una de las tres intervinientes respecto de otra u otras, y aquí es claro que la masa privativa del progenitor se lucra (por no disminución) sin causa, o mejor dicho, por causa totalmente ajena al régimen e injustamente respecto de su cónyuge por y en detrimento de la masa común.

III. ANÁLISIS DE LOS APARTADOS 2.º Y 3.º. DE LAS CARGAS USUFRUCTUARIAS

A) *Introducción*

El tratamiento y análisis conjunto de ambos apartados viene impuesto, en cierto modo, por una realidad práctica cual es la existencia de una

economía familiar única y por un principio de justicia conmutativa que se erige en razón de ser de estos apartados: si los frutos son por esencia, consustancial al régimen, bienes comunes, comunes igualmente deberán ser los gastos efectuados para la obtención de los mismos. No obstante, los supuestos de hecho en los que se fundamentan los dos párrafos, cuyo análisis pretendo efectuar, son más ricos y más problemáticos que la razón teleológica que acabo de exponer y que es la comúnmente esgrimida por la doctrina y la jurisprudencia.

Estos apartados 2.º y 3.º, observados desde la perspectiva funcional del régimen —la misma que tuvieron en cuenta los redactores de la Compilación al encararse con esta Sección 3.ª «pasivo de la comunidad»— responden a la necesidad primaria teórica y práctica de fijar el pasivo derivado de la gestión del conjunto patrimonial englobado en la economía familiar (consorcial más privativos) conforme al sentir del principio teleológico apuntado. Ahora bien, en la redacción de estos apartados se tuvieron los ojos puestos en la construcción de la responsabilidad definitiva de la masa consorcial y en los oportunos reintegros, cuando éstos procedan, y en el no menos importante dato técnico de la ausencia de personalidad jurídica por parte del consorcio. Es por ello por lo que cualesquiera que sean las matizaciones que efectúe la doctrina sobre la existencia de verdaderas deudas consorciales, en rigor técnico y lo que es más importante en el plano procesal: la comunidad no es deudora, lo son los cónyuges, o más precisamente, desde este último punto de vista, el cónyuge que efectivamente contrae la deuda.

Esta última razón es la que se hace evidente en la prudente separación por apartados efectuada por los legisladores, siguiendo la pauta del informe elaborado por el seminario, pues en tanto que el apartado 3.º se refiere exclusivamente a la gestión de los bienes privativos de cada cónyuge, el apartado 2.º acoge tanto a los intereses producidos por deudas contraídas en la gestión de la masa común o con finalidad consorcial, como a las puramente privativas de cada cónyuge, afectando unos y otros gastos a la responsabilidad definitiva del consorcio y siendo de cargo de éste.

B) *Intereses*

a) Examen del texto del apartado 2.º

La redacción nos pone de manifiesto dos aspectos sobre los que es preciso reflexionar para poder efectuar un correcto análisis del apartado que nos ocupa:

1.º La indistinción respecto de los créditos que originan el devengo de intereses, en radical y abierto contraste para con la responsabilidad en

materia de capital, para la que se establecen las distinciones recogidas en el apartado 5.º de este mismo artículo 41 Ca.

Esta aclaración de fondo ha sido redactada en respuesta directa a las dudas, cuestiones y casuística planteadas por la doctrina histórica, a las que ya he hecho mención, en su consecuencia son de responsabilidad y cargo del consorcio *todos los réditos e intereses* que se devengan constante el consorcio (24), cualquiera que sea la naturaleza de la deuda que los origine y, lo que es más definitorio del ámbito, del tiempo en que ésta se contrae.

2.º El calificativo *normales* que se predica para estos réditos e intereses, aspecto este último que a mí me produce una gran perplejidad que trataré de aclarar más adelante, en particular sobre si este adjetivo tiene una función puramente cualificativa de los intereses o si, como me temo, tiene un mayor alcance y sirve para indirectamente e incluso imprecisamente determinar no sólo el *quantum*, sino también la naturaleza y función de la propia deuda, para poder así fijar la privatividad de determinadas deudas de intereses, para las que no sería apropiado el término de «normales», en una acepción enteramente congruente con un sistema de economía familiar.

b) Tratamiento global de los intereses

La distinción en el tratamiento dentro de la responsabilidad definitiva del consorcio (art. 41.2.º Ca) entre aquellos intereses que proceden de deudas cuyo principal es de cargo del consorcio respecto de aquellos otros cuyo principal ha sido aplicado a la esfera de la actividad personal o patrimonial de uno solo de los cónyuges, sin prejuzgar si estos principales serán de cargo o no del consorcio conforme a la dinámica propia del apartado 5.º de este mismo artículo 41, como ya he apuntado, obedece (25) tanto al propósito puramente funcional de obviar las dificultades que podrían derivarse de la falta de personalidad del consorcio, por lo que técnica y procesalmente sólo es deudor quien efectivamente contrae la deuda, cuanto por la contemplación de la realidad estructural de que los patrimonios privativos *ex lege* (art. 37.2.º y 3.º Ca) carecen de rendimientos autónomos, pues éstos son siempre de naturaleza consorcial. Al respecto no podemos perder de vista que este artículo 41 no está pensado para

(24) La referencia que se hace en el texto al *matrimonio* constituye una concesión popularista impropia del rigor técnico que presidió la redacción de la Compilación.

(25) En este sentido es concorde la mejor doctrina desarrollada en torno a este concreto punto por LACRUZ, ALBALADE, etc.

declarar de forma manifiesta y directa cuales sean los débitos que deberán ser atendidos directa y definitivamente por la masa consorcial, sino el ámbito en el que se despliega la responsabilidad definitiva del consorcio respecto de tercero, con independencia de que la efectividad final de esta responsabilidad de lugar o no, según la naturaleza y destino de la carga, al correspondiente reintegro entre masas.

Es lógico que la doctrina tradicional prestase muy poca atención al abono de las deudas consorciales (principal más intereses), toda vez que de éstas aparecía como deudor único el marido como administrador y responsable también único de la masa común. El problema, si es que lo era, sólo se planteaba para con las actividades de la mujer y su masa privativa. Otra cosa es hoy, pues en el ámbito de la economía familiar en la que se dan gestiones patrimoniales enteramente separadas, en hipótesis, para los privativos y conjuntas o disjuntas, según los casos, para el ámbito que es propio del consorcio. No obstante, para el conjunto de las deudas comunes la utilidad del precepto es mínima, la derivada de señalar la responsabilidad definitiva y por tanto la posibilidad de designar por los acreedores bienes consorciales para el pago de intereses en vía de ejecución forzosa.

Donde el texto legal despliega toda su eficacia es en el terreno de las deudas privativas o en las discutiblemente consorciales, pues de él se deduce que los intereses *normales* son de cargo y de cuenta del consorcio, pues la hipótesis legislativa de trabajo parte de la consorcialidad bruta de los ingresos y rendimientos de la actividad profesional y de la fructificación de los privativos, y en su consecuencia de la consorcialidad no sólo de aquellos gastos necesarios para su obtención (a la que se dedica el apartado 3.º), sino también de aquellos gastos inherentes a la formación y conservación del capital privativo.

La idea motriz del sistema es dejar, en la medida de lo posible, intactos los bienes privativos del cónyuge que contrae, constante el consorcio, la deuda a través de la cual se obtendrán ingresos consorciales, por lo que es necesario admitir que parte, al menos, de los frutos y rendimientos se deben dedicar a tal finalidad. Aquí la indistinción del tratamiento debe entenderse exclusivamente respecto de la responsabilidad definitiva, es decir, frente a tercero, y no incondicionada respecto del pasivo propiamente dicho, entre los cónyuges, pues en algunos casos, los menos, debe dar lugar este abono de intereses al correspondiente reintegro al tiempo de la liquidación.

c) La calificación de *réditos e intereses normales*

Dar razón del alcance del calificativo *normal*, como he anticipado, resulta difícil, cuando menos complejo, pues este adjetivo del lenguaje popular resulta muy poco adecuado para la exégesis técnica del precepto, ya que para valorar de anormales los intereses excluibles de la responsabilidad consorcial definitiva, tanto puede acudirse a la acepción de desproporcionados (en su *quantum*) como a su contracción contraria, en sentido amplísimo, a los intereses de la economía familiar en conjunto con relación al tiempo y a las circunstancias propias del débito, así como a la naturaleza de la deuda o de la inversión.

A la vista de los materiales legislativos, la cuestión se hace progresivamente menos espinosa.

En primer lugar, hay que tener muy en cuenta que en el texto preparatorio e inicial del proyecto del seminario este adjetivo *normal*, que ha pasado al texto positivo en este apartado, se predicaba también de las atenciones a la familia, se hablaba literalmente de *atenciones normales de la familia*, se modificó en el apartado 1.º con el fin de que no diese lugar al equívoco de que pudiesen quedar excluidos los gastos extraordinarios, aunque fueran necesarios o convenientes (26). Es decir, se operaba con un paralelismo inicial que se quebró al no seguirse la misma técnica con el párrafo 2.º, en este caso concreto el valor de *normal* era, hasta cierto punto, equivalente al de *legítimo*: lo que quiere decir que no hay referencia explícita al *quantum* de los intereses propiamente hablando, sino una apelación a las esferas de actividad legítimas encomendadas a cada cónyuge, bien sea por lo acordado en capítulos, bien por las áreas de actividad que les asignan las normas generales del régimen.

En segundo lugar, el tratamiento de este apartado en el informe del seminario resultaba sumamente revelador para conocer el supuesto de hecho del que se partió para su redacción; este interés se mantiene incluso para cuestiones de puro matiz, y si bien centra la problemática general del precepto, a mi personal juicio, no la agota. En él se explicita lo siguiente:

(26) «... se da acogida a la fórmula *atenciones legítimas*, en vez de la de *atenciones normales*, como se hiciera en alguno de los proyectos anteriores estudiados en el seminario. Con la segunda, tal vez pudiera crearse que los gastos familiares extraordinarios, pero necesarios o convenientes, no era carga de la comunidad. Llegose a discutir, a este respecto, la necesidad de anteponer la preposición al hablar de la economía del hogar y de las personas de los cónyuges, para dar idea de que sólo eran deudas, a los efectos de este artículo, las atenciones *legítimas*. Se compensa así la supresión de las palabras *no abusivas*, referidas a las atenciones particulares de los cónyuges, que se incluyeron en un anteproyecto anterior al propio seminario: ahora, la legitimidad exigida, explícita e inequívocamente, viene a ser lo mismo». «Informe del seminario», pág. 109

«Los réditos e intereses normales devengados durante el matrimonio por las obligaciones de cada cónyuge y los alimentos legales debidos por ellos».

“Se discutió en las sesiones del seminario la oportunidad de incluir en este precepto las *pensiones*, acogiendo el punto de vista adoptado por la doctrina francesa, y salvando al propio tiempo el defecto de traducción en que incurrieron los redactores de nuestro Código civil general. A propuesta del director doctor Lacruz Berdejo, se acordó suprimir la alusión y añadir, en cambio, las obligaciones alimentarias legales, acogiendo en cuanto a éstas el espíritu de nuestros Fueros y Observancias y la técnica del *Codice civile* italiano vigente, por entender que es más justo el que tales obligaciones legales graven los bienes comunes. Lo primero tiende a eliminar del ámbito de este apartado precisamente a las rentas vitalicias, ya que cuando se trate, por ejemplo, de pensiones censales, evidentemente cabe su aplicación analógica, y no es preciso manifestarlo expresamente. En cambio, no parece justo que las pensiones de una renta vitalicia cuyo capital se adquirió antes del matrimonio y que no se hizo común se paguen con cargo a bienes comunes, por cuanto supondría un enriquecimiento injusto del cónyuge deudor, es decir, un enriquecimiento legal —y por ello difícilmente reclamable—, pero no equitativo. Suprimiendo las pensiones del ámbito de este precepto, la cuestión de las rentas vitalicias queda abandonada en principio a la doctrina; pero sin duda existen en el articulado del apéndice datos suficientes para hallar la solución justa. Al hablarse en este apartado de réditos e intereses *normales*, cabe deducir que las pensiones de renta vitalicia se pagarán con bienes comunes en aquella parte que equivalga a réditos e intereses normales de los bienes que constituyen el capital de la renta, debiendo abonar el cónyuge deudor el resto con cargo a sus bienes privativos. La misma conclusión habría de deducirse del apartado último de este artículo, ya que la deuda contraída por el marido o por la mujer redundaría en beneficio de la comunidad en tanto en cuanto le proporciona determinados ingresos, por lo cual en esa misma proporción debe ser común. Es cierto que el artículo “A” parece destinado a regular las deudas postmatrimoniales, pero aparte de que ello no se dice en el texto, hay que tener en cuenta que los vencimientos de las pensiones tienen lugar constante matrimonio” (27).»

En tercer lugar y para las actuales circunstancias del régimen, a mi modo de entender la cuestión, es necesario o, como mínimo, conveniente enjuiciar el término *normal* bajo las perspectivas que aportan al régimen la *presunción de muebles por sitios* del artículo 39 Ca y la autonomía de

(27) «Informe del seminario», págs. 109 y 110.

cada cónyuge en la gestión y disposición sobre sus bienes privativos, en el contexto de una economía familiar entendida globalmente, es decir, en un régimen comunitario con multigestión, pero en el que la *vis atractiva* de la masa común debe ser contrarrestada para asegurar la pervivencia de las masas privativas, como mínimo, en las mismas condiciones de producción en que se aportaron.

Por ello entiendo que no cabe mantener, aquí y ahora, la misma orientación restrictiva que se observa en la literalidad del informe del seminario. La interpretación que creo le cuadra está cercana a la literalidad del precepto; es decir, son de cuenta y cargo de la masa común no sólo los intereses y réditos abonados por deudas que traen causa del ejercicio de la profesión y de la explotación regular de los negocios (argumento *ex artículo 42 Ca*), sino también los derivados de operaciones financieras para la mejora e incremento de las masas patrimoniales privativas *siempre que con ello no se perjudique la buena marcha de la economía familiar o se dé lugar a un lucro sin causa en perjuicio de la masa consorcial o de la privativa del otro cónyuge*, en cuyo caso habrá lugar a los correspondientes reintegros.

No se trata de dar a la materia de cargo de intereses el mismo trato que el que reciben las deudas de capital, para cuya diferenciación no se presenta la menor duda, sino de ir un poco más allá en la vía de permitir un desarrollo de las masas privativas siempre que ello no suponga un grave detrimento de los ingresos ordinarios —debería hablarse de ingresos *normales*— del consorcio, es decir, también serán de cargo del consorcio los intereses generados por las deudas *ordinarias* privativas.

Soy consciente de que este matiz y orientación se avienen mal con la interpretación tradicional, asentada ésta en la contemplación de una economía rural y una apreciación del mundo que veía con malos ojos la actividad comercial, pero me parece que ésta es la corrección interpretativa que mejor se compadece con la introducción de la presunción de muebles por sitios de las empresas o explotaciones, las cuales requieren de crédito abierto para subsistir rentablemente para su titular y para el consorcio; para los vehículos y máquinas cuya renovación por obsolescencia física o económica es estrictamente necesaria; e incluso para mantener el *valor en cambio* de los títulos-valores a que se refiere el apartado 3.º del artículo 39 Ca. Se trata de una consecuencia necesaria para el régimen legal derivada del dinamismo de la economía actual muy alejada de la estabilidad clasista en que se concibió nuestro Derecho en la Baja Edad Media y se perfeccionó en los siglos XV y XVI, o del fisiocratismo con que se interpretó en el XVIII o se fraguó, ya en el XX, el retardatario apéndice foral.

El problema de la *renta vitalicia* ha sido una de las preocupaciones que más se han dejado sentir en los redactores de los estudios antecedentes a

la Compilación, precisamente por su complejidad y la difícil diferenciación entre pensión debida y renta producida por el capital transferido, además pesaba sobre la cuestión la predicada comunidad *ex lege* de los bienes muebles, con su contrapartida de ser también comunes las deudas de dinero, siendo preciso para el deslinde de tales cuestiones una rigurosa argumentación.

La solución predicable hoy fue anticipada por ALBALATE en su tesis doctoral, cuando afirma: «sería muy equitativo distinguir si con los frutos de tales bienes se alcanzaba a cubrir el importe de las pensiones, para, en otro caso, que sería el más frecuente, cargar sobre el cónyuge la responsabilidad de su abono, bien directamente, bien dando lugar a repetición por parte de la masa común. El sistema tal vez puede estimarse excesivamente complicado; mas no cabe negar que permite, mejor que ningún otro, conservar el equilibrio entre las masas» (28), pues es evidente que la dificultad en el cálculo de lo que deba imputarse a frutos debe obviarse por la aplicación de los tipos de interés medio del mercado y el de la pensión por las reglas del cálculo actuarial, dejando que el álea recaiga tanto en favor como en contra de la masa privativa del cónyuge contratante. Todos los demás sistemas pueden generar, como apuntó certeramente ALBALATE, serios desequilibrios entre la masa común y la privativa del cónyuge deudor de la pensión. El sistema no puede considerarse inadecuado para un régimen que cuenta con el sistema de reintegros como elemento esencial del mismo; otra cosa es que éstos rara vez se efectúen, cuando la disolución se debe a la muerte de uno de los cónyuges.

C) *Cargas usufructuarias*

a) *Introducción*

Es este apartado 3.º del artículo 41 Ca, junto con los contenidos básicos del apartado 1.º de este mismo artículo, el que está más entroncado con la tradición jurídica de los regímenes de signo comunitario, por ello es el que plantea menos perfiles problemáticos: se trata de que los gastos necesarios para su producción sean de cargo de aquella masa que hace suyos los rendimientos, así como aquellas inversiones necesarias (en algunos casos igualmente las convenientes) para que tales bienes se mantengan productivos en lo sucesivo.

El texto positivo, en forma no exenta de belleza, declara que son cargas de la comunidad: *Las atenciones de los bienes privativos propias de*

(28) G. ALBALATE *Op. et loc. cit.*, pág. 238.

un diligente usufructuario, es decir, se contemplan dos circunstancias para que tales gastos sean de cargo de la comunidad, que se trate de *atenciones*, palabra cuyo significado contextual es preciso desarrollar para medir su propio alcance, y que estas atenciones sean las que corresponden a un usufructuario que ejerce con diligencia sus deberes y derechos.

SANCHO-ARROYO, siguiendo en cierto modo los pasos de ALBALATE, advierte que se trata aquí de una remisión parcial a la disciplina del *usufructo*, si bien circunscrita a la extensión de la obligación para declararla consorcial (29); creo por mi parte que no puede dársele tal sentido al apartado 3.º del artículo 41 Ca, como veremos más adelante.

En el apartado que nos ocupa no podemos ver una remisión a un texto concreto, ni siquiera al conjunto de una institución: el usufructo, pues ni el propietario pleno de los bienes privativos puede verse reducido a la condición de un mero usufructuario, pues es éste quien tiene a su cargo la gestión total de los bienes propios; ni la comunidad usufructúa directa o indirectamente las masas privativas, se limita a hacer suyos los frutos. Se trata de trasplantar a otro contexto una figura paradigmática: la del usufructuario, pero en ningún modo su integral o parcial disciplina, tan sólo es aplicable el espíritu que anima la relación de derechos-deberes propia del usufructo, de una parte; en tanto que de otra, se está en presencia de una verdadera figura literaria, de un recurso retórico que permite servir vino nuevo en odres viejos, incardinándose en la tradición de los Fueros y de las Observancias, y de los comentarios de unos y otras, para plasmar una nueva figura generalizante y abstracta con un contenido real más amplio en lo material que el mantenido por los puntos de vista históricos que podrían servirnos de referencia, de ahí el término *diligente*. Se buscó una fórmula que, permitiendo excluir como carga consorcial (para este apartado al menos) aquellos gastos que estuvieran encaminados a transformar la forma y la sustancia de los privativos —la referencia al usufructo es, pues, mucho más conceptual que la normalmente sugerida—, resultara bastante más amplia que el restrictivo artículo 1.408.3.º del Código civil (derogado y no mucho más ampliamente sustituido por el vigente 1.362, causa 3.ª) y bastante menos confuso que el artículo 50 del apéndice, objetivo que fue satisfactoriamente alcanzado.

(29) Afirma este autor: «Pienso que también la Compilación es más rica que el CC al abordar la cuestión. No sólo por la expresa inclusión de los réditos e intereses de las deudas privativas, que parece de estricta justicia, sino por la forma de establecer el alcance de las atenciones que se deben prestar a los bienes privativos, asimilándolas a las propias de un diligente usufructuario. Queda así perfectamente establecido que serán de cargo de la comunidad las reparaciones ordinarias a que se refiere el artículo 500 del CC, así como las contribuciones y gravámenes de los frutos del artículo 504; quedando de cuenta del patrimonio privativo del dueño las reparaciones extraordinarias del artículo 501.» *Op. et loc. cit.*, pág. 470.

b) Ambito material de las cargas usufructuarias

Todos los ordenamientos reguladores de regímenes económico-matrimoniales comunitarios, con evidente unanimidad, admiten que son de cargo del pasivo común aquellos gastos que resultan necesarios (en algunos casos meramente convenientes) para la *regular explotación* de los bienes que integran las masas privativas y cuyos frutos o rendimientos se hacen por imperativo del sistema parte de la masa común, admitiendo una relación de efecto-causa de estricta y elemental justicia distributiva. Ahora bien, no se da esa misma concordancia de criterios en el momento de fijar, en concreto, qué gastos debe ser considerados cargas usufructuarias y, por tanto, de cargo y cuenta de la masa consorcial.

La clave histórica de esta divergencia de criterios reside en el grado de desconfianza (por cierto generalizada, alcanza en mayor o menor intensidad a todas las legislaciones) respecto de la consideración de qué tipo y clase de reparaciones constituyen mejora, una relación con un modelo de patrimonio agrícola y administrado exclusivamente por el marido (30). Estos parámetros propios de las estructuras social y económica del siglo XIX e incluso de la primera mitad del presente, se han venido manteniendo por pura inercia en la actualidad, pese al cambio radical de tales estructuras y de la equiparación (no siempre con la misma intensidad y grado) de marido y mujer en las funciones de dirección y administración del consorcio y del conjunto de la economía familiar; pese a ello ha pervivido una norma limitativa pensada para el supuesto de que el marido es administrador de los privativos de la mujer, haciendo recaer sobre esta masa las mejoras ordenadas por el marido.

La Compilación aragonesa optó por un criterio sanamente ampliativo (teniendo muy presente que en ella se reconocía a cada cónyuge capacidad plena para la gestión de sus bienes propios) y formuló el precepto en la forma más general posible, entendiendo los legisladores, con razón, que en esta concreta materia todo casuismo resulta siempre incompleto, mutable, limitativo y, en su consecuencia, estéril. Para tener plena conciencia de esta orientación basta con leer el párrafo correspondiente del informe

(30) GARCÍA-GOYENA, en su comentario al artículo 1.329.3.º del Proyecto de 1851, antecedente del artículo 1.406 —derogado— y en cierto modo del actual 1.362.3.ª, por el que se declara que «son de cargo de la sociedad legal. Los reparos menores o de conservación ejecutados durante el matrimonio en los bienes peculiares del marido o de la mujer. Los reparos mayores no son de cargo de la sociedad», siguiendo al *Code* afirma: «En efecto, el usufructuario está obligado a ellas, según el artículo 456, porque se consideran cargas de los frutos y éstos ceden aquí en beneficio de la sociedad. Por la misma razón, supuesto el régimen puramente dotal, estos gastos serán de cuenta del marido, que, según el artículo 1.276, tiene los derechos y obligaciones del usufructuario». *Concordancias* . . Ed. Zaragoza, 1974, pág. 716.

del seminario, en el que se dice: «En un principio, siguiendo fielmente el texto de algunos de nuestros clásicos, se propuso la fórmula de *“reparaciones ordinarias hechas durante el matrimonio en los bienes peculiares del marido o de la mujer, cuando los menoscabos procedan del uso o de caso fortuito”*. Pareció, sin embargo, más acertada una formulación más general. En el texto aprobado se estiman cargas de la comunidad los gastos que pagarían un usufructuario diligente; por consiguiente, no aquellos que estrictamente tiene que pagar todo usufructuario. Por ejemplo, los seguros son aquí carga usufructuaria y, sin embargo, nada obliga al usufructuario, en la regulación del usufructo en nuestro Código civil, a asegurar la cosa usufructuada, si bien caso de asegurarla tiene determinadas ventajas. No se trata en modo alguno de ver que es lo que obligatoriamente debe hacer un usufructuario, sino de ver si las deudas contraídas en atenciones de los bienes privativos son de las que pagaría el usufructuario diligente. Puede ocurrir que determinadas reparaciones no sean estrictamente obligatorias, y así tampoco tendrán los cónyuges obligación de realizarlas; pero, una vez hechas en bienes privativos, conforme al criterio sentado en este apartado, serán cargas de la comunidad» (31).

La generalidad de este específico tratamiento permite superar el modelo rural de PORTOLÉS, muy avanzado para su época, adaptándolo y ampliándolo a otros tipos de economía, pero aunque se puedan incluir las primas de seguro, por ejemplo, es evidente que deja enteramente en pie la vieja discusión respecto de la distinción entre reparaciones y mejoras.

Para plantearse en los debidos términos el problema de las reparaciones y de las mejoras es imprescindible tener muy en cuenta que, como advierte LACRUZ a propósito de los caracteres generales de la sociedad de gananciales (32), en el régimen se opera y se trata de *bienes determinados*, los que forman las respectivas masas, y no de los *valores* que éstos tengan o lleguen a tener en cualquier momento dado. En este sentido, no pueden reputarse de mejora, en modo alguno, los incrementos de valor que merezcan los bienes privativos como consecuencia de ser racional y correctamente explotados y mantenidos, pues ello es *consecuencia directa de la diligencia en las atenciones propias de su explotación*.

No sólo son incluíbles, a mi juicio, como carga usufructuaria, en materia rústica, los gastos destinados al laboreo ordinario (preparación de tierras, abonado, siembra, lucha contra plagas, recolección, almacenamiento e incluso transformación de los frutos, gastos de riego, tributos, defensa de derechos y cualesquiera impuestos que recaigan sobre estos bienes, por seguir el esquema fijado por PORTOLÉS), sino también los de

(31) «Informe del seminario», pág. 110.

(32) *Elementos de Derecho civil*, IV, Derecho de familia, pág. 397.

nivelación y mejora de sistemas de riego; o en materia de inmuebles urbanos, la reparación de cubiertas, renovación de conducciones de todo tipo, instalación de medios sanitarios y un largo etcétera siempre que no sean de carácter puramente suntuario, amén para ambos de las primas de los seguros de incendio, robo y responsabilidad civil frente a terceros.

El límite no se encuentra en estos gastos (reparaciones y renovaciones), pues para ellos se fija el *standard* legal de la persona diligente, es decir, cuidadosa por encima del usufructuario medio a que se refiere el artículo 500, párrafo segundo, del Código civil, no se trata de la recomposición de las cosas en la medida en que se deterioran por el uso, sino que alcanza hasta aquella medida que de aplicarse supondría una modificación de la forma y la sustancia de estos bienes: conversión de secano en regadío, de tierra de cereal en viñedo u otras plantaciones arbóreas, edificación de un solar o ampliación de alturas, para cuyo correcto tratamiento en materia de pasivo común se introduce el apartado 5.º en este mismo artículo, pues estos cambios deben ser tratados como verdaderas inversiones u operaciones de capital.

La apelación a la diligencia hace insostenible, a mi parecer, que para la admisión de tales cargas como comunes se haya de estar a lo dispuesto en los artículos 500 y siguientes del Código civil, que tiene como paradigma de usufructuario al buen padre de familia, es decir, aquel que cumple con sus obligaciones y paga los impuestos; hay que recordar, una vez más, que estamos en presencia de la actuación de propietarios plenos que quieren obtener de sus bienes el máximo rendimiento, aunque éste se haga enteramente consorcial, pero sin detrimento, más bien con aumento, del valor intrínseco de la cosa. Es cierto que las plusvalías de los privativos sólo benefician a su propietario, pero no lo es menos que su incremento de valor, sin intervención de circunstancias externas a su naturaleza y condición, beneficia inmediata y directamente al consorcio por la vía de mayores ingresos.

ANÁLISIS DEL APARTADO 5.º: DEUDAS BENEFICIOSAS Y GASTOS ÚTILES

A) *Introducción*

SANCHO-ARROYO afirma, a mi modo de ver, equivocadamente que «este precepto constituye una absoluta novedad en el Derecho aragonés, y supone la ruptura con el sistema seguido hasta la entrada en vigor de la Compilación» (33). Entiendo que se trata de una orientación novísima de

(33) SANCHO-ARROYO *Op. et loc. cit.*, pág. 474.

enfoque, pero en modo alguno de un precepto nuevo. Se trata, en parte, de generalizar una solución que se había pensado históricamente para sólo el marido, en sentido amplio, y en forma restrictiva para la mujer, a la vez que se fijan y concretan los supuestos de hecho a los que la regla resulta aplicable. Lo que sí son de todo punto nuevas para el Derecho aragonés son las perspectivas que la solución adoptada nos puede ofrecer en la práctica.

B) *Ambito general de aplicación del apartado 5.º*

No podemos perder de vista que en este apartado 5.º se disciplinan, como mínimo, dos esferas de actuación generadoras de potenciales cargas comunes, con responsabilidad definitiva *erga omnes* del consorcio. Ya que, de un lado, se refiere la norma a la gestión de bienes privativos y, de otra, a las posibilidades de actuación disjunta en la realización de actividades que tienen a la masa consorcial como marco de referencia o como objeto de actuación.

He escrito «como mínimo» porque de la interpretación a contrario de este apartado cabe deducir una tercera esfera de actuación, algo que por obvio no requirió de manifestación legal positiva, a juicio de los legisladores, cual es la responsabilidad de la masa común por las actuaciones conjuntas del marido y mujer en cualquier ámbito de la economía familiar.

Tampoco conviene dejar de lado que este texto fue pensado en una fase de nuestro Derecho civil en el que la administración de los bienes consorciales, mejor dicho la gestión en sentido amplio, correspondía al marido (34), suponiendo en aquel momento, abril de 1967, un enorme avance para fijar las bases de la equiparación entre marido y mujer en el marco de un régimen económico comunitario, ya que situaba en este punto al régimen aragonés por delante de su tradicional marco de referencia la *comunidad legal* francesa entonces recientemente modificada (1965).

Hoy bajo el signo de la más plena equiparación entre marido y mujer bajo un régimen integrado de economía familiar no cabe sino una interpretación abiertamente ampliativa del significado funcional de este apartado.

El informe del seminario, tantas veces traído a colación, con su acos-

(34) Art. 48. «1. El marido es el administrador de la comunidad. 2. La mujer participa en la administración con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar».

Art. 49. «1. El marido administrará los bienes privativos de la mujer, en tanto no se haya estipulado lo contrario o ella no recabe para sí la administración».

tumbrada precisión nos señala el ámbito inicial del precepto, cuando nos dice: «Con respecto a este género de obligaciones (las beneficiosas), se distinguen en el apartado que comentamos dos especies distintas: la constituida por aquellas que *de hecho* han redundado en beneficio común (extremo que habrá de probarse) y el de aquellas otras que, no habiendo dado lugar a tal provecho común, han sido contraídas en el ejercicio de actividades que, de suyo, objetivamente, son útiles a la comunidad. Los ejemplos están en la mente de todos» (35). O sea, los ámbitos iniciales sobre los que opera el apartado produciendo el efecto de ser las deudas generadas de cargo consorcial y de responsabilidad definitiva del consorcio son aquellas inversiones de capital que aplicadas por el cónyuge titular (el marido o la mujer) a sus bienes privativos generan de hecho un beneficio neto para la masa común o aquellas otras aplicadas, igualmente por cualquiera de los cónyuges, a las incumbencias comunes resultan útiles a esta misma masa patrimonial.

Es aquí la masa consorcial, en todo caso, la que se erige como punto de referencia objetivo y hace posible el nacimiento de una responsabilidad definitiva *erga omnes* de la misma, en todos los demás casos nos encontramos con la necesidad de aplicar la disciplina que es propia de los artículos 42 y 43 o bien del artículo 46 Ca.

C) *Deudas beneficiarias*

El primer inciso del apartado 5.º de este artículo 41, tal y como puso de manifiesto el informe del seminario, se refiere de modo preferente a aquellas inversiones que de hecho redundan en beneficio directo de la masa consorcial. Ahora bien, esta afirmación, a todas luces correcta, no resulta suficientemente ilustrativa de su potencial, aunque verdadero, alcance.

La naturaleza de la inversión, cuyo objeto material no puede ser otro que los bienes privativos o los medios profesionales, no debe ser de aquellas que sean calificables como carga usufructuaria —con independencia de que éstas den lugar indirectamente a incrementos de valor de los bienes privativos que reciban tales aportaciones—. Debe tratarse de una inversión dirigida de forma directa e inmediata a la transformación, mejora o reparación extraordinaria de determinados privativos que produzca, entre otros efectos económicos, un acrecentamiento mediano, directo y verificable (relación causa-efecto) de los ingresos de la masa consorcial proveniente precisamente de estos bienes; por ejemplo, los ingresos derivados de los alquileres de pisos construidos sobre solar privativo; los incrementos

(35) «Informe del seminario», cit., pág. 111

de producción de una finca transformada de secano en regadío; los derivados de una plantación arbórea en un baldío, es decir, todas aquellas transformaciones de bienes que, habiendo sido objeto de una extensísima y compleja, por lo analítica, literatura jurídica, no encontraban un adecuado tratamiento dentro del amplio contexto de las denominadas cargas usufructuarias, porque evidentemente no lo son.

El desde siempre difícil y delicado tratamiento en justicia de las accesiones en los regímenes comunitarios (36) queda resuelto, en el régimen legal aragonés y a mi modo de ver la cuestión, con el equilibrio interno que guardan entre sí, este inciso primero del artículo 41.5.º respecto de la doctrina general de los reintegros entre masas enunciada en el artículo 47.1.

Bajo esta orientación y tomando como punto de partida el supuesto de hecho más común, puede decirse que las inversiones de numerario consorcial efectuadas sobre bienes pertenecientes a la masa privativa de uno de los cónyuges, que presupongan, a la vez, un incremento del valor del bien objeto de la inversión y un incremento de los ingresos consorciales procedentes del mismo, están sujetas a reintegro en favor de la masa común, pero este reintegro no alcanzará, siempre y en todo caso, a la totalidad del incremento o a la totalidad del montante de la inversión efectuada en valor del tiempo de la liquidación, sino tan sólo en la medida residual del efectivo enriquecimiento de la masa privativa correspondiente, ya que debe correr a cargo y de cuenta de la masa consorcial aquella proporción de la inversión en que es cifrable el incremento porcentual de sus ingresos procedentes de este concreto bien, siempre que guarden la debida relación de causa-efecto respecto de la inversión efectuada.

Se objetará, no sin parte de razón, que esta lectura, resultante de la interpretación conjunta de los dos textos antes citados, complica sobremanera la aplicación de las normas de liquidación en materia de aplicación de reintegros; pero no es menos cierto que esta versión da una medida objetiva del lucro obtenido por la masa privativa que recibió la inversión. Además en el aspecto de técnica contable este procedimiento liquidatorio no resulta mucho más complejo que el de la doble valoración que se exige en la sociedad de gananciales en materia de construcción y mejoras de los artículos 1.359 y 1.360 del Código civil o el de la valoración del suelo en la derogada sucesión invertida.

El sistema apuntado tiene la ventaja esencial de adaptarse a los signos de la economía de nuestro tiempo amenazada constantemente por la en-

(36) No es aquí necesario citar, aunque tal vez sí conveniente hacer memoria de las ficticias soluciones adoptadas en diferentes momentos históricos de estas regímenes, en particular los diferentes tipos (total o porcentual) de accesión invertida.

demia de la inflación y la amenaza de la obsolescencia, pues nada hoy conserva su valor ni casi nada está concebido para durar.

El esquema operativo de las inversiones objetivamente beneficiosas, en su aspecto técnico-contable, obligaría a medir el diferencial de incremento de valor del bien respecto del crecimiento de los rendimientos proporcionados; lo que es posible aunque muchas veces puede resultar engorroso como objeto de prueba en juicio. Por ello entiendo que podría (tal vez, debería) introducirse, en esta materia un procedimiento habitual de la economía más elemental, cual es el admitir que de los rendimientos acrecidos y efectivamente percibidos por la masa consorcial, ésta debe considerar un porcentaje de los mismos con «tasa de amortización», lo que supondría que en el caso de producirse una liquidación de la comunidad, la masa privativa sólo es deudora por reintegro de la consorcial en la cantidad que reste por amortizar del nominal actualizado a que se elevó la inversión, pero sin intereses.

En esta línea de pensamiento podemos decir que una plantación o una renovación de utillaje, que no pueda calificarse de carga usufructuaria, debe ser valorada en términos de reintegro final por los años de vida media de las mismas, y en los casos de total transformación por las anualidades general y pacíficamente admitidas por las autoridades fiscales y judiciales para los balances de las empresas mercantiles. Soy consciente de que esta orientación requiere introducir en el ámbito del pensamiento jurídico una actitud más concorde con las orientaciones actuales del valor del dinero y de las situaciones de acreedor y deudor, pues el pensamiento actual de gran número de juristas en esta materia no sólo es anticuado y conservador, sino también potencialmente injusto para quienes intentan mejorar su patrimonio privativo sin detrimento del consorcial (37). El propio texto legal nos da la pauta a seguir, ya que califica de carga consorcial estas inversiones «en cuanto redunden en beneficio común», es decir, el requisito fáctico del beneficio o del acrecimiento de valor sirve al doble propósito de dar lugar a la responsabilidad definitiva del consorcio por la deuda beneficiosa y de fijar el *quantum* de la misma intermasas, no así respecto de terceros acreedores del consorcio por la inversión efectuada.

(37) Es ésta la actitud de SANCHEZ-ARROYO cuando afirma lo siguiente: «...una deuda, precisamente por serlo, difícilmente puede reportar *beneficio* por sí misma. La deuda es un *minus* y debe provocar, cuando sea satisfecha una disminución del activo. Por tanto, la norma debe entenderse en el sentido de que lo que habrá o no reportado utilidad no es, en realidad, la deuda sino la obligación de que dimana» (*op. et loc. cit.*, pág. 477); lo que es difícilmente sostenible en términos económicos actuales y desde luego analizando el texto que no contempla quien sea el acreedor, sino la responsabilidad de la masa común, muy bien la inversión puede ser de numerario privativo del propio cónyuge que efectúa la inversión.

Los acreedores pueden proceder contra la masa consorcial directamente en cuanto prueben que la inversión ha servido para incrementar los beneficios obtenidos por la masa consorcial, de lo contrario deberán considerarla como deuda privativa del cónyuge inversor.

Esta doble función del precepto aconseja, de *lege ferenda*, dedicar a esta importante y compleja materia un artículo separado y desgajado del contexto general de este artículo 41, pues como comprendió para su inmediato propósito e intuyó para el futuro el informe del seminario: «Tanto si han sido contraídas por el marido como si lo fueron por la mujer, es justo que los acreedores puedan ejecutar los bienes comunes y el cónyuge quede descargado de la deuda» (38).

Parece patente desde esta perspectiva que esta disposición (39), que si bien se concibió bajo el principio de corresponsabilidad de las cargas, se puede proyectar hoy en la más amplia y compleja problemática del equilibrio entre las masas, casi siempre insuficientemente reglado, y más concretamente en el de la corrección de la *vis atractiva* de la masa común que caracteriza como defecto general a todos los regímenes económico-matrimoniales de carácter comunitario.

C) *Las deudas contraídas en una actividad útil a la comunidad*

Este segundo inciso del apartado 5.º del artículo 41 Ca requiere de una aclaración de sus términos, como elemento previo de su análisis funcional, sobre todo teniendo en cuenta que sigue a otro supuesto de hecho —el anteriormente estudiado— que requiere para llegar a ser carga de la comunidad que la inversión a que se refiere resulte *beneficiosa* para la misma; lo que plantea un contraste, entre los dos aspectos componentes de la norma, verdaderamente rudo en una primera aproximación.

Las locuciones de *actividad útil* del texto legal o de *actividad objetivamente útil* del Anteproyecto aragonés provienen de un cultismo, que fue usual en el lenguaje del foro romano, los podemos encontrar repetidamente en el Digesto y en los discursos de Cicerón, entre otros textos y autores, con muy diversos significados respecto de los términos actuales castellanos, pero con idéntico valor signifiante de contexto: pueden servir para las actuales locuciones: actuación legal, actuación en interés de..., actividad

(38) «Informe del seminario», cit., pág. 110.

(39) No hay que perder de vista, al respecto, que este precepto nació en un régimen legal gobernado por el marido y por ello bajo el principio de corresponsabilidad de las cargas en defensa del patrimonio privativo de éste y del consorcial respecto de las inversiones efectuadas en los bienes privativos de la esposa.

necesaria, etc. (40) y podrían resumirse en torno a la frase «actividades legítimamente encomendadas». Es por ello por lo que puede afirmar LACRUZ con toda justeza: «El proyecto aragonés aclaraba que, aun sin beneficio común, bastaba que la deuda se contrajera ejercitando actividades *objetivamente* útiles al consorcio, y no parece que con la nueva redacción la interpretación deba ser diferente: no es preciso que la actividad haya producido real utilidad al común, sino que tendencialmente sea útil, aun cuando en el caso haya resultado perjudicial. Sería injusto que la condición común o privativa de las deudas contraídas dependiera azarosamente del resultado del asunto o de la operación en cuyo curso se contrajeron, y no de la intención y de la diligencia con que se emprendió: en definitiva, que si se gana las deudas fueran comunes, pero si se pierde fueran privativas, quedando el cónyuge deudor en posición semejante a la del clásico sastre de Campillo» (41), comentario que resulta todavía mas esclarecedor, si cabe, situándolo como lo hace su autor en conexión directa con el texto que para el artículo 42 Ca previó el Anteproyecto aragonés: «*Las deudas que un cónyuge contrae aparentemente en el ejercicio de las facultades legales de administración de los bienes comunes o de los suyos propios, en la explotación ordinaria de sus negocios o en el ejercicio corriente de su profesión, obligan siempre ante tercero a la masa común, salvo si...*»

Parece claro que el ámbito material de este inciso segundo, por complementariedad respecto del otro que compone el apartado que analizamos, queda referido a aquellas actividades para las que el régimen legal, en el marco actual de economía familiar de gestión conjunta y equiparación de los cónyuges, prevé una legitimación disjunta para la gestión de intereses comunes de carácter consorcial, es decir, el ámbito propio del precepto es coincidente con el que queda enmarcado por el artículo 48.2 Ca, al que sirve de contrapeso interno de su generalidad legitimadora.

El precepto viene a subrayar que la legitimación frente a terceros del citado artículo 48.2 genera, en todo caso, la responsabilidad de la masa común por deudas de gestión prevista en el artículo 42 de la misma, pero que tan sólo resultan ser cargas de la masa consorcial, sin derecho de reintegro en favor de ésta sobre la privativa del cónyuge deudor, aquellas actividades generadoras de débitos encasillables en el grupo genéricamente denominable de actividades objetivamente útiles al consorcio.

La estrechez de miras con que se recibieron por la Comisión de Codi-

(40) *Legem vobis utilem*: una ley que os favorece; *Nostrie utilitates*: nuestros intereses; *utiliter*: legalmente; *actio utilis*: acción adecuada; todos ellos tomados de Cicerón.

(41) LACRUZ: «El Derecho de familia en la nueva Compilación aragonesa», *ADC*, octubre-diciembre 1967, pág. 742.

ficación algunos textos del Anteproyecto aragonés, entre otros el artículo 42 (hoy derogado y sustituido), hizo que el alcance del inciso que nos ocupa quedase, en la práctica, alicorto e incluso un tanto desvaído en el contexto del propio artículo 41, porque aunque cumpliese con su función primaria de «favorecer la solvencia de los cónyuges» (42), no lo hizo en la amplitud deseada por los autores del mismo, sino en la dirección predeterminada por la redacción claramente restrictiva para la mujer del citado artículo 42 (43).

Hoy el precepto se abre hacia una *tácita*, pero no por ello menos evidente y viva en la nueva redacción del régimen legal, *gestión disjunta* de aquellas incumbencias que son de interés común (que no es preciso ni conveniente ni aun posible enumerar detalladamente), que o bien quedan a la exclusiva atención de uno de los cónyuges, o bien se gestionan de forma indistinta por cualquiera de ellos; con él quedan despejadas muchas dudas sobre la legitimidad del endeudamiento y la responsabilidad primera de los bienes consorciales, ello hasta tal punto que, a mi personal modo de entender el precepto y ampliando los criterios básicos del informe del seminario, tan sólo quedan excluidos de la acción del precepto las deudas derivadas de actos de extraordinaria administración y los de obtención de crédito con garantía real, todo ello sobre bienes inmuebles, que requieren para ser de cargo y responsabilidad común directa la actuación conjunta de ambos cónyuges o la autorización expresa del cónyuge no actuante.

RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS DE GESTION

Artículo 42. *Cada cónyuge, en el ejercicio de sus facultades legales de administración, así como en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión, obliga siempre, frente a terceros de buena fe, a los bienes comunes.*

(42) LACRUZ *Op. et loc. cit.*, pág. 742.

(43) La Comisión de Codificación no tuvo en cuenta suficientemente los poderes naturales que venía desempeñando la mujer en el mundo rural, precisamente para el que estaba fundamentalmente pensado el régimen legal. No es preciso ser sociólogo para comprender que en el medio rural solían y suelen competir a la esposa las tareas de información y relación (incluso la jurídica) que tradicionalmente se reservaban al marido en el medio urbano (ella pagaba los impuestos, la alfarda o riego, los seguros, cobraba los frutos e incluso pedía adelantos sobre la cosecha, medida habitual del límite del crédito sin garantías reales a que tenían acceso los campesinos), porque ella, en el sentido material del término, era urbana, salvo en los momentos de recolección.

A) *Significado y función del precepto*

Con este precepto la Compilación aragonesa introdujo no sólo en su propio Derecho, sino en todo el conjunto patrio, la importante distinción entre *responsabilidad definitiva*: aquella que pesa directamente sobre el patrimonio consorcial porque las deudas son, en principio, comunes; y la *responsabilidad provisional*: la que sujeta a responsabilidad frente a terceros a la masa común, con independencia de que en la relación interna entre cónyuges deba, en última instancia, hacerse cargo del débito una de las masas privativas por la vía del reintegro, si se demuestra que el correspondiente débito no tenía el carácter de carga consorcial.

La responsabilidad provisional está pensada y concebida para favorecer el tráfico. Por ello beneficia a los terceros acreedores que contratan en las circunstancias legalmente previstas con uno solo de los cónyuges y ven abierta, para el caso de incumplimiento, la posibilidad de embargar, además de los bienes privativos del cónyuge contratante, los de titularidad consorcial; correlativamente, los cónyuges ven incrementada su solvencia externa con lo que se favorecen sus disponibilidades en el tráfico y el crédito para el ejercicio de sus respectivas profesiones y funciones, quedando, como decía antes, para la relación interna en exclusiva las repercusiones patrimoniales últimas que deban seguirse para cada una de las masas que integran un régimen de naturaleza y estructura comunitaria.

En más de un sentido, el contenido de este artículo 42 Ca (incluso en su redacción de 1967), en sus aspectos material y funcional, constituyó, para su tiempo, un positivo avance para la concepción de la gestión (ésta sólo trasciende en la medida en que la actuación de cada uno de los cónyuges genera responsabilidades patrimoniales) de un régimen económico-matrimonial comunitario. Ya que, de una parte y aunque el retoque formal del precepto por la Comisión de Codificación refiriéndolo a las normas de gestión marital del consorcio parecían reducirlo, equiparó a los cónyuges, en la práctica, en la capacidad de generar pasivo, mucho antes de que la igualdad formal de éstos constituyera un postulado constitucional, lo que posibilitó que el ejercicio de la gestión y disposición de los bienes propios de la mujer por ella misma fuera una realidad y no una mera declaración de principios, así como su verdadera independencia profesional respecto del marido.

De otra parte, el enunciado del artículo 42 generalizó (hasta el punto de prescindir aparentemente de la declaración) la presunción de buena administración, en interés de la economía familiar, de las actuaciones gestoras de cada uno de los cónyuges, sin necesidad de tener que acudir a la interpretación analógica extensiva, frente a la tradicional declaración formal de la presunción tan sólo en favor del marido.

Por último y para la estructura del régimen legal surgida de la reforma de 1985, este artículo 42 Ca, puesto en relación con los artículos 41.5, inciso segundo, 48.2 y 51 de la misma, posibilita en la práctica un amplísimo campo de gestión consorcial en la que es posible la actuación disjunta de los cónyuges, modelo que, a mi juicio, más le cuadra al régimen legal aragonés, aunque la valoración de las circunstancias sociales al tiempo de la reforma aconsejasen no hacerlo explícito e incluso enmascararlo en la adopción formal del *principio de gestión conjunta*, pero de marcado carácter residual y subsidiario, en defecto o duda sobre la legitimación individualizada para uno de los cónyuges y para una concreta gestión.

Todos estos extremos se hacían mucho más patentes en la redacción que para este precepto propuso el seminario que en la que alcanzó el rango de norma (incluso en la versión actual reformada en 1985), ya que en aquélla se decía: «*Artículo B. Responsabilidad por deudas de gestión.—Las deudas que contrae un cónyuge aparentemente en el ejercicio de las facultades legales de administración de los bienes comunes o los suyos propios, la explotación ordinaria de sus negocios o el ejercicio corriente de su profesión, obligan siempre, ante tercero, a la masa común, salvo si el tercero conoció o debió conocer que la deuda se contrajo con intención de perjudicar a la comunidad o con grave descuido de los intereses de ésta*» (44). Esta redacción hacía explícitos todos los requisitos, que en el texto finalmente adoptado son en gran parte implícitos (45), para que haya lugar a la responsabilidad del consorcio por actuación de uno de los cónyuges más allá del marco específicamente señalado en el artículo 41 Ca, pues como manifiesta LACRUZ: «la redacción inicial no necesitaba de auxilio para su entendimiento, aunque gramaticalmente resulte menos elegante. En todo caso, lo cierto es que, a efectos normativos, no existe diferencia entre una y otra fórmulas» (46).

B) *Ámbito material del precepto*

El ámbito material del precepto es el de *la responsabilidad por deudas de gestión*, ahora bien, ese ámbito no se extiende a toda la gestión privada

(44) «Informe del seminario», Parte enunciativa.

(45) Art. 42. 1. El marido, en el ejercicio de sus facultades legales de administración, así como en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión, obliga siempre, frente a tercero de buena fe, a los bienes comunes.

Igual responsabilidad alcanza a los bienes comunes por gestión de la mujer que ejerza industria, comercio o profesión, o legalmente administre.

(46) LACRUZ «El Derecho de familia en la nueva Compilación aragonesa», *ADC*, octubre-diciembre 1967, pág. 743.

o a toda la consorcial ejercida por cualquiera de los cónyuges, se circunscribe precisamente a la tipificada y cualificada por la norma.

Las notas resaltadas en la redacción del precepto no constituyen, en modo alguno, una enumeración ejemplificativa, se trata de elementos específicamente enunciativos del alcance del precepto. El tercer acreedor por relación con uno de los cónyuges, para tener acción frente a los bienes consorciales en su conjunto, requiere que el negocio, que da lugar a la ejecución, se haya desarrollado dentro de los límites de las facultades de actuación sobre los bienes comunes que la norma reconoce para cada cónyuge aisladamente (en principio, los recogidos típicamente en el art. 48.2 Ca) o en el desempeño habitual de su profesión, arte u oficio, amén de no tener conocimiento de que el marco de actuación del cónyuge cocontratante ha sido restringido respecto del legal por convenio entre cónyuges o que el fin perseguido por el cónyuge es el de perjudicar al consorcio o se observa, en este último, una patente despreocupación, pues en estos casos el cónyuge no contratante puede impedir el embargo directo de los consorciales considerados en globo.

Como advirtiera LACRUZ, estamos en presencia de una buena fe del acreedor cualitativa, no basada en la mera ignorancia de una convención restrictiva, se requiere de una buena fe significativamente diligente, *activa*, «abarcando también el deber de conocer las circunstancias, aunque de hecho, crasamente, se ignorase», que es perfectamente exigible en quien sabe que contrata con una persona que responde con su patrimonio, acaso propio, pero también con otro que, al menos en parte, le es ajeno (47).

No tiene que conocer el acreedor el contenido individualizado de las facultades propias de cada cónyuge, su debida diligencia se limita a ser consciente de que su cocontratante no se sale del marco legalmente establecido para la generalidad o de la normalidad en el ejercicio de su amplia esfera privativa. «Nótese que se habla, en un caso, de la gestión *legal*, por lo cual sólo la que se contenga en los límites señalados por la ley podrá obligar a la comunidad: esto supone una referencia encubierta a los preceptos que tratan de la administración de los bienes comunes... Se habla asimismo de explotación *ordinaria*: no se quiso decir *legal* precisamente para no comprender entre las deudas comunes las multas y sanciones que pudieran surgir llevando normalmente, es decir, con una diligencia media y con un respeto medio a la ley, en la forma corriente y según se practica por la mayoría una explotación agrícola, ganadera, industrial o mercantil; lo mismo podría decirse del ejercicio de una profesión» (48).

Los requisitos, limitativos en cierto modo, para el nacimiento de un

(47) LACRUZ *Op. et loc. cit.*, pág. 743.

(48) «Informe del seminario», págs. 111 y 112.

derecho frente a la masa común actúan de contrapeso y de estabilizador de la función de la norma, ya que por ella se amplía la solvencia del cónyuge contratante, lo que opera en favor directo de sus acreedores.

Con idéntica visión del problema se regulan en el Código civil belga algunas limitaciones para los acreedores en aquellos casos en los que no se dan los requisitos exigidos para que la deuda sea de responsabilidad consorcial, a este respecto en el artículo 1.411 se dispone: *Le paiement des dettes provenant de l'exercice par un des époux d'une profession qui lui a été interdite par application del article 216* (aquellas que de ejercerse por uno de los cónyuges dan lugar a la modificación previa convencional o por resolución judicial del régimen económico-matrimonial legal, por afectar a intereses morales o materiales del otro) *ou d'actes que l'un des époux ne pourvail accomplir sens le concours de son conjoint ou l'autorisation de justice, ne peut être poursuivi sur le patrimoine commun que dans la mesure du profit qu'il a tiré de cette activité ou de ces actes. La preuve du profit, qui incombe au créancier, peut être faite par toutes voies de droit, témoignages et présomptions compris.*

Esta regulación puede servir para ilustrar, hasta cierto punto, la posibilidad de una aplicación negativa de este artículo 42 Ca, cuando en la relación crediticia no concurre alguno de los elementos objetivos previstos en el mismo, pues a estas deudas no podría, en buen criterio, aplicárseles, sin más, la disciplina que es propia de las deudas privativas, ya que la mala fe del acreedor debe ser aquí objeto de sanción civil, consistente en la limitación de la responsabilidad de la masa común al efectivo provecho que para ella supuso el negocio de que se trate.

a) Actuaciones comprendidas (49)

El ámbito que le es propio a la responsabilidad privisional de la masa común no se genera extramuros del que hemos predicado como también propio de la responsabilidad definitiva —en nuestro caso fuera del contenido material previsto en el artículo 41 Ca como cargas consorciales, pues

(49) [La progresiva acefalia que se ha venido generando en las relaciones familiares internas y la decidida orientación de las normas hacia un modelo de gobierno diárquico para el matrimonio, manteniendo, a su vez, contra la lógica más elementos los regímenes comunitarios o recreándolos, como en el caso de Italia, exigía literalmente desmontar, en materia patrimonial, toda la estructura de gestión-responsabilidad que se basaba fundamentalmente en la presunción de buena administración en favor del marido, único gestor de la comunidad y para quien se predicaba una especie de inconcreto señorío pleno sobre los bienes comunes. Esta orientación si se quiere atenuada se daba en Aragón con el Apéndice y de alguna manera mucho más matizada en la Compilación de 1967.

la provisional se genera también dentro del ámbito genérico de los supuestos que, de ordinario, dan lugar al nacimiento de deudas comunes; pero para establecer esta diferenciación entrambas responsabilidades, muy sutil en la práctica jurídica, el legislador procede por la vía del desplazamiento de los cónyuges del primer plano de la relación para situar en él al acreedor. Opera con la técnica que es propia de la presencia de un tercero a la relación interna y, por tanto, ajeno al específico juego de afecciones que rigen en una comunidad concreta y en sus individualizadas especialidades en materia de gestión; es por ello por lo que la conexión requerida por la norma no discurre por el terreno de lo efectivo y real, sino por el de la *apariencia* como preveía el texto del Anteproyecto aragonés, con inusual precisión en la redacción de las normas.

La generalidad de la fórmula de fijación de la responsabilidad provisional adoptada en el artículo 42 Ca —mucho mejor en el Anteproyecto— es paradigmática al respecto. El campo material de esta responsabilidad no suele estar integrado por otros negocios y asuntos que los también ampliamente contenidos en los apartados 1.º, 3.º y 5.º del artículo 41, sin necesidad, por parte del acreedor, de conocer si tales cargos y deudas deben ser, en la liquidación definitiva, de cargo del consorcio o no, le basta con *saber* que, en el terreno de los principios, suelen serlo para la generalidad conforme a la medida legal o normal, según los casos, del tipo específico de gestión de que se trate.

Esta formulación genérica del artículo 42 tiene, sin duda, ventaja sobre aquellos preceptos que propenden a la descripción por casos de responsabilidad —como ocurre con el artículo 1.367 Cc, para la sociedad de ganancias—. Si la finalidad última de la introducción de la responsabilidad provisional en los regímenes comunitarios es la de ampliar la solvencia del cónyuge que, sin su consorte, contrata con un tercero, declarando la norma afectos los bienes comunes al efectivo cumplimiento de las obligaciones contraídas; los preceptos que la crean deben tener una interpretación restrictiva compensatoria de la ampliación misma, pues con ella se invaden, en principio, intereses ajenos en potencia —los del cónyuge no

El tratamiento *more geometrico*, verdadera obsesión de un pretendido racionalismo jurídico que seguimos en cierto modo padeciendo, de un régimen económico-matrimonial comunitario que se encaminó primero hacia una progresiva equiparación y después se reconstruye sobre la base de la declarada igualdad entre marido y mujer «demandaba» la exigencia de una actuación conjunta de los cónyuges o la expresamente delegada de uno de ellos en el otro para obligar a los bienes comunes, pero ello, como a nadie avisado escapa, es contrario a la más elemental exigencia de una actuación económica racional, con el resultado de paralizar en la práctica todo posible tráfico, ajustado a la norma, realizado por los esposos bajo régimen comunitario, por ello se buscaron soluciones alternativas, más o menos rigurosas, que paliasen los efectos directos del principio mantenido de la gestión conjunta sobre los bienes comunes.]

contratante o simplemente no obligado— que también demandan la protección del ordenamiento jurídico.

Así, en el caso del artículo 1.367 Cc, para la sociedad de gananciales, los supuestos en que se abre la responsabilidad provisional de la masa común, por la actuación aislada de uno de los cónyuges, están tasados, sin posibilidad de ser considerados por el intérprete como una relación meramente ejemplificativa; en tanto que en este artículo 42 tan sólo puede entenderse que lo que acota la norma son ámbitos de legitimación del cónyuge interviniente, en tanto no los traspase se genera responsabilidad provisional de la masa consorcial de forma automática.

Aunque en la aplicación práctica de ambos preceptos las diferencias serán mínimas, por cuanto se refiere a los negocios generadores de tal responsabilidad, éstas se agrandan de forma considerable cuando se analiza el aspecto procesal de la carga de la prueba que pesa sobre el acreedor ante la oposición al embargo de bienes comunes por el cónyuge no obligado, ya que no es lo mismo probar la finalidad negocio causante de la deuda —lo que se requiere en la sociedad de gananciales— que demostrar una apariencia a través de fijar en juicio que el cónyuge contratante se desenvolvía dentro del ámbito que es legal o habitual, según los casos, para el negocio de que se trate y para la generalidad de los casados aragoneses con régimen legal. Ya que como puso de manifiesto certeramente el informe del seminario, tantas veces citado, «el artículo B del Proyecto (que ha sido transcrito más arriba) enumera determinadas actividades que se presumen útiles para la comunidad». *A contrario*, se deduce que en las restantes habrá que demostrar esa utilidad, no el *beneficio*. En suma, *la presunción abarca a la gestión de bienes y el ejercicio de la profesión o negocio*, es decir, *a las actividades normalmente lucrativas de los cónyuges* (50).

El ejercicio de la actividad mercantil por uno de los cónyuges, una de las limitaciones históricas de la capacidad de la mujer casada, no plantea hoy más especialidad que la de alumbrar una adicional limitación para la responsabilidad provisional del consorcio. Bien es verdad que los artículos 6 a 12 del Código de Comercio, producto de la reforma de 1975, tenían y tienen como horizonte intelectual de aplicación a la sociedad de gananciales y no el marco específico de los restantes regímenes comunitarios españoles, pero, ello no obstante, es igualmente cierto que tales preceptos no plantean dificultades de aplicación en el contexto de estos regímenes.

El Código de Comercio parte del supuesto realista de que la masa común de todos ellos por su carencia de personalidad no puede ser comerciante en ningún caso, otra cosa bien diferente es que el comercio se funde

(50) «Informe del seminario», cit., pág. 114.

con fondos comunes, pese a la inversión de bienes comunes no hay posibilidad teórica de plantearse un ejercicio consorcial del comercio, aunque ambos cónyuges sean comerciantes, lo serán siempre a título personal, por lo que la amplitud de la responsabilidad prevista en el artículo 6 CCo queda inalterada en su sustancia; el ejercicio profesional y la gestión de negocios a que se refiere el artículo 42 Ca no son los de naturaleza comercial aunque impliquen actos de comercio aislados.

b) La presunción de obrar en interés del consorcio

En el régimen legal histórico dirigido por el marido, éste gozaba de la amplísima presunción de que las deudas se contraían en beneficio común, salvo prueba en contrario (art. 50, párrafo tercero, del Apéndice foral); en contrapartida, estas deudas no afectaban a los sitios privativos de la mujer ni a la mitad de los consorciales que le pertenecían; en el actual régimen dual de plena equiparación de los cónyuges, la presunción, pese a no estar explicitada en el texto legal, no ha desaparecido totalmente, más bien se ha hecho extensiva a las actuaciones generadoras de deudas por parte de ambos cónyuges, lo que sí ha cambiado profundamente es su extensión material, pues sólo quedan afectas a ella las actividades regladas, como vengo diciendo.

De esta forma, en la nueva regulación no es preciso tampoco demostrar que de la actividad generadora de la deuda se ha seguido un beneficio para el consorcio, pues la utilidad de aquella se presume, pero sí es preciso que se haya desarrollado dentro de una esfera determinada por *standard* y dentro de una específica legitimación; sólo entonces se presume que las deudas se han contraído en interés del consorcio y responde el activo consorcial, no por la mitad según el modelo histórico, sino en su integridad.

c) La posición del tercero acreedor: la buena fe

LACRUZ dejó bien establecido, y hoy es aceptado por la totalidad de la doctrina, que el artículo 42 se escribió pensando en la tutela del tercero que contrató con el cónyuge fiado en la apariencia, ampliando el ámbito patrimonial histórico de la responsabilidad provisional, por lo que la buena fe exigible debe ser activa, abarcando el deber de conocer las circunstancias.

Se dan aquí dos planos diferentes en el tratamiento de la buena fe del tercero al consorcio, que en la redacción oficialmente aprobada quedan

oscurecidos, mas no por ello hay que pensar que han desaparecido, y que eran patentes en la redacción del Anteproyecto aragonés.

Para uno de estos planos, tal vez el más importante, se da implícito un deber de cooperación en el acreedor, por lo que la carga de la prueba se desplaza hacia él, por ello LACRUZ denomina esta buena fe *activa*; para el otro, el contenido de la buena fe coincide plenamente con el que es propio del principio general del ejercicio de derecho en nuestro sistema jurídico, consistente en el desconocimiento de que la deuda se contrajo por el cónyuge contratante con el propósito de perjudicar a la comunidad o con descuido tal, por parte de éste, que debió ser patente para el tercero; correspondiendo la prueba de esta mala fe a quien la alegue.

Para poder examinar con el debido fundamento los especiales perfiles que presenta, en este artículo 42, la alusión expresa a la buena fe me parece conveniente, más bien necesario, hacer mención, aunque sea de forma sucinta, de la posición en la relación crediticia del denominado aquí *tercero*.

La denominación de tercero que se le da al acreedor de uno de los cónyuges, porque evidente lo es si tomamos, como lo hace la norma, la referencia específica de las relaciones económicas consorciales o internas de la economía familiar, no lo convierte en un sujeto al que el ordenamiento deba proporcionarle una especial protección, por su posición de alienidad respecto del consorcio. La posición de los acreedores es sencillamente especial, derivada de que el ordenamiento quiere potenciar la solvencia de los cónyuges y, en lógica contrapartida, los acreedores ven mejorada su posición con una ampliación de la responsabilidad patrimonial del deudor, para un determinado ámbito negocial, si bien bajo precisas circunstancias.

Esta posición favorece a ambas partes contratantes: el cónyuge por el incremento de su solvencia; el acreedor ampliando sus posibilidades de hacer efectiva la deuda en el caso de tener que acudir a la ejecución forzosa.

Ahora bien, estos acrecimientos de la solvencia-responsabilidad que operan ex artículo 42 no son automáticos, pese al tenor actual del precepto. No todo aquel que está en posición de acreedor respecto de un casado, bajo el régimen legal aragonés, tiene como garantía de su crédito la entera masa consorcial, para que ello se produzca tiene que contratar con lo que LACRUZ ha denominado, y tras él toda la doctrina foralista, *buena fe activa*, es decir, con un grado de diligencia media que le lleve al conocimiento de que la actividad del cónyuge contratante se desarrolla dentro de la *legitimación legal* para cubrir las atenciones de la familia y la administración de los consorciales o tales operaciones son las propias, *normales* según el texto legal, de la gestión de sus negocios o del ejercicio de su profesión. O dicho *a contrario*, el acreedor que no puede probar este

mínimo de diligencia, realmente lo es, pero que ha contratado con una buena fe *standard* —no cabe hablar propiamente de mala fe en ausencia de la buena fe activa—, puede ver como prospera la oposición del cónyuge no contratante al embargo de los consorciales si éste excede de la mitad de los mismos, pues por su conducta, o mejor por su falta de diligencia, se sitúa este acreedor en la posición que corresponde a los acreedores privativos de uno de los cónyuges, es decir, la prevista en el artículo 46.1 Ca, que examinaremos más adelante.

El segundo plano de la buena fe requerida al denominado tercero, a la que ya he hecho referencia, se desarrolla en la dimensión habitual de ésta, se requiere, en su manifestación mínima, que el acreedor ignore que el cónyuge deudor actuaba con dolo —con intención de perjudicar a la comunidad, en expresión del Anteproyecto aragonés— o con culpa grave —según el mismo texto—, es decir, con grave descuido de los intereses de la comunidad.

La contravención de esta *buene fe ordinaria*, no cualificada, que podríamos, por contraposición con la otra versión, llamar *pasiva*, entiendo puede dar lugar a la oposición del cónyuge no deudor al pago con bienes consorciales o al embargo de los mismos, salvo en la medida de lo efectivamente lucrado por esta masa, en el negocio de que se trate.

No puede haber lugar a instar la nulidad o la anulabilidad del contrato afectado por este vicio por carecer el consorcio de personalidad y no ser parte en el contrato; el cónyuge que puede oponerse, precisamente el no contratante, si bien en el caso en que probase la existencia de un *consilium fraudis* entre acreedor y cónyuge deudor, el no deudor podría instar la reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, si se siguió daño para su patrimonio o incluso para su nivel de solvencia.

Es éste, no obstante, uno de esos puntos en los que la defensa de los intereses del cónyuge, verdadero tercero en la relación crédito-deuda, no está suficiente garantizada; es más, creo se trata de un tema irresuelto por haberse mantenido una regulación que era propia del sistema en el que el marido era el único gestor de los intereses consorciales e incluso de los privativos de la esposa, éste es un problema general de los regímenes comunitarios y desgraciadamente el aragonés no constituye una excepción a la regla.

RESPONSABILIDAD POR DEUDAS COMUNES

Artículo 43. 1. Los cónyuges, en defecto de bienes comunes, responden solidariamente por las deudas enunciadas en el apartado 1.º del artículo 41, si bien en la relación interna contribuirá cada uno por la mitad.

2. En igual supuesto responde cada cónyuge por las restantes deudas comunes que contrajo; pero podrá repetir del otro la mitad de lo pagado si demuestra que la deuda redundó, efectivamente, en utilidad común.

A) Estructura del precepto

El propio epígrafe del precepto —que constituye materia legislativa propiamente dicha, pues no se trata de una mera *addenda* doctrinal para facilitar su lectura e interpretación, sino de un texto interpretativo aprobado por el legislativo formalmente— nos aclara una cuestión capital, que su disciplina material abarca exclusivamente a las deudas comunes y que lo hace desde la perspectiva propia de la responsabilidad personal (51).

O sea, se disciplina la posición y alcance de la responsabilidad de los cónyuges por *deudas comunes*: las del artículo 41 Ca, con un tratamiento bien diferenciado en sus efectos y naturaleza de la responsabilidad personal (las del apartado 1.º respecto de las generadas en los demás supuestos contemplados en los restantes apartados), pero siempre bajo una misma circunstancia: en defecto de bienes comunes.

La separación del precepto en dos párrafos obedece a la plasmación de la idea, dominante en el seminario en que se fraguó el Anteproyecto (52), de separar lo más netamente posible las que podemos denominar *cargas familiares* de las restantes deudas comunes, pues como se expone en el informe: «Podría hablarse de *deudas comunes privilegiadas* y de *deudas comunes simples*. Las primeras, que suponen un beneficio directo para la familia y por eso afectan tan decididamente al patrimonio del otro cónyu-

(51) Creo al respecto que SANCHO-ARROYO, en su comentario de este artículo, no acierta a ver la verdadera dimensión de este artículo 43, cuando en el mismo PLANTEAMIENTO de su escrito afirma: «El artículo ahora comentado tiene un contenido complejo. Por una parte, establece la forma de contribuir al pago de una deudas de muy especial naturaleza, tanto que su normación excede de lo que es estrictamente el marco de la comunidad conyugal; por otra, plantea la cuestión de la cuantía de la contribución de cada cónyuge y determina las facultades de repetición y, por otra, sienta el principio de la responsabilidad privativa del cónyuge que contrae una deuda común, con la correlativa exoneración del otro frente al acreedor», *op. et loc. cit.*, pág. 466.

(52) En el informe tantas veces citado leemos: «Desde las primeras reuniones del seminario prevaleció el criterio del director (LACRUZ) favorable a que las atenciones familiares implicaran una responsabilidad más extensa que las demás deudas comunes, e incluso se separaron en un artículo distinto, en el epígrafe *gastos familiares*. Más tarde, se prefirió enunciar estas deudas familiares conjuntamente con las demás deudas comunes, si bien asignándoles una responsabilidad especial, de modo que pudieran ser percibidas sobre el patrimonio de cualquiera de los cónyuges, una vez hecha exclusión del común, y respondieran los cónyuges por mitad en la relación interna, sin necesidad de prueba alguna», págs. 114 y 115

ge. Las segundas, que afectan en principio sólo a los bienes comunes, y que pueden percibirse sobre el patrimonio del otro cónyuge en casos excepcionales, es decir, demostrando que ha existido una utilidad de la que directamente se ha aprovechado ese otro cónyuge» (53).

El artículo 43 Ca no sólo mantiene, con la reforma de 1985, la redacción original de 1967, sino que también se puede afirmar de él que conserva una finalidad concorde con el pensamiento que lo alumbró y al que acabo de hacer referencia. Ahora bien, tras el profundo cambio que han sufrido el artículo 41.1.º y los preceptos relativos a la gestión del régimen, no parece o es más que dudoso que pueda afirmarse de este precepto que igualmente conserva su funcionalidad originaria e incluso el mismo alcance material.

Al respecto es preciso hacer resaltar, antes de iniciar el análisis de cada uno de los párrafos del precepto y sus respectivos supuestos de hecho, que el marco operativo partía de la existencia, de una parte, de una coincidencia, suficientemente generalizada, entre *atenciones legítimas de la familia y personales de cada cónyuge* y las denominadas de modo general *cargas del matrimonio*, al menos en cuanto se refiere a los sujetos que realizaban el gasto y los destinatarios del mismo normalmente convivientes bajo la misma dirección de *la casa*, recuérdese que la norma exigía la *legitimidad* de los hijos que lo fueran de uno solo de los cónyuges; de otra parte, por una gestión consorcial presidida por el marido [antiguo art. 48 Ca (54)], responsable ante terceros, que es a su vez y de ordinario administrador de los privativos de la mujer [antiguo art. 49 Ca (55)].

Estos cambios radicales en los supuestos de hecho en los que se funda el precepto tienen que dar lugar, por fuerza, a consecuencias mucho más matizadas respecto de la interpretación del precepto anterior a la reforma y desde luego más problemáticas.

Creo que es posible adelantar que, en el nuevo contexto, nos encontramos con un precepto que refuerza la posibilidad de una actividad de gestión realizada de forma *disjunta* por uno de los cónyuges con legitimación para obligar a la masa común, pues la verdaderamente obligada es esta masa aunque bajo la circunstancia, que sirve de hipótesis fáctica general del precepto, de no poder hacer frente ésta (*en defecto de bienes comunes*) a las obligaciones comunes corrientes.

No parece que deba plantear mayor problema el significado de la frase

(53) «Informe del seminario», pág. 115.

(54) Art. 48. 1. El marido es el administrador de la comunidad. 2. La mujer participa en la administración de la comunidad con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar.

(55) Art. 49. 1. El marido administrará los bienes privativos de la mujer, en tanto no se haya estipulado lo contrario o ella no recabe para sí la administración.

en defecto de bienes comunes, pues es claro en la dinámica propia de las deudas comunes, sólo a éstas se aplica el precepto, hace referencia tanto a la ausencia de bienes como a la insuficiencia de los mismos para hacer frente a las deudas, por lo que es necesario acudir al patrimonio privativo del cónyuge que se endeudó —no puede, por principio, hacerlo el consorcio— o a los de ambos cónyuges, según se trate del supuesto segundo o del primero, respectivamente. En todo caso, debe entenderse que el pago de estas *deudas comunes* —tanto en vía voluntaria como en la forzosa— constituye un anticipo respecto de la masa común y para reembolsarse el cónyuge pagador no tendrá que esperar necesariamente al momento de la liquidación del consorcio, tanto si contribuye uno solo como si lo hacen ambos, podrá efectuarse en el momento en que haya *numerario o bienes comunes disponibles* [en contra, SANCHO-ARROYO (56)].

B) *Análisis del apartado 1.º: responsabilidad personal de los cónyuges por las cargas familiares*

a) El levantamiento de las cargas familiares

Los deberes de ayuda y socorro que se deben entre sí los cónyuges (arts. 67 y 68 CC, de aplicación directa a los aragoneses) se materializan en el deber genérico de prestarse alimentos (arts. 142 y 143 CC) y, en el contexto concreto de los regímenes matrimoniales, en el deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, conforme a los rasgos específicos del régimen concreto que rija para él (57).

La contribución al levantamiento de las cargas familiares, como elemento fundamental en el tratamiento del pasivo, adquirió en la Compilación de 1967 niveles muy adelantados —podríamos calificarlos, con lenguaje a la moda, de progresistas— respecto de los restantes regímenes de carácter comunitario vigentes en el resto de España, se reflejaba con ello, como viera CORNU para el régimen legal francés surgido de la reforma de 1965, «de una parte, el nuevo reparto de poderes entre los esposos; de otra,

(56) SANCHO-ARROYO *Op et loc. cit.*, pág. 491.

(57) Es preciso al respecto tener en cuenta que lo que caracteriza fundamentalmente a un concreto régimen y sirve para determinar su naturaleza jurídica: comunitaria, separatista o participativa, no es, como se suele exponer con excesiva simplificación pedagógica, el régimen de atribución de bienes lucrados o activo y su postrer reparto, sino la interrelación entre ese mismo activo colectivo o individual y la satisfacción de los gastos necesarios para la convivencia y para la obtención misma de nuevos bienes. Esta interrelación ha ganado, si ello cabe, relevancia desde que, por la vía de la igualdad entre marido y mujer, se contempla, como normal, que ésta sea contribuyente y responsable de los gastos consorciales.

equilibrada la nueva composición del activo de la comunidad» (58), que veía como se atenuaba, en contemplación de las circunstancias sociales y económicas muy disímiles a las que inspiraron el régimen en sus primitivas versiones, la anterior comunidad de muebles y adquisiciones, con la regulación de «la presunción de muebles por sitios» del artículo 39 Ca.

El levantamiento de las cargas del matrimonio, las más genuinas de todas las deudas comunes previstas en el régimen, se debe efectuar, por principio, con recursos comunes, cualquiera que sea el cónyuge que contraiga la deuda de esta específica naturaleza. Ahora bien, si estos bienes no existen (en todos los matrimonios al inicio del régimen) o si no bastan para poder hacer frente a las mismas deben contribuir ambos, por ello la norma liga bajo el régimen de *solidaridad* a los cónyuges frente al acreedor: las dos masas privativas pueden ser agredidas, en caso de impago, con independencia de cuál de los cónyuges contrajo el débito. Aquí la solidaridad obligacional es un reflejo de la solidaridad familiar, manifestación, de una parte, de la ética propia de la relación familiar, y de otra, de la regla de división por mitad que se predica del activo consorcial, por ello los efectos del pago son repercutibles asimismo por la mitad en el cónyuge que no participa directamente en la satisfacción de la misma.

La idea de deber fundamental que tiene el levantamiento de las cargas matrimoniales y el visible apego que muestran algunos autores a la particular estructura introducida en la reforma de 1981 del Código civil para los regímenes matrimoniales, más allá de la requerida por el sistema de fuentes, han llevado a SANCHO-ARROYO (59) a entender que este artículo 43.1.º Ca tiene un carácter imperativo y de orden público, que cumple las funciones propias del régimen primario (del que afortunadamente carece la Compilación) para los restantes regímenes económico-matrimoniales posibles en Aragón, ello con cita de una manifestación incontestable de LACRUZ, pero traída aquí fuera de su natural contexto y por lo tanto desvirtuada.

Lo imperativo, a mi juicio, es el deber de ayuda mutua, pero no el modo de prestarla. La idea que tengamos de la equidad para esa prestación no es ni general ni autónoma, depende por completo del tipo de régimen elegido por los cónyuges. Es igualmente admisible, en el plano de la equidad y de la justicia del caso, la igualdad en el reparto del pasivo, propia del régimen legal que nos ocupa; como el de responsabilidad exclusiva del marido, en el dotal con separación de bienes; como un sistema de proporcionalidad con el montante del patrimonio privativo o de los ingresos separados de cada cónyuge, en un régimen de participación.

(58) G. CORNU. *Les régimes matrimoniaux*, PUF, París, 1974, pág. 354

(59) SANCHO-ARROYO *Op. et loc. cit.*, pág. 488.

El carácter de legal que tiene el régimen de comunidad de muebles y ganancias no lo eleva por encima de los otros posibles regímenes en Aragón, aunque esta misma opinión haya formado parte del desinformado conocimiento que sobre el mismo tenían quienes formularon y aprobaron la enmienda al artículo 41.1.º Ca en su reforma de 1985.

b) Problemas derivados de la reforma del artículo 41.1 Ca

La letra del artículo 43.1 es terminante, sin excepciones, impone que las deudas comunes, derivadas de los supuestos previstos en el apartado 1.º del artículo 41 y en defecto de bienes comunes, *obligan a ambos cónyuges solidariamente*, incluso en el supuesto de los gastos ocasionados por las atenciones recibidas por los hijos menores de uno solo de los cónyuges que no convivan con los obligados.

Para efectuar una primera aproximación a las consecuencias de esta afirmación podemos poner un ejemplo, nada insólito si vemos las frecuentes reclamaciones por impago de pensiones alimenticias. Clara, médico de prestigio y con ingresos conocidos, divorciada de Juan, ingeniero en paro y sin bienes propios conocidos, *reclama en vía judicial* de María, propietaria rústica por herencia de su difunto anterior marido, de profesión sus labores, esposa desde hace tres meses de Juan, sin haber convenido incautamente capitulaciones matrimoniales pactando la oportunísima, en el caso, separación de bienes y madre de cinco hijos de aquel que la favoreció en su testamento, el abono de 150.000 pesetas que le adeuda Juan, por la pensión alimentaria de Luis, hijo matrimonial de ambos y por el que fue condenado a abonar a la madre de éste 50.000 pesetas mensuales en concepto de alimentos, para lo cual traba embargo preventivo de los bienes rústicos de María.

¿Es posible que el Juez, en aplicación taxativa del artículo 43.1 Ca ordene la vuelta en pública subasta de tales bienes para que cobre la demandante su crédito por alimentos?

Con el texto y a la vista de las afirmaciones que al respecto se hicieron en las Cortes de Aragón, evidentemente sí. Ahora bien, el resultado sería no sólo grotesco, sino también injusto, antijurídico e incluso inmoral, por lo que parece que el espíritu de la ley hay que buscarlo en otra interpretación menos desaforada.

Ya he puesto de manifiesto con ocasión del comentario y estudio del artículo 41.1.º, cual creo que el alcance real del precepto y el papel que en él juega el dato, para mí, esencial de la convivencia y de la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges para delimitar el marco y la amplitud de lo que debe considerarse como familia, manteniendo el concepto *Casa*

como parámetro propio y tradicional del Derecho aragonés, para definir, a través de él, en la práctica, a qué tipo de familia resulta ser aplicable el artículo 41.1.º Ca y en su consecuencia directa el artículo 43.1 de la misma.

En todo caso, aunque se admitiera, contra esta posición, la versión maximalista de los enmendantes con éxito del repetidamente citado artículo 41, para dar lugar a la responsabilidad personal solidaria del cónyuge no progenitor del menor no conviviente, el acreedor por estas deudas debería de haber agotado, sin éxito material, todas las posibilidades de responsabilidad patrimonial que, en una regular aplicación del Derecho, se reviven de la sentencia, bien de divorcio, bien de reconocimiento de la filiación, que fije el deber y la cuantía de los alimentos debidos y se hayan perseguido los bienes de los natural y legalmente obligados a prestarlos. De lo contrario, y como he venido apuntando, se habría legalizado una injusticia material e incurrido en manifiesta inconstitucionalidad por violación de los artículos 14 y 39.3 de la Constitución de 1978.

c) Relación externa (solidaridad) y relación interna (contribución) de la responsabilidad personal prevista en el artículo 43.1

Es patente que no teniendo la masa común capacidad de relación jurídica autónoma, no puede ésta, en consecuencia, ser sujeto pasivo de una relación crediticia, aunque, como vengo repitiendo, no por ello deja de haber deudas que son comunes o consorciales y que deberían ser satisfechas con los bienes comunes. Esta caracterización es compartida por todas las deudas que se enumeran en el artículo 41 Ca y por las contraídas en la gestión de los bienes consorciales; ahora bien, las contenidas en el apartado 1.º del citado precepto, por tratarse de deudas relativas a los más elementales y primarios gastos de cada cónyuge y de la familia (*atenciones personales y cargas familiares «strictu sensu»*: las que requieren la mayor solvencia familiar conjuntamente considerada) el artículo 43.1 acrecienta la responsabilidad personal de los cónyuges ligando solidariamente a ambos, con independencia de quien contrajo efectivamente la deuda, si bien este fenómeno expansivo de la solidaridad legal tan sólo se da en defecto de bienes consorciales con lo que hacer frente al adeudo.

La estructura lógico-formal del precepto se desenvuelve en dos planos diferenciables: el del punto de vista que es propio del acreedor y el de la relación interna del matrimonio, si bien éstos tienden a confundirse.

El acreedor, parece en principio, debe dirigirse al cónyuge formalmente deudor para obtener la satisfacción de su crédito, y sólo en caso de no resultar satisfecho por él, con bienes propios o consorciales, podría agredir

indistintamente los bienes que pertenecen a la economía familiar, los de cualquiera de los cónyuges, porque la existencia y suficiencia o no de los consorciales es un dato perteneciente a la operativa interna del precepto y de la relación intramatrimonial.

En estos gastos la *solidaridad* nace tan pronto como se deja de cumplir voluntariamente, para el tercero acreedor se trata de una deuda verdaderamente solidaria de marido y mujer, con independencia de quién entró en relación crediticia con él, como señaló LACRUZ (60).

El hecho habitual de que un suministrador, normalmente de bienes y servicios de consumo, otorgue crédito no suele obedecer a la solvencia que merezca el cónyuge individualmente considerado que se acerca a su establecimiento, sino por el que le merece el conjunto de la economía familiar, en su apariencia externa, y en ello se ha basado y se basa el funcionamiento ordinario de la potestad doméstica. Ya que *no le incumbe* al acreedor desvelar la suficiencia o insuficiencia de los bienes comunes para atender a estas necesidades, éste es un dato interno de la economía familiar en el que un tercero al consorcio no puede ser obligado a tal conocimiento, le tiene que bastar la apariencia de solvencia externa que presenta el conjunto de la familia, su nivel de vida externo y la tipología del gasto que generó la deuda, datos éstos que sí pueden ser relevantes, pues *sí le incumbe* al acreedor demostrar que se trata de verdaderas y auténticas atenciones personales y familiares, precisamente por ello emplea el artículo 41.1.º el epíteto de *legítimas* referido a estas atenciones, es decir, debe saber si tales gastos se corresponden con el nivel económico y social de la familia tomada en su conjunto, si son calificables, para el criterio medio de apreciación, de *extraordinarios*, no cabe hablar con propiedad de ilegítimos, en este caso la posición del acreedor no será la derivada de la aplicación del artículo 43.1, sino la que corresponde a un acreedor privativo (artículo 46.1 Ca).

La relación interna, interconyugal, está expresada en el texto del precepto de forma tal que no ofrece la menor duda: *contribuirá cada uno por mitad*. Estamos en presencia de una respuesta directa de la norma a la estructuración en masas de los regímenes comunitarios ordinarios y a la propia razón de ser finalista de éstos; ya que en ellos la masa común no es propiamente un patrimonio acumulado de ganancias, lo será si arrojo superávit en la liquidación final, más bien se trata de un fondo para atenciones, precisamente a las que se refiere en términos generales el artículo 41.1.º Ca, funcionando como una cooperativa de consumo, por ello cuando este fondo carece de los recursos necesarios para hacer frente a tales gastos necesarios, se precisa la *contribución* extraordinaria de los

(60) LACRUZ *Op. et loc. cit.*, pág. 742.

consocios con cargo a sus privativos y a partes iguales, pues estos gastos, aun las atenciones personales de cada cónyuge, no se individualizan ni por la vía de quien contrae la deuda ni por la de quien resulte ser el efectivo consumidor de los bienes y servicios adquiridos.

Ambos cónyuges están llamados por la norma a contribuir de forma directa e inmediata, pues ellos son el consorcio y así hubieran respondido si la deuda hubiera podido ser satisfecha con bienes comunes. Es indiferente, a este respecto, que atendida con bienes de uno éste reclame del otro la mitad que le corresponde antes de hacer el pago o contribuyan en la práctica en distinta proporción, ambos están sujetos y en idéntica medida al levantamiento de las cargas del matrimonio sin distinción de bienes y de posición económica individual, y ambos podrán repetir de la masa común, si ésta obtiene los ingresos necesarios.

Creo que en la relación interna, no obstante lo anterior, deberían tomarse en consideración la dedicación al hogar y a los hijos (atribuidas estas funciones de ordinario a la mujer) valorándolos como una auténtica contribución al levantamiento de las cargas familiares, con el fin de mantener con ello una verdadera igualdad económica entre los cónyuges.

C) *Análisis del apartado 2.º: responsabilidad personal por las restantes deudas comunes*

a) *Encuadramiento y aspectos generales*

La responsabilidad personal por las deudas comunes no contenidas en el artículo 41.1.º Ca plantea al intérprete tres interrogantes básicos: el de la fijación del supuesto fáctico sobre el que debe operar de ordinario el precepto; el del régimen de los otros supuestos posibles a los que se puede y debe aplicar el precepto; y, por último, el de cuándo procede la repetición sobre los privativos del cónyuge no interviniente en la relación generadora de la deuda.

El apartado 2 de este artículo 43 se construye simétricamente sobre los supuestos contemplados en el artículo 41 como cargas y deudas de la comunidad, salvo las ya tratadas del apartado 1.º del mismo; es decir, los supuestos de responsabilidad personal derivada de la contracción de débitos declarados comunes en los apartados 2.º, 3.º, 4.º y 5.º, los de este último con matices especiales derivados de su especial naturaleza, todos ellos del artículo 41 Ca. O sea, se contemplan, como punto de partida, aquellas actividades individualizadas de uno de los cónyuges propias de la gestión ordinaria de sus bienes privativos y del ejercicio de su profesión, el supuesto singular de las deudas por alimentos legales, amén de los

derivados de las actividades típicamente útiles al consorcio. Pero hay que tener en cuenta también que éstos no agotan, como es patente, ni los posibles supuestos generadores de cargas consorciales ni, en su consecuencia, las fuentes de responsabilidad personal de los cónyuges.

b) Régimen tipo de la responsabilidad personal

Este inciso primero del artículo 43.2 Ca se limita a establecer la afectación del patrimonio privativo del cónyuge que se obliga por deudas comunes en la hipótesis general del precepto de carencia o insuficiencia de activo de igual naturaleza; si bien, con el propósito claro de servir de pauta para todos los demás casos de deudas comunes.

La insuficiencia de bienes comunes de que parte el precepto no es, en modo alguno, presupuesto necesario para el nacimiento de la responsabilidad personal del cónyuge formal o materialmente deudor, no puede haber deuda consorcial sin que uno al menos de los cónyuges sea a su vez deudor, resulta este hecho más bien marco de contemplación de la *no propagación de esta responsabilidad personal al otro cónyuge*, salvo en las circunstancias específicas ya examinadas para el apartado 1 de este artículo.

El precepto no desvirtúa el principio general de que de las deudas consorciales responde el propio activo consorcial y el personal del cónyuge deudor; por ello el acreedor no tiene que señalar, en el caso de ejecución forzosa, para embargo primero los bienes consorciales y en su defecto los privativos del cónyuge deudor, ni investigar o probar la insuficiencia de los consorciales, puede proceder según le parezca o resulte más conveniente contra unos y otros bienes, lo que no puede hacer, de ninguna manera, es proceder contra los bienes privativos del cónyuge no deudor, cuya responsabilidad frente a tercero se limita a la mitad de los bienes comunes, si existen.

Lo que tendrá que probar el acreedor, en el caso de que exista oposición por parte del cónyuge no deudor para el embargo de los bienes comunes o más allá de la mitad de los mismos, es que su crédito tiene la naturaleza de carga o deuda común por haberse generado dentro del ámbito contemplado en los apartados del artículo 41 Ca que ahora nos interesan, por ello el dato inicial de la inexistencia o insuficiencia de bienes comunes está contemplado en el precepto desde la perspectiva de las relaciones internas del consorcio y no desde las que son propias de los acreedores del consorcio (61).

(61) Es por ello errónea la posición de SANCHO-ARROYO, cuando afirma que «la

Esta manera de proceder del legislador enteramente lógica es consecuencia, una vez más, de la especial naturaleza jurídica de la masa consorcial y de su carencia de personalidad jurídica distinta de la personal de los cónyuges.

El cónyuge interviniente, en los supuestos tipo a los que responde directamente la letra del precepto, lo hace en la esfera de actuación que le es propia y para la que está legitimado con consecuencias positiva y negativamente consorciales, pero la consorcialidad del resultado no se propaga al patrimonio privativo del no interviniente, pues propiamente hablando y desde el punto de vista del sujeto *no hay deudas consorciales*, en este punto la *ratio* de la norma aragonesa no difiere en nada de la sentada en el artículo 1.369 CC para la sociedad de gananciales (62); lo que sí hace aquélla es abrir una importante vía para el restablecimiento inmediato del equilibrio entre las masas privativas de ambos cónyuges, regulando el marco y la posibilidad de repetición respecto del otro, lo que contribuye a hacer más relevante el carácter intrínsecamente comunitario de la economía familiar del régimen legal aragonés.

c) Otros supuestos de aplicación

• La responsabilidad personal derivada de la gestión conjunta

Como he hecho notar reiteradamente, en el tratamiento del pasivo del régimen legal no se ha contemplado directamente el endeudamiento del consorcio por la actuación conjunta de ambos cónyuges, sin duda por entender los legisladores, con razón, que este supuesto fáctico no requería de un específico tratamiento normativo, pues es evidente que obligándose conjuntamente, la responsabilidad se extiende a todo el conjunto de la economía familiar, o sea a las tres masas intervinientes.

Ahora bien, parece que no está suficientemente aclarada la naturaleza de la obligación nacida de esa actuación conjunta, cuestión sumamente importante en teoría y sobre todo en la práctica.

Para SANCHEZ-ARROYO este tipo específico de relación genera, sin ningún género de dudas, una *obligación solidaria*, porque la deuda le sería exigible a cada cónyuge por entero (63), sin duda influido por la redacción

formulación en el caso concreto no sería "*siempre que no haya bienes comunes, puede al acreedor dirigirse contra los privativos del cónyuge que contrajo la deuda*", sino "*aunque no existan bienes comunes...*", *op. et loc. cit.*, págs. 493 y 494.

(62) «*De las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de ésta*».

(63) «*Si ambos cónyuges se obligaron conjuntamente, entiendo que externamente,*

no muy afortunada por cierto, desde el punto de vista propio de la dogmática jurídica, del artículo 1.369 CC, y sin tener demasiado en cuenta que lo que en él se denomina *solidaridad* no se corresponde con los rasgos esenciales propios de la figura dogmática de las obligaciones solidarias propiamente dichas, ni en su estructura ni, en lo que aquí es más importante, en sus efectos; ya que se trata más bien de una extensión legal del patrimonio afectado o embargable por estos débitos, incluso si se quiere de una norma encaminada a impedir que el cónyuge no deudor pueda excepcionar al embargo solicitado por el acreedor por su mitad en los bienes comunes, dado que la naturaleza de la deuda era también común.

En el Derecho aragonés, en mi opinión, lo que está expresado en la norma es precisamente lo contrario a la conclusión a que llega SANCHO-ARROYO, en él no hay más supuesto de solidaridad que el previsto en el artículo 43.1 Ca; en los supuestos del número 2 de ese mismo artículo *no hay solidaridad*, ya se obligue uno solo de los cónyuges, ya lo hagan los dos expresamente, ya lo haga uno de ellos con el consentimiento expreso del otro. La directamente obligada, en todos los casos, es la masa consorcial y en su defecto (inexistencia o insuficiencia) las masas privativas de ambos por mitad de la deuda y hasta el límite de esa mitad, ya que el acrecimiento de la responsabilidad no se predica de las masas privativas, sino, en todo caso, de la consorcial, sin que el principio interno de contribución juegue en favor del acreedor, ya que este fenómeno legal sólo es predicable en favor del cónyuge deudor individual y para la relación interna, de otra forma carecería de sentido práctico distinguir entre relación externa e interna.

La diferenciación en la norma entre los números 1 y 2 del artículo 43 no se agota con la distinción en torno a la necesidad de demostración o no de la utilidad material en favor del consorcio derivada del desembolso efectuado por uno de los cónyuges por el pago de la deuda común, sino también en el tipo de ligazón solidaria en un caso e inexistente o mancomunada, según los casos, en el otro. La calificación de común que recibe la deuda no tiene la virtualidad de modificar la forma en que los sujetos efectivamente se obliguen, ni la de convertir la prestación debida en razón del objeto en una *obligación «in solidum»*, si aceptásemos como admisible este especial tipo obligacional entre nosotros.

No sólo es argumentable aquí que la relación de solidaridad tampoco se presume en el Derecho aragonés, como en los restantes Derechos patrios o de nuestro entorno jurídico-cultural, lo que tiene su propio peso nada desdeñable en la argumentación, es que además, y como ya he dicho, la

en la relación ante el acreedor, ambos serán deudores solidarios, ya que la deuda le sería exigible a cada uno de ellos por entero», *op. et loc. cit.*, pág. 493.

solidaridad en el precepto está predicada para otros supuestos que no son los que ahora nos ocupan. Si las obligaciones contraídas no son, en principio, solidarias, tampoco lo será la responsabilidad derivada de ellas, en su consecuencia los cónyuges responden por mitad respecto de aquello que no se pudo pagar con bienes comunes, a no ser que otra cosa se haya establecido en el título generador de la obligación.

Moviéndonos dentro de la lógica interna del precepto, debemos pensar que si la medida de *contribución*, en el caso del cónyuge no contratante, es la de la mitad del lucro efectivamente alcanzado por el consorcio, en el caso de intervenir ambos se podrá prescindir de la idea de utilidad en la relación interna, no cabe duda; pero no se puede deducir de ello que se borre el límite establecido de la mitad, de ninguna manera podría hacer suyo otro porcentaje distinto, por ello debe responder por la mitad dicha y no en ninguna otra proporción, mucho menos por el *todo*, pues el acreedor aquí si es tercero respecto de la relación interna derivada de la responsabilidad personal de los cónyuges por deudas comunes.

- Responsabilidad derivada de la actuación gestora de un cónyuge en la esfera privativa del otro

No es infrecuente que un cónyuge actúe en relaciones obligacionales que, en el puro terreno de la norma, corresponden al otro, y como ya manifesté, a propósito del comentario del artículo 24 Ca (contratos entre cónyuges), estas actuaciones no se pueden reconducir simple y llanamente al ámbito que es propio del mandato o de la gestión de negocios ajenos, porque en una economía concebida familiarmente la actuación no es la de un mandatario —no suele haber *contemplatio domini*— y mucho menos la de un gestor de negocios ajenos, pues hará suyos, por la vía de comunes, los gastos y los rendimientos, sino la que es tradicional y propia de un marido o de una mujer, más frecuentemente se dará la actuación del primero (64), por lo que cabe encontrarnos, aun hoy y pese a la redacción del artículo 51, inciso primero, Ca, con más frecuencia que la que cabe pensar en el medio urbano en el que nacen hoy las normas, a un marido agricultor, por ejemplo, que no se limita a labrar los campos privativos de su mujer, sino que decide personalmente (ante sí y por sí) su laboreo, es decir, los *gestiona*, y entonces es lógico preguntarse *quién responde* por las

(64) Es conveniente recordar aquí que el derogado artículo 49 Compilación disponía: 1. *El marido administrará los bienes privativos de la mujer, en tanto no se haya estipulado lo contrario o ella no recabe para sí la administración* 2 *El poder de administrar lleva consigo el de realizar cuantas actuaciones judiciales y extrajudiciales exija su normal ejercicio*

deudas derivadas de esta gestión en las específicas circunstancias de insuficiencia de los bienes comunes de que parte el artículo 43 Ca, bajo las normas actuales y en concreto dada la redacción de la disposición transitoria segunda de la Ley de 21 de mayo de 1985, que dice: *Serán aplicables los preceptos de la presente Ley sobre responsabilidad, gestión y disposición de los bienes consorciales y los privativos y sobre disolución de la comunidad legal, cualquiera que fuese la fecha de celebración del matrimonio.*

A mi juicio y en coherencia con la previsión legal de verdadera existencia de una economía familiar, la solución de estos problemas depende del comportamiento del cónyuge gestor no titular de los bienes administrados. Si la gestión generadora de la deuda se adecúa a la actividad que debe observar un buen labrador —en el caso del ejemplo de que partimos— conforme a los usos y circunstancias de los propios bienes y del lugar, habrá que convenir, conforme al espíritu del propio régimen, que la responsabilidad personal, en defecto de bienes comunes, *corresponde al cónyuge propietario privativo del bien*, pues sólo la masa común y sus propias tierras serían las directa o indirectamente favorecidas con un adecuado cultivo, sería absurdo recurrir al reintegro por enriquecimiento injusto para restablecer el inicial equilibrio entre las masas privativas; correlativamente será responsable el cónyuge gestor cuando no ha observado la conducta que cabría esperar de él, pues ese *standard* forma parte integrante de la *buena fe exigible*. Es decir, nos encontramos ante una materia en la que la responsabilidad personal por deudas comunes en ausencia o insuficiencia de bienes de este tipo depende de una prueba de hecho, aunque se parte de la presunción *iuris tantum* de que se ha administrado conforme a la buena fe, por lo que la prueba de la mala administración corre a cargo del cónyuge titular privativo.

d) La relación interna: contribución

La norma condiciona el derecho a repetir del otro cónyuge, por deudas comunes ordinarias, a que el cónyuge deudor *demuestre que la deuda redundó efectivamente en utilidad común*, a diferencia de lo previsto en el supuesto del número 1 de este artículo para el que no se requiere demostración alguna respecto de la utilidad, ésta se presume, es decir, para poder oponerse eficazmente el cónyuge requerido de contribución habrá de demostrar cumplidamente la *ilegitimidad* del gasto.

Es conveniente poner de manifiesto que los términos *utilidad común* de este artículo 43 no tienen el mismo valor jurídico que la expresión *actividad útil a la comunidad* del artículo 41.5.º Ca. En este precepto la

utilidad, remarcada y mediatizada por el adverbio *efectivamente*, es sinónima de provechosa, es decir, se requiere que haya producido ingresos reales y efectivos para el consorcio y no que se trate de una de las incumbrencias propias del gestor con efectos presumiblemente beneficiosos para el consorcio. Se trata de que a pesar de producirse ingresos en la masa común, éstos son insuficientes para cubrir los gastos que sobre ella gravitan, por lo que es necesaria la contribución del cónyuge no deudor para restablecer el equilibrio entre las masas e impedir el empobrecimiento injusto, en este caso, de la masa privativa del deudor, porque los ingresos de la actividad generadora de la deuda entraron efectivamente en comunidad.

Cabe preguntarse en estas específicas circunstancias si la contribución exigible tiene como verdadero montante la mitad de la deuda sin más, como parece deducirse en una primera lectura del precepto, o si esta contribución debe matizarse, de un lado, a no sobrepasar la mitad total del débito, en tanto que de otro, a que a su vez no rebase la mitad también de los ingresos efectivos del consorcio en razón de la deuda. Es decir, teniendo siempre presente la utilidad contable.

Aunque parece lógico que sea esta segunda acepción la que más cuadra a la lógica interna del precepto, la dureza de la conclusión es, a mi juicio, contraria a las exigencias de existencia de una economía familiar. Opino, por el contrario, que la llamada de la norma a la utilidad común viene referida a la actividad en su conjunto seguida de aprovechamiento, pero no a la cuantificación de éste. Se quiere enmarcar y distinguir, según veo el problema de fondo, lo que de privativo pueda haber en el endeudamiento, es decir, separar el régimen de aquellas relaciones crediticias que deben disciplinarse por el artículo 46 Ca (*deudas privativas posteriores*), respecto de aquellas otras que deben disciplinarse conforme a las pautas comunitarias del artículo 43.2 Ca.

En consecuencia, creo que lo que se requiere demostrar para que haya lugar al derecho de contribución es que la deuda no sólo era de naturaleza común, sino que produjo beneficios para el consorcio, y que esta contribución debe cifrarse, por su carácter común, en la mitad del débito y no del beneficio obtenido por el consorcio. Me parece que, en esta materia, los casos más frecuentes de discrepancia procederán como consecuencia de aquellas inversiones en las que los aspectos privativos y comunes se encuentran fuertemente entremezclados, en los que administración ordinaria y extraordinaria se superponen, y que será aquí donde la regla de efectivo beneficio directo para la masa común cobre especial relevancia, por ser ésta y no otra la razón de ser de la norma.

DEUDAS EXTERNAS A LA RELACION CONSORCIAL

Deudas por razón de sucesiones y donaciones

Artículo 44. Las deudas y cargas de las sucesiones y donaciones se hacen comunes hasta donde alcance el valor de los bienes heredados o donados que recaigan en la comunidad.

Deudas anteriores al matrimonio

Artículo 45. Las deudas de cada cónyuge anteriores al matrimonio sólo gravan los bienes comunes hasta donde alcance el valor de los aportados por él a la comunidad.

A) Aspectos generales comunes a ambos artículos

El tratamiento conjunto de ambos preceptos se ve favorecido por la estructura conjunta que nos muestra esta *Sección 3.^a*, en la que como hemos podido comprobar prima el aspecto gestorial (subjetivo si se quiere) sobre el puramente patrimonial, aunque esta orientación resulta atemperada, en todo caso, por el resultado finalista, conforme al tratamiento ético que se deriva del principio contenido en el brocardo *ubi emolumentum, ibi onus* que realmente se encuentra en la base del mismo.

Esta conveniencia, ahora meramente sistemática y pedagógica, estuvo clara en todo momento para los autores aragoneses (65) de los Anteproyectos de Compilación que propusieron el siguiente texto:

«Las deudas de cada cónyuge anteriores al matrimonio sólo gravan los bienes comunes hasta la concurrencia de los aportados por él al casarse.

Las cargas y deudas de las sucesiones y donaciones son deudas comunes hasta donde alcancen los bienes heredados o donados que recaen en la comunidad.

La responsabilidad del fondo común no excluye en ningún caso la responsabilidad subsidiaria del cónyuge deudor.»

No resulta fácil dar razón hoy de la división operada posteriormente en dos preceptos separados y mucho menos de la supresión del párrafo

(65) Anteproyecto del seminario artículo 109 y de los de la Comisión de jurisprudencia aragoneses, artículo 113 (julio 1962) y artículo 110 (julio 1963).

final del artículo proyectado, en el que, como puede verse, quedaba mucho mejor perfilada la separación posicional entre deuda y responsabilidad en estos concretos supuestos.

El actual planteamiento, válido tanto para el tratamiento conjunto propiciado por los Anteproyectos aragoneses como para el separado previsto en los Anteproyectos del Poder central y de la norma aprobada hoy vigente, tiene en su configuración normativa dos fundamentos esenciales: uno, el de equiparar absolutamente a los cónyuges en materia de cargas (lo que no ocurría en los antecedentes históricos sobre todo desde que se generalizó una interpretación literal de la manifestación de que el marido es *dueño y señor de los muebles*); y otro, el de evitar enriquecimientos sin causa en favor del consorcio o, si se quiere y con mayor precisión, evitar empobrecimientos injustos de las masas privativas de los cónyuges que resulten deudores.

Es por ello por lo que cabe afirmar que la aplicación directa de los artículos 44 y 45 Ca depende de que se den conjuntamente en el supuesto de hecho de que se trate dos notas: una, la actuación individualizada del cónyuge deudor en su propio interés, y la otra, más capital, que se produzca ingreso efectivo de bienes en el activo consorcial procedentes de tal negocio.

En los textos proyectados y en el aprobado, el aspecto que se debe destacar es el de la responsabilidad y no precisamente el de deuda, pese a la letra del artículo 44 Ca que nos dice que «*las deudas... se hace comunes...*», lo que induce fácilmente a error (66), ya que no hay en ningún momento una novación subjetiva en la relación obligatoria originaria, sino más bien un efecto modificativo de la responsabilidad encaminado a mantenerla inalterada. En el texto de los Anteproyectos aragoneses se dice que «*son deudas comunes hasta...*» por mimetismo tal vez inconsciente del artículo 51 del Apéndice que se trataba de derogar: aquí sí había novación parcial, porque quien tenía que pagar era el marido aunque la deuda fuese de su mujer —en el texto son constantes las referencias al cónyuge deudor—, esto ahora no ocurre, sigue debiendo quien debiere antes de la vigencia del régimen matrimonial legal herede, aunque pague con bienes que se han hecho automáticamente consorciales; transformar la relación de crédito-deuda traería otras muchas consecuencias que jamás se han tenido ni tan siquiera en cuenta por los mejores especialistas en la materia.

(66) SANCHEZ-ARROYO nos dice. «Si se hacen comunes es porque, en un principio no lo son; pero pueden serlo porque los bienes muebles no comprendidos en la enumeración que recoge el artículo 39, se hacen también comunes aunque hayan sido adquiridos por uno solo de los cónyuges antes del matrimonio o, con posterioridad a su celebración, a título gratuito». *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*. Edersa, t. XXXIII, vol. 1.º, pág. 500.

En la formulación de los Anteproyectos aragoneses, siguiendo sólo hasta cierto punto el sentido último en que se inspiraba el artículo 51 del Apéndice (67), la responsabilidad inmediata recae en primer lugar sobre la masa consorcial enriquecida y en segundo lugar sobre la masa privativa del cónyuge deudor; para los textos vigentes puede resultar dudosa, como mínimo, la primacía de la responsabilidad de la masa consorcial sobre la privativa del cónyuge deudor. Dos posiciones podrían construirse a la vista del contexto en que se desenvuelve el tratamiento del pasivo en esta Sección 3.^a: una, con inspiración directa en el régimen de las deudas privativas constante la comunidad (art. 46 Ca), por la que se haría responder en primer lugar a la masa privativa del cónyuge deudor; además, la masa consorcial, en caso de insuficiencia de la anterior, respondería directamente hasta el límite del valor del enriquecimiento que para ésta se ha derivado de la relación de la que resulta la deuda; y, por último, el acreedor podría agredir esta misma masa, también en el caso de insuficiencia para cubrir su crédito, hasta el límite de la mitad que corresponde en ésta al cónyuge deudor. La otra, inspirada en la interpretación analógica *a contrario* del régimen de responsabilidad personal que se predica para las deudas comunes (art. 43 Ca), aquí la responsabilidad se basaría en la relación de solidaridad entre la masa privativa del deudor y la consorcial hasta el límite del enriquecimiento de ésta, apareciendo una responsabilidad subsidiaria de la masa consorcial, en caso de insuficiencia de las primeramente responsables, también limitada a lo que en ella corresponde al cónyuge deudor, es decir, sin perjudicar, en modo alguno, los intereses directos del cónyuge no deudor en el consorcio.

La primera solución —que pudo estar en la mente de los redactores del Anteproyecto de la Sección especial de la Comisión de Codificación por su relativa similitud con la solución aportada por el antiguo artículo 1.410 CC (68) para la sociedad de gananciales— está ciertamente en contra de los antecedentes históricos aragoneses (69), aunque éstos no hayan sido del todo estables y hayan sufrido una deformación paulatina

(67) Art. 51 Apéndice: «Incumbe al marido satisfacer las deudas anteriores al matrimonio suyas o de su mujer...».

(68) Art. 1.410, párrafo primero, CC: «El pago de las deudas contraídas por el marido o la mujer antes del matrimonio no estará a cargo de la sociedad de gananciales».

No obstante, en caso de abono con cargo a los gananciales por insuficiencia de los parafernales habrá lugar a reembolso al tiempo de la liquidación (párrafo tercero del mismo artículo).

(69) Al respecto hay que tener en cuenta, como veremos más adelante, que ninguna de las soluciones mantiene las oscuras, difíciles y poco pacíficas soluciones históricas, sobre todo por los cambios sociales en la valoración del papel de la mujer en el contexto de la economía consorcial.

en cuanto a su interpretación crecientemente favorable al refuerzo del papel preponderante del marido en el consorcio, pero sobre todo resulta esta interpretación contradictoria con la sistemática general del tratamiento del pasivo en la Compilación. Además, para que fuera válida tal postura interpretativa no era preciso mantener normas específicas para las deudas derivadas de sucesiones y donaciones y para las antenupciales, más bien todo lo contrario, habría bastado con remitirlas al tratamiento general de las deudas privativas postnupciales previsto en el artículo 46 Ca.

Es más bien la segunda interpretación la que entiendo correcta. La *ratio* interna de los dos preceptos se encamina a dejar claro, frente a las oscuridades del Derecho histórico y las complejidades innecesarias del Apéndice, en primer lugar, la privatividad del débito, éste no se hace común por el efecto automático de la consorcialidad de los muebles que era propio del régimen y sigue siéndolo aunque de forma atenuada y, en segundo lugar, a manifestar la responsabilidad directa pero limitada de la masa consorcial, en la medida misma de su enriquecimiento.

No puede verse, en modo alguno, en ello un efecto anticipado de las relaciones intermasas, porque tales débitos normalmente satisfechos con numerario consorcial dan lugar a los correspondientes reintegros, en caso de exceder al enriquecimiento medido en valor de la aportación efectuada a la masa consorcial.

Los preceptos pretendían en su redacción originaria, parece claro que ahora también lo pretenden mantener, pese a la supresión desafortunada, a mi juicio, del párrafo tercero proyectado, la solución a la que apuntó en su día GIL BURGÉS inspirador directo del artículo 51 del Apéndice, pero obviando con la nueva redacción los inconvenientes formales y materiales que para el mismo y para sus antecedentes históricos pusiera de manifiesto y denunciara, con lujo de detalle, ALBALATE (70).

No se trata de revivir sin más la vieja y más que dudosa regla generalizada en el *Coutumier de la France de qui épouse le corps, épouse les delles* que se creyó convenía a todos los regímenes económico-matrimoniales de comunidad de muebles y adquisiciones (71), en virtud de la cual no quedaban excluidos de la comunidad prácticamente ninguno de los bienes muebles habidos en la economía familiar, aunque éstos fueran pasivos; se trata, por el contrario, de adoptar el sistema más sencillo posible de deslinde de responsabilidades, desdeñando los históricos inconvenientes de la borrosa distinción tradicional entre deudas mobiliarias y deudas inmobiliarias, se adopta en consecuencia una solución que se man-

(70) G. ALBALATE GIMÉNEZ «El pasivo de las masas patrimoniales en la comunidad conyugal aragonesa...»

(71) POTHIER *Traité de la Communauté*, núm. 233.

tiene atenta a la justicia del caso, ya que favorece el equilibrio entre las masas; la responsabilidad consorcial se extiende hasta la medida en que esta masa se enriqueció, es decir, responde por aquello que, en principio, no tenía por qué entrar en ella, objetivada por su cómputo en *valor*, criterio ciertamente paradigmático en los principios básicos de la Compilación para el régimen económico-matrimonial.

No puede afirmarse de modo general, como lo hace SANCHEZ-ARROYO (72), con referencia a los trabajos de BATALLA, que la aplicación «ha de ser forzosamente muy escasa, ya que los bienes muebles que *necesariamente* han de recaer en la comunidad no podrán ser de valía muy grande, puesto que todos aquellos que pudieran tener alguna relevancia caen dentro de la presunción muebles por sitios, establecida en el artículo 39, quedando, por tanto, excluidos de la comunidad», pues hay que tener presente que, en primer lugar, la disposición transitoria primera de la Ley de 8 de abril de 1967 establece que la disciplina propia de este artículo 39 no es de aplicación para los matrimonios contraídos con anterioridad a la entrada en vigor de la Compilación, por lo que la comunidad de muebles es mucho más extensa e importante hoy por hoy de lo que se deduce del texto del citado comentarista; en segundo lugar, hay que tener también presente que la presunción de muebles por sitios admite pacto en contrario y éste no tiene por qué ser capitular, sirve el acuerdo formal para un bien o grupo de bienes en concreto tomado en el momento de la adquisición; y, en tercer lugar, debe tenerse en cuenta que pese a la amplitud con que se concibe la prueba documental sobre la privatividad del dinero, será frecuente la confusión de éste en la masa consorcial —entre otras razones para protegerse de la presión fiscal desmesurada, cuando no injustificada, en materia de donaciones y sucesiones— y hay que tener en cuenta la posibilidad de existencia de documentaciones defectuosas sobre las deudas antenupciales que nos ocupan. Por todo ello el papel de estos preceptos, que podrá ser progresivamente menor en el futuro, es hoy relevante, sobre todo en el momento de la liquidación del régimen.

El acreedor de uno de los cónyuges por una relación de crédito antenupcial o derivada de una sucesión o donación puede perseguir, en caso de ejecución forzosa, el conjunto de bienes pertenecientes a la masa privativa del cónyuge deudor, desde luego, y los consorciales, sin que el cónyuge no deudor pueda oponerse a la traba de los mismos, sino cuando rebasen éstos en el valor de la mitad de la masa consorcial que al otro corresponde incrementada precisamente con aquello que se hubiera enriquecido por la relación que da lugar ahora a la ejecución forzosa.

(72) SANCHEZ-ARROYO *Comentarios...*, Edersa, t. XXXIII, vol. I, págs. 500 y 501.

B) *Tratamiento de las deudas por razón de sucesiones y donaciones*

a) Antecedentes históricos del artículo 44 de la Compilación

Como apunta ALBALATE (73) no hay en el Derecho positivo histórico aragonés fuero alguno que se haga eco de este problema que es más entrevisto que propiamente enfocado por las observancias: en concreto, las 33 y 47 *de iure dotium* (74), siendo esta última la que, de forma más bien parcial, trata de aportar alguna solución directa al problema, aunque para ello se sirva de la vía indirecta de reafirmar que los inmuebles donados o legados no entran en la comunidad, por lo que las cargas (donaciones o legados modales) serán de cuenta del donatario o legatario, y si éstas se satisfacen con bienes consorciales, el cónyuge no beneficiario de la liberalidad modal tiene un crédito pagadero a la disolución del consorcio por la mitad del importe de la carga o sobre la mitad de los bienes lucrados.

La solución de la observancia 47 *de iure dotium* es seguida por ANTICH DE BAGES, MOLINO y PORTOLÉS y contestada en cuanto a la opinión por MARTON y SANTAPAU, en cuanto prescinden, creo que con buen criterio, de la posibilidad de tener el cónyuge no beneficiario del lucro derecho a la mitad de los bienes lucrados por el otro, pues, a mi modo de ver, lo que pretende resolver la observancia en cuestión es el problema liquidatorio, como la trata DIESTE (75). Todo ello inclina a pensar que la cuestión de hecho efectivamente resuelta por la observancia 47 *de iure dotium* consiste en un negocio mixto de compra con donación al que apunta el comentario de NOUGUÉS, el cual advierte que para que el bien sitio sea propio del cónyuge adquirente tiene que reintegrar, en el momento de disolución del

(73) G. ALBALATE *Op. et loc. cit.*, pág. 211.

(74) 33. «*Si legatum pecuniae relinquatur uxori, maritus habet ius in illo legato, videli-cet medietatem; quia est mebilis, & in aliis debitis quae debantur uxori, & poterit petere illud legatum maritus, etiam invita, & reclamante uxore, medietatem ratione suae partis quam habet, & medietatem ratione administrationis quam habet, cum maritus sit dominus, & administrator rerum mobilium, & ita est ius sibi acquisitum in illa medietate ratione administrationis; & ita etiam potest petere proprietatem rei immobilis ratione viudetatis, quam in es habet tenere, & sic servatur in quamcumque alia remibili, & immobili, licet non sit legata, si proprietates pertineat ad uxorem ex quamcumque causa, quia maritus eam potest vindicare, etiam post mortem uxoris, licet eam non possiderit constante matrimonio inter eos, & sic est idem in uxore.*»

47. «*Si pro legato, aut donatione rei immobilis facta viro aut uxori cum onere solvendi certam quantitatatem pecuniae, aliter earum de bonis communibus dictam quantitatem solverit, & sic rem a acquisivaerit, soluto matrimonio illius, cui non est facta donatio, vel legatum, habebunt medietatem illius pecuniae vel rei, quam maluerit dare elle, vel haeredes illius cui facta fuerit donatio vel legatum. Idem si res alterius coniugum cum pecunia communi fuerit redemptis.*»

(75) DIESTE *Op. et loc. cit.*, pág. 556.

consorcio, la mitad de lo efectivamente pagado por el consorcio. La liberalidad, en el caso, marca el destino del bien —la masa privativa del atributivo de la liberalidad—, pero sin que ello sirva para empobrecer en nada la masa consorcial. Es por ello por lo que la solución de hacer responder a la masa consorcial en la misma medida de su enriquecimiento, como regula el precepto, viene a esclarecer el verdadero tratamiento histórico de la cuestión.

El actual artículo 44 Ca, que carece de otros antecedentes históricos que los reseñados, pues de esta materia no se ocupan ni los Proyectos de Apéndice ni el propio Apéndice, se inspira en el antiguo régimen económico-matrimonial legal francés con el que el nuestro guardaba una estrecha relación de identidad de propósito, y cuyos artículos 1.411 y 1.412 (modificados por Ley de 22 de septiembre de 1942 (76) y hoy derogados) disponían:

«1.411. *Les dettes des successions purements mobiliers qui son échues aux époux pendent le mariage sont, pour le tout, à la charge de la communauté*», y

«1.412. *Les dettes d'une succession purement immobilière qui echout à l'un des époux pendent le mariage ne sont point à la charge de la communauté, sauf le droit qu'ont les créanciers de poursuivre leur paiement sur les immeubles de ladite succession*».

La comunidad no tiene por qué soportar más deudas sucesorias que las que se derivan de la propia medida de su enriquecimiento en términos de valor efectivamente recibido.

b) Bienes que pueden perseguir los acreedores

No cabe hoy diferenciar los supuestos en que sea atributivo de la liberalidad el marido respecto del caso en que lo sea la mujer que mantuvo durante mucho tiempo ocupada la doctrina, para dejar bien sentado que siendo beneficiario el marido no podrán agredirse por los acreedores los bienes raíces de la mujer ni la mitad de los consorciales inmuebles que a

(76) Esta ley resumió en un solo precepto todos los supuestos tratados en los artículos 1.411 a 1.418 originales, en el que se disponía: «*Les dettes des successions échouées aux époux pendent le mariage sont à la charge de l'époux qui succède dans la mesure où les biens de la succession lui demeurent propres, et à la charge de la communauté dans la mesure où celle-ci les recueille*».

«*Si une partie seulement des biens compris dans la succession demeure propre à l'époux qui succède, tandis que l'autre partie entre en communauté, la charge de dettes de la succession se partage entre l'époux et la communauté, proportionnellement à la valeur des biens recueillis*».

ella le correspondan, con la inconsecuencia de poder embargar todos los muebles, por la aplicación, a todas luces abusiva, de la convicción de que el marido es dueño de los muebles consorciales. El tratamiento actual para ambos cónyuges es, en cierto modo, similar al que resultaba aplicable con la legislación anterior para el caso en el que era la mujer atributiva de la liberalidad.

Resulta conveniente, pues, distinguir en esta materia el supuesto de la herencia con deudas respecto de los del legado y la donación modales, toda vez que conforme al artículo 138 Ca de las deudas hereditarias tan sólo se responde con el caudal relicto, sin que para ello se requiera la formación de un inventario, o lo que es más importante para el caso que nos ocupa: «la confusión de patrimonios no se produce en daño del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto».

Los acreedores de una herencia que haya beneficiado a uno de los cónyuges pueden dirigirse contra los bienes heredados inmuebles (y, por tanto, privativos del heredero) o contra los bienes consorciales comunes hasta el valor de los bienes muebles heredados que hayan entrado a formar parte de la masa consorcial, quedando libres de tal responsabilidad los privativos no hereditarios del cónyuge no heredero y todos los consorciales restantes. Desde luego si las cargas hereditarias se levantan con numerario o bienes consorciales, por decisión conjunta de los cónyuges y a conveniencia de la economía familiar, la masa consorcial deberá ser reintegrada de tal pago deducido el valor de los muebles confundidos o ingresados en la masa consorcial procedentes de la herencia.

Los acreedores de cargas con que se hayan gravado legados y donaciones pueden hacerlas efectivas sobre los bienes privativos del beneficiario o sobre bienes consorciales, hasta el límite de lo lucrado por el consorcio, si bien en caso de hacerse efectiva la deuda en su integridad con bienes privativos del beneficiario, éste tendrá derecho de reembolso frente a la masa consorcial por el importe íntegro si es menor su valor al de los muebles convertidos en bienes consorciales o hasta el límite de su valor si el *quantum* satisfecho con privativos fuere mayor.

No existiendo afortunadamente en el ordenamiento regnicola un precepto equivalente al artículo 1.353 CC y estando hoy plenamente equiparados en el régimen legal marido y mujer carece de interés específico el estudio de las liberalidades que tengan como beneficiarios a ambos cónyuges, pues en este caso la masa consorcial responderá hasta el límite de lo recibido en valor y cada una de las masas privativas en la proporción en que cada cónyuge haya sido favorecido por la liberalidad.

C) *Tratamiento de las deudas antem matrimoniales*

a) Antecedentes históricos del artículo 45 de la Compilación

ALBALATE subraya con tintes negros la oscuridad de los antecedentes en la materia con estas palabras: «Ni el Derecho aragonés histórico ni el actualmente vigente (el Apéndice) son precisamente, a este respecto, un dechado de claridad. En general, se observa con bastante nitidez que el Apéndice ha seguido las orientaciones que se pueden clasificar de clásicas en nuestra legislación tradicional. Mas, pese a esta fidelidad histórica, la actual legislación aragonesa no puede ni debe mantenerse. No es suficiente, pues, una nueva aclaración de los puntos oscuros que ofrecen los artículos 51 y 57, regla tercera, de nuestro Apéndice. Se impone, por el contrario, una revisión a fondo, que los ponga más de acuerdo con las presentes circunstancias económicas, sociales y jurídicas, tan distintas a las que se daban en los tiempos de los fueros y de las observancias» (77). Programa que se cumplió con la promulgación de la Compilación.

El propio ALBALATE ha puesto de manifiesto la presencia en los vestigios históricos de radicales diferencias de tratamiento de las deudas antenupciales: la de VIDAL DE CANELLAS (78) y la que nos ofrece ANTICH DE BAGES (79). Para el primero las deudas antenupciales de la esposa no son carga consorcial, en tanto que para el segundo, con repercusión directa de su opinión en la observancia 22.^a *De rerum amotarum*, sí hay responsabilidad de los bienes consorciales, aunque resulte discutible el grado en que ésta se materializa. Analizando estas soluciones, al menos aparentemente, contradictorias LACRUZ llega a la conclusión, para el Derecho antiguo, de que «las deudas contraídas con anterioridad al matrimonio deben equipararse a las delictuales y pueden ser hechas efectivas por los acreedores sobre los bienes privativos de cada cónyuge y sobre la mitad que les compete en los muebles y en los inmuebles comunes» (80).

Es bajo la recepción de las técnicas de tratamiento y análisis del Dere-

(77) ALBALATE *Op. cit.*, pág. 12.

(78) «*aquestas espensas, con las deudas ensemble que marido e muller fizieron demientre que biuieron, deuen seer treitas ante la particion, asi empero que, si non son otros bienes en casa ont aquestas espensas puedan seer pagadas, deuen seer pagadas d'aquellos bienes que deue prender en avant part aquel qui remanece biuo*», edición de G. Tilander, n. 222.

(79) «*maritus, pro debitis contractis per uxorem ante matrimonium tenetur et est perurgendus solvere, vel medietatem mulierum et locorum omnium tenetur dare in solum creditoribus et remutare iure viduitatis in bonis quae habere debebat*», ms 166, Biblioteca Univ., Zaragoza, fol 216.

(80) LACRUZ: «El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón», separata ADA, 1949, pág. 113.

cho común europeo en nuestro reino, cuando de la mano de JAIME DEL HOSPITAL se llega a afirmar que las deudas antenupciales de la esposa deben pagarse de los bienes comunes porque los muebles se hacen comunes. Esta es la orientación que se materializa en el texto de la observancia 2.^a *De rerum amotarum*: «Item, si mulier ante contractum matrimonium contra xerit a liqua debita, pro illis: potest fieri executio in bonis mobilitus comunibus, sivi et viro suo cum pro post contra xerit matrimonium» y se afirma asimismo que la mujer está obligada a pagar las deudas antematrimoniales del marido o deberá, en su defecto, abandonar los bienes de éste (Observancia 16.^a *De iure dotium*).

Estas divergencias de tratamiento llaman la atención de los comentaristas y señalan la desigualdad de tratamiento entre marido y mujer que este régimen impone, afirmando que es básicamente contrario a la regla *vir et uxor licet de foro non debent iudicari ad imparia* (fuero único. *De reus guas mortis prima uxore*) y a las tradiciones jurídicas regnícolas. En esta línea se sitúan MOLINO, PORTOLÉS, DE LA RIPA y MOLINOS, manifestando éste que debe aplicarse al caso el Fuero 7.^o *De homicidio*. «Si autem pro debitis viri fiat executio, et mulier non sit obligata, dabitur mulieri provisio de bonis, et habet dotes suas, et et bono sua salva, nec habebit partem mobilium» y la Observancia 31.^a *De iure dotium*: «Si aliqua res mobilis duerit obligata per virum, mortio viro, uxor tenet solvere medietatem debiti, licet non fuerit obligata, si vult illius rei mobilis habere medietatem, alias nihil habebit».

DIESTE nos hace ver como acaba materializándose, desde la perspectiva precedente, una radical desigualdad entre marido y mujer en materia de deudas antenupciales, basta para ello con contraponer estas dos afirmaciones: primera, «no es deuda propia de sólo el marido, sino común, la contraída por éste antes del matrimonio, cuyo producto o capital existiere al tiempo de la división. La mujer está obligada a pagar las deudas contraídas por su marido antes del matrimonio; o de lo contrario, a hacer cesión de los bienes de aquél, aun cuando no le queden bienes propios suficientes para su subsistencia» (81). Segunda, «por las deudas contraídas por la mujer *antes del matrimonio*, pueden ser ejecutados los bienes *muebles comunes*. Los bienes sitios comunes no pueden ser ejecutados en perjuicio del dominio que el marido tiene en la mitad y de la viudedad que le compete en la otra mitad» (82).

En la explicación que al respecto nos dan MARTON y SANTAPAU queda claro que aunque las deudas antenupciales no forman parte del pasivo consorcial, pueden hacerse efectivas sobre los bienes muebles, con-

(81) DIESTE. *Diccionario...*, pág. 541.

(82) DIESTE *Diccionario...*, pág. 542. Los subrayados son del autor.

sorciales por definición, según se sigue de la doctrina de las Observancias 57.^a y 64.^a *De iure dotium*.

Por su parte ISABAL, en pleno proceso de adaptación del Derecho histórico aragonés a la Codificación civil del Derecho castellano, se plantea si el contenido de la Observancia 2.^a *De rerum amotarum* para con las deudas antenupciales de la mujer debe ser aplicable a las de igual naturaleza del marido y lo resuelve diciendo «estimo razonable la aplicación de la observancia igualmente a las deudas del marido que a las de la mujer» (83).

El Apéndice, siguiendo a GIL BERGÉS, resolvió en su artículo 51 que *«incumbe al marido satisfacer las deudas anteriores al matrimonio, cuyas o de su mujer, y a ello destinará preferentemente los bienes comunes de naturaleza mueble. La carencia o deficiencia de éstos se suplirá con los raíces o inmuebles que el deudor haya aportado al matrimonio o con los que haya adquirido durante éste a título lucrativo, aunque darles tal aplicación perjudique la viudedad expectante del otro consorte. Si el cónyuge deudor carece de bienes inmuebles y los hay comunes, únicamente contra la mitad que de éstos corresponde a aquél se podrá proceder para el pago de las deudas, y se dejará a salvo el derecho expectante de viudedad a favor del otro consorte»*, aunque con este texto se resuelve el problema de la desigualación de trato entre cónyuges debida al Derecho histórico último, como pone de manifiesto ALBALATE el texto sigue hasta en sus más elementales deficiencias de las soluciones históricas ya apuntadas, y sigue sin resolver los problemas de fondo que se plantean en la materia, lo que le merece este atinado comentario: «... ni siquiera puede advertirse sin dificultad en el precepto ... una distinción entre pasivo mobiliario e inmobiliario que, ..., tanto simplificaría las cosas en el momento de su aplicación práctica: y, más todavía, tratándose de deudas de la mujer, las dificultades pueden multiplicarse si no se hace constar que, dada su posición en la comunidad, es necesario probar que las obligaciones fueron contraídas precisamente con anterioridad a la celebración de las nupcias, ya que en otro caso, se desvirtuaría el principio general que le prohíbe obligar durante el matrimonio el activo común» (84).

PALA MEDIANO puso el dedo en la llaga respecto de las limitaciones intrínsecas y de las contradicciones que suponía el artículo 51 del Apéndice construyendo un ejemplo a través del cual destaca la disminución de las garantías que para los acreedores de ambos cónyuges supuso la limitación de la responsabilidad sobre los inmuebles comunes por deudas antenup-

(83) M. ISABAL *Exposición y comentario del cuerpo legal. Fueros y observancias del Reino de Aragón*, Zaragoza, 1926, pág. 486.

(84) ALBALATE *Op. cit.*, pág. 25.

ciales bajo el Apéndice (85), y concluye: «Ciertamente que la regla del Derecho antiguo se halla establecida en beneficio del cónyuge no deudor, a quien su cónyuge puede engañar acerca del estado de su fortuna y singularmente de su pasivo. Pero, si merece protección el cónyuge no deudor, su interés, opuesto ... al de los acreedores de su consorte que tienen un derecho y un interés anterior, debe ceder en beneficio de estos últimos».

b) Análisis del artículo 45 de la Compilación

La materialidad del texto compilado atiende de forma fundamental a la superación de los problemas que, en su día, detectara PALA para el artículo 51 del Apéndice. La responsabilidad por las deudas antenupciales de cada cónyuge recae básicamente sobre sus privativos, pues tales deudas no son en modo alguno parte del pasivo consorcial, y sólo alcanzan a la masa consorcial de forma directa en la medida y valor en que ésta se haya enriquecido por la aportación de bienes por el cónyuge deudor.

Ello no quiere decir que los acreedores no puedan, en vía de ejecución forzosa cobrarse con bienes consorciales, pues a este respecto es de aplicación a esta clase de débitos lo dispuesto con carácter general en el artículo 46.1 Ca para las deudas privativas que es el carácter que en definitiva les conviene. El texto se encamina de forma expresa a dejar eficaz constancia de que, frente a las deficiencias del Derecho histórico esclarecidas por PALA, LACRUZ y ALBALATE, los derechos de los acreedores antenupciales sobre los bienes aportados por el cónyuge deudor a la comunidad son anteriores y preferentes a los de ésta y a los que pudieran corresponderle sobre los mismos bienes al cónyuge no deudor.

El texto tiene el acierto de no distinguir entre bienes muebles y sitios aportados, aunque en el sistema de comunidad específico de este régimen legal serán de ordinario bienes de naturaleza mueble.

Para los restantes aspectos nos remitimos al comentario conjunto que para el precepto que nos ocupa y para las deudas derivadas de donaciones y sucesiones (art. 44 Ca) hemos efectuado más arriba.

(85) PALA MEDIANO «Posibles aplicaciones del principio de igualdad jurídica entre los cónyuges en una nueva ordenación del Derecho aragonés», *ADA*, 1949-50, pág. 37. «Uno de los cónyuges posee al tiempo de contraer matrimonio valores, créditos, etc., en suma, bienes muebles de cierta importancia que en el régimen legal de la comunidad se harán comunes. Si después de contraído matrimonio se invierten tales bienes o el producto de su venta en la adquisición de inmuebles, éstos tendrán la consideración de comunes, y la mitad de ellos no responderá de las deudas del cónyuge aportante anteriores al matrimonio »

DEUDAS PRIVATIVAS

Deudas posteriores privativas

Artículo 46. 1. Las deudas posteriores privativas gravan los bienes del cónyuge deudor y, siendo éstos insuficientes, al patrimonio común, a salvo siempre el valor que en él le corresponde al otro cónyuge, así como los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes.

2. Lo pagado a costa de los bienes comunes se imputará en la participación del cónyuge deudor, hasta que los reembolse, y se tendrá en cuenta para las ulteriores reclamaciones de acreedores privativos.

A) Introducción

Con la formulación de este precepto en el régimen legal aragonés, que carece de antecedentes directos en su Derecho histórico, como ocurre en los restantes regímenes económicos comunitarios tradicionales gestionados por el marido, la Comisión compiladora del Derecho foral aragonés trató con este precepto de hacer frente y resolver dos problemas singulares que se entrelazaban íntimamente.

Uno de ellos histórico, encaminado a rescatar los bienes muebles, dada su creciente importancia económica, para el cálculo de la mitad del valor de la masa común que corresponde al cónyuge no deudor, para a continuación poder poner a esta mitad a salvo de los embargos por las deudas privativas del otro cónyuge, respecto de las cuales el cónyuge no deudor es rigurosamente tercero y debe ser tratado como tal, corrigiéndose así uno de los aspectos más criticados por la doctrina (86) respecto del artículo 50 del Apéndice, que ya nació claramente desfasado en esta materia, pues es claro que en los años veinte de este siglo ya no podía admitirse, en modo alguno, el adagio *res mobilis, res vilis*.

El otro problema a resolver era rigurosamente contemporáneo, la reforma del Derecho histórico aragonés que quería introducir la Comisión a través de la Compilación suponía, entre otras muchas, la contemplación de que ambos cónyuges (ya no sólo el marido) podían gestionar sus propios privativos, por lo tanto contraer deudas también privativas, por lo que en principio deberían ser estos específicos bienes los que respondieran inmediata y directamente de estas deudas, ya que los comunes, por exigencia estructural del régimen están destinados, muy en primer lugar, a hacer frente a las cargas familiares y a las restantes deudas comunes.

(86) PALA, LACRUZ y ALBALATE, entre otros.

Es este espíritu el que queda fielmente reflejado en el informe del seminario cuando dice: «*Se ha tratado de respetar al máximo el interés de los acreedores, sin perjudicar en lo más mínimo al cónyuge no deudor, y con una fórmula dogmáticamente correcta y congruente con el resto del articulado y con la naturaleza jurídica de la comunidad conyugal que dicho artículo presupone*» (87).

Es evidente que, en un sistema comunitario de economía familiar en el que se quieren respetar al máximo posible las capacidades de actuación de cada cónyuge sobre sus respectivos privativos y, a su vez, mantener el sistema general de responsabilidad patrimonial universal propio del artículo 1.911 CC, sólo cabía afectar los propios privativos a tal género de deudas e incluir en tal afección la parte que el deudor ostenta en los bienes comunes, dejando siempre a salvo los intereses del cónyuge no deudor en estos últimos y respetando, a su vez, los intereses de los acreedores preferentes por deudas también comunes; por ello se adoptó enteramente la tesis que ALBALATE había sustentado en su memoria doctoral en este mismo sentido, la cual traducía a términos concretos, con redacción en forma quasinormativa, los postulados que LACRUZ y PALA habían ido manifestando reiteradamente en sus críticas y comentarios a la concepción, aplicación y efectos del debatido y criticado artículo 50 del Apéndice.

B) *Ámbito material y estructura del precepto*

Algunos autores con ocasión de tratar la responsabilidad patrimonial derivada de las deudas privativas de uno de los cónyuges critican, más o menos duramente, la ausencia de una regulación general o al menos la presencia de una enumeración de las deudas que deban tener tal consideración, aunque ésta tuviera carácter meramente ejemplificativo.

No parece que esta solución sea la adecuada y mucho menos resulta la más práctica, es patente, por lo que se refiere al Derecho aragonés, ya que el contenido material de los artículos 41 y 42 Ca —como sucede, por otra parte, a la generalidad de los regímenes comunitarios— se extiende a la mayor parte de las actividades que son propias y caracterizantes de una economía familiar, por lo que las relaciones jurídicas que pueden dar lugar a deudas privativas se presentan por la vía del análisis residual y normativamente recibe una configuración negativa, pues ésta se viene a corresponder con el ámbito no comprendido en los citados artículos o con las actividades que refiriéndose a tales finalidades de ordinario consorciales no reúnen los requisitos objetivos para recibir tal cualificación, lo que las

(87) «Informe...», cit., pág. 117

hace muy conflictivas en su tratamiento, las más de las veces, aunque tal conflictividad se suele plantear en el complejo entramado de las relaciones internas de contribución o de aplicación de los reintegros y reembolsos entre masas.

Es conveniente advertir aquí que estos contenidos potencialmente conflictivos quedan reducidos en la práctica a la valoración jurídica de aquellas actuaciones que suponen *extralimitación* en las facultades legales de administración o supongan *irregularidad* en la explotación de los negocios o en el ejercicio de la profesión, como se puede deducir de la regulación general del artículo 42 Ca interpretado *a contrario*; ya que los supuestos del artículo 41 Ca se describen mucho más explícitamente en la norma, salvo en el caso del inciso primero del apartado 5.º que es cuestión en la que hay que estar al resultado de la prueba, por lo que la fijación del marco propio de las deudas privativas en el régimen legal aragonés no suele presentar caracteres excesivamente problemáticos en la práctica.

Por lo que hace a la estructura interna, el precepto ha querido proteger (88) los contrapuestos intereses puestos en juego en esta específica relación necesariamente multilateral. Es decir, trata de coordinar múltiples intereses. Los del acreedor de uno de los cónyuges, subrayemos por una deuda reputada privativa, para poder hacer efectivo su crédito pese a la insuficiencia de bienes de titularidad privativa de su deudor. Los del cónyuge no deudor, que de otra forma podría verse privado de su parte en la masa común, que no por inconcretada deja por ello de ascender a la mitad del valor de los bienes consorciales. Además, también se tienen en cuenta los intereses de los acreedores que lo sean por deudas comunes, que el precepto congruentemente con el sistema y la naturaleza del régimen no duda en calificar de preferentes. Todo ello sin dejar de hacer compatibles estos intereses protegidos por la norma con la ampliación de la solvencia individual de los cónyuges, a través de hacer actual, y no meramente virtual, su participación real en la masa común.

Por último, el precepto se ocupa, en párrafo aparte, de la repercusión de la responsabilidad hecha efectiva sobre la liquidación del consorcio y en los casos de concurrencia con otros acreedores privativos.

Como puede observarse, en el precepto no hay referencia alguna a los aspectos de carácter procesal que de forma sobresaliente se plantean en la materia, lo que sí, de una parte, favorece la inteligencia y coherencia del

(88) En mi particular opinión *lo ha logrado* pese a las dificultades procesales con que se ha encontrado el precepto en su aplicación, producto, sin duda, del dogmatismo procesalista en que incurren con excesiva frecuencia los órganos jurisdiccionales en detrimento de la aplicación del derecho material a todas luces más relevante.

contenido de puro derecho material que tiene el mismo (89); de otra, ha provocado un literal desconocimiento por parte de los Tribunales de la defensa de los intereses del cónyuge no deudor, extremo éste que es claro, patente y terminante en la global concepción de la norma (90). Tampoco quisieron los autores del precepto forzar la disolución de la comunidad, como medio extremo de defensa de los intereses del cónyuge no deudor (91), porque lo que se trataba de defender eran los intereses de todos aquellos que son rigurosamente terceros a la relación crediticia, incluido el cónyuge (92).

Tal vez el precepto padezca una excesiva carga espiritual, incluso voluntarista, para una estructura excesivamente endeble por faltarle el soporte procedimental, lo que siempre ha sido más que discutible y hoy abiertamente contrario a la Constitución, por vulneración flagrante de su artículo 24.1. No es ni puede ser suficiente para cumplir con el precepto constitucional citado y evitar la indefensión decir en la sentencia que los derechos del cónyuge no deudor a su parte en los consorciales debe plantearse en otro pleito, limitado a la reclamación contra el cónyuge deudor (acción de reembolso), porque el acreedor de éste ha cobrado o se intenta cobrar con bienes que tal vez, esa es la posición de que parte el cónyuge no deudor reclamante, exceden de la mitad del valor de los comunes, cuota únicamente abierta a la agresión del acreedor, en cuyo caso creo que sí cabe la vía de la tercería de dominio, como lo estaba con el derogado artículo 50 del Apéndice (93), porque la efectividad de los derechos del cónyuge no deudor (aquí la mujer) sobre la masa común, no queda referida en modo alguno al momento de la disolución del matrimonio. Si este artículo 46 Ca sustituye, moderniza y amplía el contenido del derogado artículo 50 del Apéndice y no precisamente en contra del cónyuge deudor, sino todo lo contrario, es preciso concluir que lo que era procedente en

(89) GARCÍA CANTERO, en su redacción del tit V, vol. I, de Castán (pág. 414), no ha dudado en criticar la mezcla de aspectos procesales y materiales que se dan en el artículo 1.373 CC de idéntica finalidad e inspiración a este artículo 46 Ca, porque con ello se entorpece la inteligencia y alcance del mismo.

(90) Ver en este sentido la S. del TS. de 2 de julio de 1984, comentada por DELGADO ECHEVARRÍA en *CCJC*, 6, págs. 1935 y sigs.

(91) En el tantas veces citado informe del seminario se lee: *Se ha prescindido de la liquidación provisional de la comunidad, o de la segregación de bienes determinados de la misma, para vender la mitad y atribuir la otra mitad, como privativa, al cónyuge no deudor*, pág. 117.

(92) Alguno de los autores del precepto cuando trasladaron el espíritu del mismo a la disciplina de la sociedad de gananciales no dudaron en acoger la disolución de la comunidad en el artículo 1.373 CC como vía aparentemente más eficaz de defensa.

(93) El Tribunal Supremo la admitió, con éxito para la demandante, en su S. de 26 de mayo de 1962.

este sentido bajo el Apéndice es, como mínimo, procedente también hoy (94).

La idea de equilibrio de intereses que se lleva a la redacción del precepto tal vez tenga el inconveniente formal de acumular en el mismo texto la defensa de los intereses de todos los que son terceros a la relación de crédito-deuda privativos (cónyuge no deudor y acreedores del consorcio) y el no menos importante inconveniente de no expresar a quién debe corresponder la iniciativa procesal de probar que con el alcance del embargo solicitado no se lesionan los restantes intereses y derechos, conducta que en el informe del seminario se presumía pesaba, en pura lógica, sobre el acreedor privativo demandante: «*Los acreedores tendrán que probar, ante su simple afirmación de que los bienes no son suficientes para que puedan cobrar la deuda sin perjuicio suyo, que realmente está libre de todo perjuicio* (el cónyuge no deudor). *Para ello no se hará una liquidación provisional del consorcio, sino un simple balance*» (95).

Creo que esta ligerísima explicación se debe a que en la mente de ALBALATE, autor de esta recapitulación, seguía presente que en el texto que él mismo propuso no figuraba la protección de los acreedores consorciales y se explicitaba la carga de la prueba sobre el acreedor privativo que pretendía hacer efectivos sus derechos sobre la masa común. Decía aquel texto: «*Las deudas privativas gravan los bienes del cónyuge deudor y, siendo insuficientes, el patrimonio común, pero respetando siempre el valor que corresponde al otro cónyuge. La prueba de este último extremo incumbe a los acreedores*» (96).

C) Alcance de la responsabilidad por deudas privativas

En la práctica totalidad de los regímenes económico-matrimoniales comunitarios se procura que las deudas privativas (por haber sido contraí-

(94) Estoy íntimamente convencido de que si, en el caso de la sentencia citada, el cónyuge demandado hubiera sido el demandante, por ser la esposa la deudora privativa, el resultado del pleito hubiera sido muy otro: el de la aplicación más o menos correcta del artículo 46 Ca, desconocido por los juzgadores al menos en cuanto su espíritu y en gran medida en cuanto a la misma letra y no por antifeminismo de los juzgadores, de ningún modo, sino porque el resultado hubiera entroncado con la visión del marido-administrador y responsable (dueño y señor) de los bienes comunes que deben ser preservados. Lo que ocurre es sencillamente que, en primer lugar, se sitúa a la ley rituaría por encima de la ley material y, en segundo lugar, que no se ha entendido la configuración específica del pasivo (en todos los regímenes matrimoniales) porque no se entiende o no se acepta su peculiar naturaleza jurídica de comunidad actual y no deferida.

(95) «Informe . . .», cit., pág. 117.

(96) ALBALATE *Op. et loc. cit.*, pág. 128.

das en el único interés del cónyuge deudor, o sin contemplar los fines consorciales propiamente dichos, o por contravenir las normas fijadas para que el endeudamiento sea común) sean satisfechas sin que se vea afectada la masa consorcial, es decir, a cargo de la masa privativa del propio deudor.

Ahora bien, en casi todos ellos, pese a que se dan claras posiciones doctrinales en favor de la intangibilidad de la masa consorcial por tales deudas (97), se posibilita el acceso de los acreedores privativos, para hacer efectiva su legítima pretensión, a la ejecución sobre bienes de la masa consorcial en mayor o menor grado (98). Desde esta perspectiva se puede afirmar que la mayoría de tales regímenes establecen para la garantía de las deudas privativas una *responsabilidad directa e inmediata*, la de la masa privativa del deudor, y otra *subsidiaria y mediata*, la de la masa consorcial en la medida en que queda afectada por insuficiencia de la privativa.

El sistema adoptado por el Derecho aragonés, en este artículo 46 Ca, puede ser calificado, conforme a los tipos señalados por RAGEL, como de *comunicación limitada cuantitativa de masas patrimoniales*, siguiendo el espíritu del modelo de responsabilidad patrimonial universal acuñado por el artículo 1.911 CC, directamente aplicable a Aragón.

Ahora bien, dentro de este específico sistema del artículo 46 Ca cabe preguntarse si al acreedor le basta alegar la mera insuficiencia de la masa privativa de su deudor o si será preciso demostrarla e incluso intentar cobrar primero con los privativos y consecuentemente, sólo provocar el embargo y realización de consorciales en la medida comprobada que nos proporciona la insuficiencia real cuantificada. Para SANCHEZ-ARROYO «la facultad que se confiere al acreedor de agredir los bienes comunes por deudas privativas es excepcional y se configura como un refuerzo de la garantía del cónyuge que contrajo la deuda, a fin de proteger en la mayor medida posible los intereses legítimos de aquél... Hay que concluir, por

(97) F. CORSI: *Il regime patrimoniale della famiglia*, pág. 59.

G. GARCÍA CANTERO, en la revisión y puesta al día del *Derecho de Familia*, de Castán, pág. 414.

(98) L. F. RAGEL SÁNCHEZ, en su obra *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, clasifica las distintas soluciones adoptadas en el Derecho comparado bajo los siguientes tipos: a) *Incomunicación de masas patrimoniales*; b) *Incomunicación atenuada de masas patrimoniales*; c) *Comunicación limitada cualitativa de masas patrimoniales*; d) *Comunicación limitada cuantitativa de masas patrimoniales*, y e) *Comunicación de masas patrimoniales*. Es de hacer notar al respecto que el tipo señalado con la letra a) sólo se adoptó para el régimen italiano de comunidad convencional, siendo entonces el legal en aquel país el de separación de bienes y el que se corresponde con la letra e) sólo está vigente en los Países Bajos, en el contexto lógico de un régimen de comunidad universal.

tanto, que la facultad que el precepto confiere al acreedor privativo es excepcional, y por ello debe interpretarse en términos restrictivos» (99); no creo que sea exactamente así, aunque tal vez hubiera resultado conveniente tal orientación a la vista de su aplicación jurisprudencial nada respetuosa para con el texto legal.

Para el régimen efectivamente establecido, entiendo que al acreedor le basta con alegar razonadamente en su demanda la insuficiencia de los privativos conocidos del deudor para poder pedir el embargo de los consorciales hasta la mitad de su valor, porque aunque no creo que sea correcta la posición que sustenta la Sentencia de 2 de julio de 1984, en su Considerando cuarto, cuando afirma: «... porque el artículo 46 al prevenir que las deudas posteriores privativas gravan los bienes del cónyuge deudor y, siendo éstos insuficientes, al patrimonio común, a salvo siempre el valor que en él corresponde al otro cónyuge, sitúa la cuestión litigiosa, aceptando la tesis de la parte recurrente de que la deuda contraída por su marido, origen de la demanda ejecutiva, era privativa de éste, en términos de los que claramente resulta la procedencia del embargo trabado sobre bienes del patrimonio común, habida cuenta de que la insuficiencia de los bienes privativos del marido para responder de la deuda por el mismo contraída *era prueba, no efectuada, que correspondía a la esposa demandante*, tras realizar la pertinente alegación en tal sentido...»; sí lo es que la *prueba de la suficiencia* de los bienes privativos corresponde al cónyuge no deudor que se oponga al embargo de consorciales, pues la *subsidiariedad* no implica aquí la existencia de un derecho previo de excusión en favor de la masa consorcial, ni la afección resulta condicionada a la demostración de insuficiencia por parte del acreedor, sino que se trata de una mera gradación que, como arma suplementaria, se brinda al cónyuge no deudor y a los acreedores consorciales en defensa de sus derechos y no en ninguna otra medida, para el acreedor basta la declaración general del artículo 1.911 CC, pues la mitad del valor de los consorciales forma parte de los *bienes presentes* de su deudor.

Para que el acreedor pueda llegar al embargo de bienes consorciales, al menos en la inteligencia que dio lugar a la redacción del precepto y a pesar de la posición, más que discutible, adoptada por las tres instancias jurisdiccionales que acabaron en la repetidamente citada Sentencia de 2 de julio de 1984, no es bastante la alegación por éste de la insuficiencia de los privativos del deudor, se requiere asimismo que pruebe, ahora sí, que queda indemne la mitad en valor que corresponde en la masa común al cónyuge no deudor.

No me parece suficiente al respecto el que se haya prescindido en el

(99) SANCHEZ-ARROYO *Op. et loc. cit.*, pág. 508.

precepto del inciso que requería tal prueba para aducir que no se trata de un requisito esencial para el ejercicio del derecho reconocido al acreedor en la norma, como se deduce del discurso del informe del seminario, redactado después de haber procedido a tal supresión.

Parece claro que la expresión «*a salvo siempre el valor que en él corresponde al otro cónyuge*» no tiene otro destinatario que el acreedor privativo, se trata, en definitiva, de un presupuesto para el ejercicio de su acción que no puede ser abandonado a la eventual defensa por el demandado, lo que sería improcedente; además, su supresión radical conduce al cónyuge no deudor, en principio, a una patente indefensión y a una privación ilegítima de sus derechos a la defensa de su dominio, bien sea representado por una cuota ideal en valor, lo que lo hace más protegible por su intangibilidad.

D) *Prelación entre los intereses protegidos por el artículo 46 de la Compilación*

El acreedor privativo tiene la posición que se corresponda con su crédito (ordinaria o privilegiada) respecto de los bienes privativos de su deudor, pero cede su puesto respecto de la masa consorcial ante los acreedores por deudas comunes; esta anteposición no puede considerarse como un privilegio de estos acreedores, sino que se trata más bien de un efecto reflejo de la propia naturaleza de destinación a las atenciones comunes que, por esencia, caracteriza a la masa consorcial, como ha venido destacando tradicionalmente la mejor doctrina y la jurisprudencia.

Por lo que se refiere a la específica posición del cónyuge no deudor no resulta dogmáticamente correcto hablar de prelación. Su posición de defensa no se corresponde con la derivada de una típica relación crediticia que ostente frente al otro cónyuge o frente a la masa común, sino con la de una titularidad que puede resultar mecánicamente desconocida, primero, y perjudicada, después; precisamente por serlo de una cuota indeterminada sobre bienes concretos, por ello nos encontramos ante unas medidas dictadas para la defensa de su integridad patrimonial ante una perturbación por hecho o por una relación crediticia a la que resulta ser de derecho ajeno a la misma. Su posición tan sólo podría considerarse de relativo privilegio cuando resulte ser acreedor de la masa común por recompensas, pero eso sí tan sólo en el momento de la liquidación del régimen (argumento ex art. 56.I.º Ca).

E) *Medios de defensa del cónyuge no deudor*

Al cónyuge no deudor para defender la integridad de su participación consorcial ante la agresión de la masa común por el acreedor de su cónyuge por deudas de éste contraídas con el carácter de privativas se le ofrecen (al menos en el plano teórico) dos vías de oposición: una, la de demostrar la suficiencia de los bienes privativos de su cónyuge para hacer frente al adeudo y, otra tradicional, la de interponer frente a su cónyuge y al acreedor de éste la correspondiente *tercería de dominio*, ya que la acción de regreso no es propiamente una vía de defensa de su integridad patrimonial, sino más bien un remedio frente al empobrecimiento injustificado sufrido de muy difícil y dudosa reparación, ya que se partió precisamente de la insuficiencia de bienes privativos del deudor.

Es evidente y notorio que la legislación procesal no sólo desconoce este problema, uno de los más frecuentes en una sociedad como la nuestra en la que la mayor parte de las economías familiares se mueven dentro de las normas propias de un régimen económico comunitario, sino que, sencillamente, ni tan siquiera ha preocupado al legislador, como puede comprobarse a través de su inercia en la materia pese al importante número de iniciativas legislativas que sobre el Derecho de familia ha tramitado el Poder legislativo en los últimos años.

Ahora bien, estos inconvenientes formales, como ya he apuntado, no pueden desembocar, como es patente ocurre en la Sentencia de 2 de julio de 1984, en una flagrante indefensión del cónyuge no deudor, ni una irracional y antijurídica inversión de la carga de la prueba sobre la indemnidad de la mitad en valor que corresponde en los comunes al no deudor que corresponde a quien deba alegarla, es decir, al acreedor.

La tesis dialécticamente impecable y agudísima que DELGADO ECHEVARRÍA propone en su comentario a la sentencia citada (100), aunque a mi personal juicio el artículo 1.373 CC, pese a su filiación material e inspiración aragonesas, que comparto por ser patente, no es directamente aplicable al régimen legal aragonés, porque en la idea y en la dicción del artículo 46 Ca no sólo se obvia, sino, en más, se quiso conscientemente excluir el mecanismo de la disolución automática de la comunidad ante la oposición judicial al embargo de consorciales por parte del cónyuge no deudor, por ser excesivamente radical y hasta puede decirse que formalista en exceso, pues entre nosotros es posible proceder a una liquidación sin que de ella se derive la disolución del régimen —argumento *ex* artículo 47.2 Ca—. Lo que sí hace la tesis sostenida por DELGADO es traer luz

(100) CCJC, núm. 6, págs. 1935 y sigs. Por cierto, esta tesis la hace enteramente suya SANCHO-ARROYO sin la menor cita al autor de la misma.

suficiente al problema como para abordarlo desde el ayuno procesalmente del artículo 46 Ca y bosquejar una solución al mismo coherente con su letra y con su espíritu.

La necesidad de notificación al cónyuge no deudor del señalamiento para embargo de bienes consorciales por deudas privativas de su cónyuge no puede ser negada, por tratarse de un puro presupuesto de defensa y no ser un requisito sobreañadido por la ley para el caso aislado del artículo 1.373 CC, ya aunque se trate de un procedimiento ejecutivo. La falta de notificación provoca la indefensión del cónyuge no deudor y hace que los actos procesales seguidos sin ella incurran en tacha de inconstitucionalidad procesal que puede y debe dar lugar a interponer y progresar el correspondiente *recurso de amparo* ante el Tribunal Constitucional (101), pues es necesario y de estricta justicia posibilitar que el cónyuge no deudor pueda contradecir la declaración del acreedor sobre la insuficiencia de los privativos de su deudor y probar, en su caso, la suficiencia de los mismos. Y, en todo caso, para exigir que el acreedor pruebe, como le corresponde, que en el señalamiento para embargo de bienes consorciales, en caso de insuficiencia de los privativos (o a falta de prueba de la suficiencia de los mismos), queda indemne la mitad en valor que al no deudor le corresponde en los mismos y que no puede ser agredido, sin más, por deudas privativas del otro cónyuge.

La negativa a la admisión de la tercería de dominio por parte de los órganos jurisdiccionales en el caso de la sentencia aludida presupone una decidida marcha atrás no sólo en la interpretación jurisprudencial del precepto, sino en la inteligencia de la propia naturaleza jurídica del consorcio (extensible, al menos desde la reforma de 1981, a la sociedad de gananciales), con vuelta sin razón alguna a la jurisprudencia anterior a 1981 para los derogados artículos 1.408 y 1.410 CC, que negó reiteradamente la posibilidad de interponer una tercería de dominio por parte de la mujer, porque se negaba que ésta tuviera un dominio real, bien que porcentual, sobre los bienes comunes.

Contra esta posición debo recordar se alzó la crítica argumentada de LACRUZ, en los siguientes términos: «*El no conocerse el importe exacto de las ganancias no puede ser obstáculo para salvaguardar el valor ganancial que, en un momento dado, parezca corresponder a un cónyuge no frente a los "acreedores consorciales", sino a los "acreedores particulares" del otro esposo, que cobran sobre la masa ganancial por simple concesión del Derecho positivo, sin haber ingresado en ella como contrapartida de la*

(101) A esta misma conclusión llega RAGEL SÁNCHEZ con respecto al artículo 1.373 CC y para la misma cuestión que nos ocupa, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 1965.

deuda valor alguno real o presunto, y todo en atención a la cuota que sobre bienes gananciales corresponda al cónyuge deudor. Precisamente por esta última circunstancia el período final del artículo 1.410 debe entenderse como un límite de su aplicación: para poder repetir por las multas y condenas pecuniarias contra el patrimonio común, es condición previa que verosímelmente, y sobre todos los datos que se poseen en el momento, quepa en la parte del deudor el importe que se reclama, pues si la agresión de los acreedores privativos contra los gananciales es un sucedáneo de la imposible ejecución sobre la cuota correspondiente al cónyuge deudor de ellos, no puede resolverse en un perjuicio irreparable de tercero. La solución de posponer el derecho del otro cónyuge ante el acreedor, so pretexto de que no se sabe si habrá o no ganancias en su día, es tan injusta como lo sería rechazar del todo al acreedor» (102).

El texto transcrito es nada menos que de 1963, es decir, anterior a todo el movimiento legislativo de equiparación de los cónyuges, pero parece que esté dictado ante la lectura naturalmente a contrario de la Sentencia de 2 de julio de 1984, Si esto era así, desde la perspectiva lógica del sistema, para la sociedad de gananciales anterior a la reforma del 81, mucho más lo será para el régimen legal aragonés, en el que el reconocimiento del dominio actual de ambos cónyuges sobre los bienes consorciales nunca ha sido puesto en duda (al menos para los inmuebles y desde la Compilación para muebles y sitios) por la doctrina y la jurisprudencia admitió ya la interposición de la tercería de dominio por parte del cónyuge no deudor en los supuestos que nos ocupan bajo la vigencia del Apéndice foral (art. 50).

La tercería de dominio, como medio extremo de defensa de los intereses sobre los bienes comunes del cónyuge no deudor, es admitida plenamente aun hoy por RAGEL SÁNCHEZ para la nueva disciplina del artículo 1.373 CC, en los siguientes términos: «Contra la resolución judicial que deniegue al cónyuge no demandado la solicitud planteada de previo y especial pronunciamiento, podrá el interesado formular recurso de apelación en un solo efecto (arts. 743 y 785 LEC). También podrá iniciar los trámites de una tercería de dominio cuando pretenda la reducción del embargo a la mitad del valor del activo consorcial o al alzamiento del embargo por haberse embargado bienes privativos del tercerista» (103), porque para el nuevo sistema de equiparación de los cónyuges, en la gestión y administración de los bienes comunes, no existe la menor duda de que a ambos corresponde un dominio actual sobre los mismos.

SANCHO-ARROYO, por el contrario, entiende, conforme a los razona-

(102) LACRUZ *El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 525

(103) RAGEL SÁNCHEZ *Op. cit.*, pág. 216.

mientos (mejor cabría hablar de ausencia de motivación racional) de la Sentencia de 2 de julio de 1984, que aunque «frecuentemente se ha recurrido, en la práctica, a la formulación de tercerías de dominio por parte del cónyuge no deudor para dejar a salvo el valor que pudiera corresponderle en el consorcio. Sin embargo, entiendo que no es ése el medio correcto de plantear el problema porque, de acuerdo con la exposición de ALBALATE..., es el consorcio el que paga, sin liquidación de ningún género, sin que haya lugar a practicar una liquidación provisional de la comunidad o la segregación de bienes determinados de la misma» (104), las dos premisas en que se funda este autor, la potencialidad del «pudiera corresponderle» y el argumento de autoridad puesto en el pensamiento de ALBALATE, resultan, como mínimo, infundadas.

Respecto de la primera premisa, la de la titularidad potencial sobre los consorciales en valor, no repara este autor en algo obvio, cual es que el propio artículo 46 Ca responde inapelablemente a esta cuestión en su propia letra, dice: «*a salvo siempre el valor que en él* (en el patrimonio común) *corresponde al otro cónyuge*», se trata de una declaración imperativa: para todo caso, y en tiempo presente, no en futuro o futurible. El acreedor no puede satisfacer su crédito a costa de bienes que *son del otro cónyuge*, que no es deudor suyo, como tampoco lo es el consorcio.

Respecto del argumento de autoridad, aunque es cierto que ALBALATE llevó al informe del seminario el siguiente argumento: «Se ha prescindido de la liquidación provisional de la comunidad, o de la segregación de bienes determinados de la misma, para vender la mitad y atribuir la otra mitad, como privativa, al cónyuge no deudor. Ahora es la comunidad la que paga, sin liquidación de ningún género. El cónyuge deudor pierde, por lo pronto, con esto, los frutos que producirían para la comunidad los bienes destinados a pagar. Pero si se tiene en cuenta que la deuda produce intereses, y que tales intereses deben ser abonados siempre con cargo a los bienes comunes, se comprenderá que el perjuicio no existe; y ya que no hay otra pérdida para el cónyuge que no se obligó. *Los acreedores tendrán que probar*, ante su simple afirmación de que los bienes no son suficientes para que puedan cobrar la deuda sin perjuicio suyo, *que realmente está libre de todo perjuicio*. Para ello no se hará una liquidación provisional del consorcio, sino un simple balance» (105). Es preciso efectuar aquí, a mi modo de ver, varias e importantes precisiones:

Primera.—El argumento, como se deduce claramente de su texto, está orientado a justificar la posibilidad de agresión de los consorciales para el

(104) SANCHO-ARROYO *Op. cit.*, pág. 510

(105) «Informe del seminario», *cit.*, pág. 117.

pago de deudas privativas de uno de los cónyuges, significando que el no tratamiento de la masa común como patrimonio radicalmente separado (ya hemos visto que hay opiniones en defensa de esta eventualidad jurídica) no tiene por qué perjudicar en nada al cónyuge no deudor.

Segunda.—Se parte en todo momento de que el acreedor tiene que probar tanto la insuficiencia de privativos como que no se agrede en absoluto y se respeta la mitad en valor que corresponde a quien no es, en modo alguno, deudor suyo.

Tercera.—No se puede emplear como argumento de fondo una licencia de lenguaje. ALBALATE, vista y estudiada su importante obra *El pasivo de las masas patrimoniales*, jamás pensó, o pudo pensar, que quien paga es la comunidad, para ello debió, al menos, reivindicar, cosa que nunca hizo, el reconocimiento de personalidad jurídica para la masa consorcial. Aquí lo que importa es precisamente que no llegue a pagar quien no debe, por la vía de la indefensión ante el embargo de los consorciales; el que haya o no lugar a la liquidación provisional o definitiva del consorcio es cuestión interna de los cónyuges, que no interesa ni al acreedor ni a la jurisdicción que entienda de la reclamación por impago de una deuda privativa.

Creo que en esta materia, sea por la vía sugerida por DELGADO ECHEVARRÍA de entender que el artículo 1.373.1 CC puede formar parte del Derecho aragonés, sea por la vía aquí explicitada de que el cónyuge no deudor puede defender su integridad patrimonial en los consorciales: probando la suficiencia de los privativos de su consorte; obligando a que el acreedor puebe cumplidamente que queda a salvo su mitad en valor; por último, instando (tal vez contra pronóstico) la tercería de dominio. No obstante, parece a todas luces necesario proceder a la revisión del precepto para reintroducir en el mismo la declaración sobre la carga de la prueba que pesa sobre los acreedores privativos, como figuraba en los textos proyectados, y, de otra parte, iniciar un proceso legislativo que, en aspiración de DELGADO comúnmente compartida, alumbre «una posible norma procesal autonómica aragonesa (art. 149.1.6 de la Constitución y 35.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón) que resuelva definitivamente la coordinación entre el Derecho sustantivo y las normas de procedimiento».

F) *Medios de defensa de los acreedores consorciales frente al embargo por acreedor privativo*

Los acreedores consorciales que vean en peligro la integridad de sus créditos con el embargo de los bienes comunes por el acreedor privativo de uno de los cónyuges pueden instar en defensa de sus créditos, declarados

preferentes respecto de la masa consorcial por este artículo 46 Ca, una *tercería de mejor derecho* ante el Juzgado que entienda de la ejecución, sin que ello presuponga el planteamiento de un verdadero concurso de acreedores, se trata de obtener una declaración de preferencia para hacer efectivo íntegramente su crédito sobre bienes de la masa común. Para ello es preciso probar que la deuda es común, es decir, derivada de una de las actividades del consorcio prevista en el artículo 41 Ca e interponer la acción antes de que se haya efectuado el pago al acreedor privativo demandante en ejecución forzosa, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.533 LEC (106).

Además de esta acción derivada del carácter privilegiado de su crédito, estos acreedores pueden ejercer todas las acciones descritas en el apartado anterior y que corresponden al cónyuge no deudor, por la vía de la acción subrogatoria del artículo 1.111 CC, creo que con independencia de que el sujeto pasivo de la relación crediticia sea uno u otro cónyuge. Por supuesto, esta vía de la acción subrogatoria está abierta igualmente para los acreedores privativos del cónyuge no demandado.

G) *Las medidas de carácter liquidatorio contenidas en el precepto*

El artículo 46.2 Ca viene a poner de manifiesto de forma contundente y reiterada que la agresión de los bienes comunes por parte del acreedor privativo de uno de los cónyuges no puede ir más allá de la mitad en valor de los mismos y a subrayar, además, que no es preciso, para asegurar la indemnidad de esta cuota, recurrir a la liquidación y, aun menos, a la disolución del régimen.

El cónyuge que haya satisfecho su adeudo privativo con bienes consorciales deviene en deudor del consorcio hasta que reembolse, y si no lo hace se considera *ope legis* que tiene recibido parte o todo lo que en él le corresponde, es decir, este abono es tratado, desde la vertiente interna del régimen, como si de un anticipo de tesorería consorcial se tratase.

El sistema tiene, a pesar de los absurdos inconvenientes procesales que presenta, una indudable ventaja normativa sobre el de disolución automática de la comunidad, sobre todo para aquel cónyuge cuya función consorcial puede ser calificada con el carácter de ahorrativa, pero que no aporta ingresos consorciales directos, consistente en que la posibilidad de existen-

(106) Véase en esta materia, si bien referida a la problemática del artículo 1.373 CC, coincidente en este punto con la que nos ocupa, la obra citada de RAGEL SÁNCHEZ, págs. 237 y sigs.

cia de deudas privativas sucesivas es tenida en cuenta expresamente por la norma para mantener en términos reales la indemnidad de su cuota en valor, pues ésta sólo queda afecta a las responsabilidades generadas por débitos comunes y por los privativos propios del cónyuge considerado como titular (potencial) de la misma.

La interpretación del término *año agrícola* en la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos (*)

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: DIVERSOS PRECEPTOS QUE TRATAN, EN LA VIGENTE LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS, DEL TÉRMINO «AÑO AGRÍCOLA» E INTERPRETACIÓN UNIFORME O DIVERSA DEL MISMO EN ELLOS —2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS: a) LEY DE 1935 Y CÓDIGO CIVIL: «AÑO AGRÍCOLA» Y «ROTACIÓN DE CULTIVO» b) EVOLUCIÓN E INTRODUCCIÓN DEL NUEVO CONCEPTO EN LEYES POSTERIORES c) PLAZO DE «PREAVISO» PARA LA FINALIZACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS PROTEGIDOS —3. EL TEMA EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA ESPAÑOLA.—4. JURISPRUDENCIA: A) EL «AÑO AGRÍCOLA» COMO «ROTACIÓN DE CULTIVO». B) SOBRE EL «PREAVISO» EN LOS ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS PROTEGIDOS —5. APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN ANTERIOR A LA LEGISLACIÓN ACTUAL.—6. CONCLUSIONES.—7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCION

DIVERSOS PRECEPTOS QUE TRATAN, EN LA VIGENTE LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS, DEL TÉRMINO «AÑO AGRÍCOLA» E INTERPRETACIÓN UNIFORME O DIVERSA DEL MISMO EN ELLOS

Cuando en una misma, o en diversas Leyes, se usa de un término o concepto gramatical, su interpretación debe tender a ser idéntica, más sobre todo en el primer caso, en el que el proceso de elaboración o creación debiera ser uniforme, o producido en un reducido espacio de tiempo, que haga contemplar todo el texto legal en forma unitaria. Por ello se impone una interpretación sistemática de cada cuerpo legal, y más, si cabe, de cada concepto que se utilice repetidamente en él, y así la jurisprudencia impone este criterio al decir que «las distintas prescripciones contenidas en un mismo cuerpo legal deben entenderse armónicas entre sí, descartando

(*) NOTA: El presente trabajo se trata de una actualización y refundición de otro anterior del mismo autor, publicado bajo la rúbrica «El concepto de "año agrícola" en los arrendamientos rústicos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo núm. 4, abril 1977, págs. 307 a 330, inclusive.

cualquier interpretación aislada o fragmentaria que conduzca a su contradicción o incompatibilidad operativa» (p. ej.: Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1959).

No obstante lo anterior, este principio es, a veces, difícil de llevar a la práctica, si en la elaboración legal han intervenido, por vía de enmiendas o adiciones o recortes, diversas corrientes o grupos legislativos, y en mayor grado se dará esa dificultad cuando existen normas de refundición de otras de diversa procedencia. Esto último es lo que ocurrió con el precedente texto legal en la materia, el Reglamento de Arrendamientos Rústicos, de 29 de abril de 1959, pues por Decreto refundió en un solo cuerpo legal normas de distinta procedencia, como la Ley de 15 de marzo de 1935 y otras posteriores, reguladoras éstas de aspectos muy limitados de la materia, como los arrendamientos protegidos y los especialmente protegidos.

En el supuesto anterior, ya la jurisprudencia venía diciendo que, en caso de duda, había que acudir al texto legal original, que no había sido derogado (así, Sentencia de 18 de octubre de 1962), y ello venía dado por el rango normativo de los diversos preceptos (arts. 23 y 26 a 28 del Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado).

Uno de los puntos principales en que, en dicho Reglamento, se produjo la necesidad de una dispar interpretación de un concepto, por el acarreo de normas producido, fue en relación con el término gramatical *año agrícola*, como luego se verá, y como consecuencia de ello tal disparidad se ha propagado a la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos, de 31 de diciembre de 1980, la que, aunque regula la materia, en cierta forma, de modo distinto a la de anteriores Leyes y Reglamento, que expresamente deroga (disposición final de la misma), indudablemente ha sido influida en algunos aspectos por el anterior Reglamento, y a la fuerza tiene que regular, aunque sea con carácter transitorio, las situaciones derivadas de la legislación anterior, si bien en el tema de que aquí se trata, veremos que la actual Ley ha usado más profusamente del vocablo que antes, pero no disipa las dudas de su interpretación dual o variada, que viene de la legislación anterior, y que ahora se mantiene.

Así, el Reglamento precedente, como la Ley de 1935, regulaban o trataban sólo del concepto, en los artículos 25, y como deducidos de él, en el 9.º, apartado 5.º, y en los 27, apartado 3.º, y 28.2.ª, así como en el 49.2.º, en relación con la duración de la aparcería, y todo ello como derivación, a su vez, de lo dispuesto en los artículos 1.571 y 1.577 del Código Civil; mientras en aquel Reglamento se añadía, a los anteriores preceptos (con igual numeración que en la Ley), y ello motivado por la agregación de las normas relativas a los arrendamientos protegidos, lo

dispuesto en los artículos 91.2, 94.1 y 95.1, los que, como luego se verá, deben ser interpretados en forma distinta a los anteriores, en relación con la verdadera significación del vocablo referido.

En la actual Ley de 1980 se trata de dicho término en los siguientes preceptos:

a) *Artículo 6.º, número 4.º* (sobre casos exceptuados de su regulación por dicha Ley): «Quedan exceptuados de los preceptos del presente texto legal: ... 4.º Los arrendamientos que por su índole sean sólo de temporada, inferior al *año agrícola*».

b) *Artículo 13* (arrendamientos otorgados por usufructuarios y otros): «Los arrendamientos otorgados por usufructuarios..., se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador, subsistiendo el arrendamiento durante el correspondiente *año agrícola*».

c) *Artículo 25.2* (duración de los arrendamientos): «1. Los arrendamientos tendrán una duración mínima de seis años. 2. Terminado el plazo contractual, el arrendatario tendrá derecho a una primera prórroga por seis años y a prórrogas sucesivas de tres años cada una... No obstante, el arrendatario podrá rescindirle al término de cada *año agrícola*, dando al arrendador un preaviso de seis meses».

d) *Artículo 83.2* (extinción del arrendamiento por calificación de urbana de la finca, conforme a la legislación del suelo, o accesoriadad a edificios o explotaciones no rústicas): «Si, vigente el contrato, sobreviene cualquiera de las dos primeras circunstancias mencionadas en el artículo 7.º, apartado 1, el arrendador o su causahabiente podrá dar por finalizado el arriendo avisando con seis meses de antelación al arrendatario, que deberá dejar libre la finca a la terminación del *año agrícola*».

e) *Artículo 99.2* (contratos de arrendamientos anteriores a 1 de agosto de 1942, cuya renta hubiera sido regulada por una cantidad de trigo no superior a 40 quintales métricos y que el arrendatario los lleve en forma directa y personal: «arrendamientos especialmente protegidos»): «2. Finalizada la prórroga legal que se halle en curso a la entrada en vigor de esta Ley, el arrendador podrá recabar la entrega de la finca para cultivarla personalmente, por sí o por alguno de sus herederos forzosos, notificando fehacientemente al arrendatario su propósito en tan sentido con seis meses de antelación, como mínimo, a la finalización del *año agrícola* correspondiente...».

f) *Artículo 101.6* (arrendamiento parciario): «6. El arrendamiento parciario se convertirá en arrendamiento ordinario sobre la totalidad de la finca si alguna de las partes lo pidiere dentro de los dos meses anteriores al comienzo del nuevo *año agrícola*».

g) *Artículo 117.2* (aparcerías: extinción): Número 2, apartado 3.º:

«En todo caso, la aparcería subsistirá hasta la terminación del *año agrícola* corriente».

h) Como *año agrícola* correspondiente a *rotación de cultivo*: Artículo 12.2 (arrendamientos de los padres o tutores o a los hijos sujetos a su patria potestad o tutela): Número 2, inciso 3: «Expirado el plazo del arrendamiento, el arrendatario tendrá derecho a continuar en posesión de la finca “hasta la recolección de la cosecha pendiente”».

Artículo 109.1, 2 y 3 (duración de la aparcería): Número 1: «El plazo mínimo de duración de las aparcerías será el tiempo necesario para “completar una *rotación o ciclo de cultivo*”».

Número 2: «Para extinguir las aparcerías de “duración superior a un año” (*rotación de cultivo* superior a la anual o pacto de duración de varias *rotaciones* anuales), será imprescindible el preaviso... con un año de antelación, al menos, a la fecha de su conclusión».

Número 3: «A falta de este preaviso, la aparcería se prorrogará por otra *rotación de cultivo*, y así sucesivamente mientras no se produzca el preaviso en forma fehaciente con el “año de antelación” a la terminación de cualquiera de ellas».

Artículo 110.1 (aparcerías de tierra preparada para cultivo ocasional inferior a un año): «... la duración del contrato será la del *cultivo de que se trate*, sin los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente o conversión en arrendamiento, regulados en los artículos 118 y 119 de esta Ley (se garantiza, además, al aparcero, en el número 2 del propio precepto, el percibo del salario mínimo durante el tiempo de duración del contrato, con posibles liquidaciones semanales a cuenta)».

Artículo 112.2 (liquidación de frutos en la aparcería): «En defecto de pacto o costumbre, se practicará (la liquidación) anualmente o al terminar la *recolección del fruto*».

Como se ve, por la variedad y contenido de los preceptos transcritos, la interpretación del concepto que se estudia puede ser distinta, por lo que es preciso interpretarlos a la luz de sus precedentes (interpretación histórica), para ver cuál es el origen de dicha distinción y cuándo surgió ésta, lo que nos llevará al estudio del Código Civil en el aspecto de que se trata, de la Ley de 15 de marzo de 1935, y del Reglamento de 1959, en cuanto éste recoge aquélla, en su primera parte, con su misma numeración, y, por otro lado, también a continuación, recoge la normativa creadora de los «arrendamientos protegidos» y de los «especialmente protegidos» (respectivamente, posteriores o anteriores a 1 de agosto de 1942, con renta en todo caso inferior a 40 quintales métricos de trigo y que sean llevados en forma directa y personal): Leyes de 28 de junio de 1940, 23 de julio de 1942, 18 de marzo de 1944, 4 de mayo de 1948 y 30 de septiembre de 1954 (todas ellas derogadas actualmente).

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

a) LEY DE 1935 Y CÓDIGO CIVIL: «AÑO AGRÍCOLA» Y «ROTACIÓN DE CULTIVO»

La primera Ley que, aparte del Código Civil, acoge la expresión *año agrícola*, es la de Arrendamientos Rústicos, de 15 de marzo de 1935, fundamentalmente en su artículo 25, y como derivación de él, en los 9.º, apartado 5.º, 27, párrafo tercero, y 28.2.ª.

Dice el artículo 25, en su apartado 1, que «la resolución del derecho del arrendador sobre la finca arrendada por causas que consten explícitamente en el contrato, producirá la del arrendamiento, pero no se podrá desahuciar al arrendatario hasta que recoja los frutos del *año agrícola* en curso, indemnizándole las labores preparatorias realizadas para el siguiente, y abonándole las mejoras, en su caso, con arreglo a las normas establecidas en el capítulo V de esta Ley». Un caso concreto y similar está recogido en el párrafo quinto del artículo 9.º (que se corresponde con el número 4 de igual precepto del Reglamento de Arrendamientos Rústicos), referente a la terminación del arrendamiento por la *finalización del usufructo*. Es decir, se considera, de acuerdo con ambos preceptos, que en el caso de un arrendador usufructuario, u otro similar con arreglo al artículo 25, al cesar el usufructo, o terminar el contrato por causa prevista en él, cesa el arrendamiento en ese mismo momento, pero, a fin de no causar perjuicios al arrendatario labrador, que en muchos casos no habrá podido obtener los frutos que el campo le ha de dar por su inversión y su trabajo, se le considera prorrogado el arrendamiento, y no se le puede lanzar de la finca, hasta que recoja los aludidos frutos de las cosechas que tenga pendientes ese año. El artículo 9.º, apartado 5.º, dice al respecto: «Los contratos de arrendamiento que otorgue quien tan sólo tenga el derecho de usufructo de la finca arrendada, sea cual fuere el plazo por el que hubieren sido concertados, quedarán resueltos al terminar el usufructo, subsistiendo el arrendamiento únicamente durante el *año agrícola*».

Para evitar dudas en la interpretación de tal concepto gramatical se le dio al mismo contenido jurídico expreso, en relación con el precepto inicial expresado, mediante su definición por *Orden del Ministerio de Agricultura, de 3 de marzo de 1936*, la que, en su artículo único, decía que «se entenderá por *año agrícola*, a los efectos de la aplicación del artículo 25 de la Ley de 15 de marzo de 1935, el ciclo que imponga la índole del cultivo o del aprovechamiento sobre la base del tiempo que transcurre desde una a otra cosecha». Es decir, en tal definición legal, se asimila *año agrícola* a *rotación de cultivo*.

Aunque dicha Orden sólo hacía referencia al artículo 25 de la Ley, es obvio que la misma interpretación habría de darse a los demás preceptos que acogieran aquella designación en idéntico sentido, o a los que derivaran del dicho artículo 25, y así había que darle igual significación que en el artículo 25, en los 9.º, 27 y 28 de la propia Ley. La jurisprudencia, por otro lado, tenía que aplicar el concepto referido a supuestos de igual contenido, aun sin la designación del concepto gramatical que se estudia, como el contemplado en el artículo 49, párrafo segundo, referente a la *aparcería*.

El artículo 27, apartado 3.º, dice que «cuando el comprador use el derecho a que se refiere el párrafo precedente (comprador que adquiere la finca para cultivarla o explotarla directamente), se entenderá rescindido el contrato de arrendamiento; pero no se podrá lanzar al arrendatario sin que análogamente a lo establecido en el artículo 25 recoja éste los frutos del *año agrícola* en curso».

El artículo 28, por su parte, regula las causas de desahucio en los arrendamientos rústicos, y en aquellos casos en que a las mismas son aplicables los dos dichos preceptos, así, la causa segunda («por resolución del derecho del arrendador, conforme a lo establecido en el artículo 25») y la novena («por haber adquirido la finca para cultivarla directamente el nuevo propietario, de acuerdo con lo establecido en el art. 27»), se deberá aplicar también la interpretación referida, pues la supervivencia o terminación del arrendamiento están relacionadas, no solo con los supuestos de cesación automática acatada voluntariamente, sino también con los de la declarada judicialmente por alguna de las causas legales expresadas.

Por último, el artículo 49, párrafo segundo, relativo a la duración del contrato de *aparcería*, dice que, «no obstante, la regulación general de ellas, las *aparcerías* concertadas voluntariamente durarán como mínimo, una *rotación de cultivo*, sin derecho a prórroga más que por la voluntad expresa de ambas». La razón de ser de este precepto es la misma que las de los artículos 9.º y 25, y por eso la Sentencia de la Sala Sexta del Tribunal Supremo, de 23 de febrero de 1955, dice que, «conforme al artículo 49, debe entenderse por *rotación de cultivo*, según la definición contenida el Decreto de 3 de marzo de 1936, el ciclo que imponga la índole del cultivo o del aprovechamiento, sobre la base del tiempo que transcurre desde una a otra cosecha, que es lo que constituye el *año agrícola*, a los efectos de la aplicación del artículo 25 de la Ley de 25 de marzo de 1935, y, por analogía, a efectos también de su aplicación en régimen de *aparcería*».

Igual significado tiene el concepto que se estudia en los artículos 1.571 y 1.577 del Código Civil. Aquél dice que «el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la

venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Si el comprador usare de este derecho, el arrendatario podrá exigir que se le dejen recoger los frutos de la cosecha que corresponda al *año agrícola* corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen». El artículo 1.577, por su lado, establece que «el arrendamiento de un predio rústico, cuando no se fije su duración, se entiende hecho por todo el tiempo necesario para *la recolección de los frutos* que toda la finca arrendada diere en *un año* o pueda dar por una vez, aunque pasen dos o más años para obtenerlos. El de tierras labrantías, divididas en dos o más hojas, se entiende por tantos años cuantas sean éstas». Aunque en este último artículo no se menciona expresamente el *año agrícola* (se habla sólo de *un año*, sin adjetivo), se hace referencia a dicho concepto en el sentido que aquí se está empleando.

El Reglamento de Arrendamientos Rústicos, de 29 de abril de 1959, no deroga la Ley de 15 de marzo de 1935, ésta es su principal instrumento de redacción legislativa, hasta tal punto, que copia sus preceptos hasta con su misma numeración, y aunque en el artículo 2.º de su Decreto aprobatorio se deroga expresamente la Orden ministerial de 3 de marzo de 1936, la misma tiene que seguir aplicándose al contenido de los artículos 9.º, 25, 27, 28 y 49 de dicho Reglamento, así como a los artículos 1.571 y 1.577 del Código Civil, pues el sentido que para el mismo tiene el término *año agrícola* sigue siendo el mismo que tenía en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935, en base a la interpretación que da la Orden referida.

En realidad, el contenido de las anteriores normas es una aplicación particularizada para los arrendamientos rústicos de lo que puede concederse al poseedor de buena fe en el artículo 452, apartado 3.º, del Código Civil, que atribuye la concesión de esta facultad, de prórroga de la posesión, sólo al propietario de la cosa así poseída por tercero. Así, dicho precepto, tras establecer en su apartado 1.º que «si al tiempo en que cesare la buena fe se hallaren pendientes algunos frutos naturales o industriales, tendrá el poseedor derecho a los gastos que hubiese hecho para su producción, y además a la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión, dice en su apartado 3.º que «el propietario de la cosa puede, si quiere, conceder al poseedor de buena fe la facultad de concluir el cultivo y la recolección de los frutos pendientes, como indemnización de la parte de gastos de cultivo y del producto líquido que le pertenece; el poseedor de buena fe que por cualquier motivo no quiera aceptar esta concesión perderá el derecho a ser indemnizado de otro modo». Ni siquiera en la accesión de buena fe, de edificios, siembras o plantas (art. 361), se establece esta sustitución de la indemnización por el material empleado, ya que la referencia a las reglas de la posesión se hace sólo a los artículos 453 y 454, referentes al reintegro por los gastos nece-

sarios, útiles y de mero lujo, hechos por el poseedor de buena fe, pero no al 452, en que se regula tal facultad. Como se ve, por lo dicho, la facultad que al propietario de la cosa le concede el apartado 3.º de este último precepto, para sustituir el reintegro de frutos en favor del poseedor de buena fe de ella, por el cultivo hasta la recolección de las cosechas, se convierte, no sólo por el Código Civil, sino también por las Leyes especiales que regulan los arrendamientos rústicos, y en relación con éstos, en un derecho que se impone al dueño en favor del arrendatario-poseedor, al que se considera, claro es, y durante el período de esta prórroga legal de su contrato, con más derechos que al poseedor de buena fe sin título.

Naturaleza jurídica de la prórroga legal

El sentido que el término *año agrícola* da a los preceptos sobre arrendamientos rústicos, que se han indicado, modifica sustancialmente el contenido de las normas comunes sobre procedimientos en materia de desahucio en relación con tales arrendamientos, en lo que afecta a la ejecución judicial de las sentencias en que se acuerde el mismo, y principalmente en lo que afecta a los artículos 1.596, supuesto 3.º, y 1.597 y 1.600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En efecto, el Reglamento de Arrendamientos Rústicos no contenía ninguna disposición en orden a la ejecución de tales sentencias, por lo que, de acuerdo con el número 6 de su artículo 51, que regulaba las distintas clases de procesos establecidos en la materia, sería de aplicación subsidiaria la Ley de Enjuiciamiento Civil. En ésta, el artículo 1.596 establece el plazo correspondiente para los lanzamientos de los arrendatarios desahuciados judicialmente de las fincas, que será de veinte días en los casos de fincas rústicas que tengan caserío con guardas o servidores permanentes, y en el acto si no concurre tal circunstancia (art. 1.597), sin que quepa la prórroga, ni consideración, de clase alguna, para aplazar tal acto (art. 1.599), por lo que el artículo 1.600 establece que «no será obstáculo para el lanzamiento que el inquilino o colono reclame como de su propiedad labores, plantíos o cualquier otra cosa que no se pueda separar de la finca. En este caso, se extenderá diligencia expresiva de la clase, extensión y estado de las cosas reclamadas». Como se ve, el artículo 25 de la Ley de 1935 (y del Reglamento de 1959), con los demás antes citados, que son consecuencia del mismo, y en materia de arrendamientos rústicos establece, pues, una norma procesal, que incide, por ser especial (y haciéndola a la general no aplicable por ello en la materia específica que regula), en la común del artículo 1.600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que el lanzamiento del colono, a pesar de la sentencia

firme del desahucio, no puede llevarse a cabo hasta que finalice el *año agrícola en curso*».

Entendemos, siguiendo en esto a GAMBON ALIX y MARTÍNEZ VALENCIA, que «en la norma que comentamos (art. 25, apartado 1.º, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos), la palabra desahucio tiene el significado etimológico de lanzamiento, lo que significa que el arrendador estará facultado para promover el juicio de desahucio, pero que, sin embargo, la sentencia no se ajustará hasta la recogida de los frutos del *año agrícola en curso*; la misma sentencia podría contener esta declaración». No obstante, ya veremos más adelante que GARCÍA ROYO no participa de esta interpretación.

Ahora bien, si conforme al artículo 25 tan estudiado, y a los demás que siguen su régimen, el contrato de arrendamiento finaliza cuando se produce el hecho que motiva su terminación, es el lanzamiento el que no se efectúa hasta que se recogen los frutos del *año agrícola* corriente, por lo que hay que esperar a que el ciclo productivo, que es sustancial a éste, se consuma. Ello lleva al planteamiento del problema de la determinación de la *naturaleza jurídica* de esta prórroga legal del contrato.

Es claro que no se trata de un nuevo contrato de arrendamiento rústico, impuesto por la Ley, o de una mera prórroga del hasta entonces vigente, pues el precepto, por contra, lo da por finalizado sin dar vida a uno nuevo por ministerio de Ley. Tampoco el nuevo ciclo, o la terminación más bien del inacabado, supone en ningún caso la existencia del mismo arrendamiento, o sea, su supervivencia, pues no se dan las circunstancias legales para la existencia de tal arrendamiento rústico (entre otras circunstancias, la de la prórroga forzosa del contrato, o su tácita reconducción, de tratarse de un arrendamiento común). Es claro, por tanto, que tampoco estamos ante un arrendamiento simple, regulado en el Código Civil, y no amparado por la legislación arrendanticia especial, de los artículos 1.646 a 1.574, en general, o ante los rústicos en especial, de los artículos 1.575 al 1.579 del mismo, pues aparte de que los 1.571 y 1.577, como se ha visto antes, contienen también la misma prórroga, y con ello excluyen a ésta de la regulación general y especial expresada, se trata claramente de una excepción a ella, y no cabría nunca la tácita reconducción que, como norma general, se establece en el artículo 1.566 del propio Código.

A la vista del contenido del artículo 30, número 3, del Reglamento Hipotecario, según su redacción del Decreto de 17 de marzo de 1959, pudiera pensarse que estamos en presencia de un derecho de superficie, o derecho real de vuelo, regulado por primera vez en tal precepto, como consecuencia del artículo 16 del propio Reglamento. Sabido es que el derecho de superficie, en su forma común, aparece reconocido, como una forma del censo enfiteútico, en el artículo 1.611 del Código Civil (con su

regulación suplementaria de los arts. 350 y sigs. del mismo, sobre accesión) y en el 1.655, el que, para el caso de que la superficie lo sea por tiempo limitado, se remite a la regulación normativa de los arrendamientos; en el supuesto de edificaciones urbanas determinadas en los Planes Urbanísticos de ordenación, la regulación se contiene en los artículos 171 y siguientes («cesión de derechos de superficie») de la Ley del Suelo, según redacción de la Ley de 2 de mayo de 1975 (en el texto anterior, de 12 de mayo de 1956, arts. 157 y sigs.), y en cuanto a los casos de construcciones urbanas en general, tanto respecto a dichas construcciones en sí como a los derechos de levante o subterrneidad, la regulación aparece en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, así como en cuanto al derecho sobre el vuelo de fincas rústicas (tanto plantaciones como siembras), en el artículo 30.3.º del mismo Reglamento. Dicho esto, es claro que tampoco es aceptable la tesis de que el derecho de prórroga de que se trata constituya un tal derecho de superficie o real de vuelo sobre la finca, pues la naturaleza jurídica de este derecho de superficie nos los configura como un derecho real de goce, o *ius in re aliena*, transmisible e inscribible (para las construcciones urbanas, la inscripción se regula como constitutiva del derecho, pero no para el vuelo sobre fincas rústicas), y además es sustancial a todo derecho de superficie que la propiedad superficiaria propia esté separada de la del mismo suelo, y ninguna de estas circunstancias fundamentales se da en el caso que aquí se estudia.

Debemos entender, pues, como ya se ha adelantado antes, que estamos en presencia de una norma procesal, o con incidencia procesal, ya que si el artículo 25 de la Ley de 1935 y del Reglamento de 1959, y los consustanciales a él, establecen, en los casos regulados como de terminación contractual, la finalización del arrendamiento correspondiente, excluyen de ello el tiempo que falte para la recolección de las cosechas del *año agrícola* pendiente, durante el que podrá lanzarse al colono, con lo que se incide en la regulación que del instituto del lanzamiento se da en los artículos 1.596 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y quedará sin efecto el avalúo y reclamación procesal de frutos o cosechas pendientes que se establece a partir del artículo 1.604 de dicha Ley procesal (tanto para los arrendamientos especiales, de su regulación protectora, como de los comunes del Código Civil, que, como se ha visto, contienen norma similar en la materia, derogatoria, por tanto, de la Ley de enjuiciar, pues el Código Civil es Ley posterior a ésta). Por lo tanto, el artículo 25 que se ha expresado regula una verdadera prórroga procesal al desahucio, o más bien a la ejecución de la sentencia declaratoria del mismo, en materia de arrendamientos rústicos. Tal prórroga lo es por el tiempo que falte para la finalización del *año agrícola en curso*, y éste será en cada caso el que resulte por aplicación del supuesto concreto de la norma interpretadora de

la Orden de 3 de marzo de 1936, que asimila tal término gramatical, al de *rotación de cultivo*.

En los casos en que la terminación del arrendamiento, por alguna de las causas a las que se aplica la norma de la prórroga estudiada, se produzca en forma voluntaria, es claro que la voluntad de los interesados abarcará también al momento de salida de la finca del arrendatario, y si bien se pretendiera o acordara la misma antes de la finalización del *año agrícola*, podrá el mismo conseguir por la vía procesal oportuna la prolongación de su abandono hasta dicho momento. Por ello, en cualquier caso en que quiera actuarse judicialmente la norma, por falta de respeto a ella, su sentido y naturaleza jurídica serán los mismos, en cuanto se actúe procesalmente para la prórroga de la salida de la finca por el colono, bien para evitar el lanzamiento antes de ella, bien para que se respete su curso en cualquier vía procesal, aunque el supuesto normal de aplicación será el primero.

b) EVOLUCIÓN E INTRODUCCIÓN DE OTRO NUEVO CONCEPTO
EN LEYES POSTERIORES

A partir de la *Ley de 28 de junio de 1940*, que puso en vigor y modificó la Ley de 15 de marzo de 1935, se regula una nueva forma de desahucio en los arrendamientos rústicos, siendo la misma una excepción y justa compensación a las prórrogas que, desde entonces, y por ministerio de la Ley, se van estableciendo con carácter forzoso tales contratos: se refiere la Ley de 1940 al caso en que el arrendador quiera llevar la finca en explotación directa y personal. El artículo 4.º regula tal supuesto, a partir de determinados períodos de duración de los contratos, y en su apartado 2.º los admite que se produzca en cualquier momento siempre que el arrendador se proponga establecer en la finca nuevos cultivos, aprovechamientos forestales, industriales o de otra especie, que se consideren más beneficiosos para la economía nacional que los ya existentes. Es en este caso en el que se establece la necesidad del «preaviso», a fin de que el arrendatario sepa con tiempo suficiente que ha de dejar la finca, y ello como justa compensación al hecho de suprimírsele la prórroga legal del contrato. Dicho precepto dice, al efecto, que se avisará al «arrendatario con *un año* de antelación», y el artículo 5.º añade que tal notificación se hará, «con un año de antelación al vencimiento del plazo contractual o de la prórroga». Ya no se concede aquí, pues, la prolongación del contrato hasta que se recojan los frutos, como en los casos anteriores, ya que las partes hacen depender la fecha de terminación del contrato de su voluntad, y normalmente habrán fijado la misma para cuando se hayan recogido las cosechas,

por lo que lo único que cabe, para no sorprender al arrendatario, es avisarle con tiempo para que pueda concluir con todos sus derechos en la finca.

Del referido precepto se deduce que la Ley quiere que las partes sepan cuándo ha de comenzar a computarse el «plazo de preaviso», y por eso lo refiere a una fecha cierta: la de terminación del arrendamiento prevista en el contrato celebrado entre ellas, que es una fecha fija, o la terminación de cualquiera de las prórrogas que la Ley otorga, y que, al ser por años enteros, se referirá al mismo día del año o años siguientes. Es decir, siempre se sabe cuándo debe tener lugar el «preaviso». En el caso de que no se haya acordado fecha de terminación, y exista costumbre local en ese sentido, a ella habrá que acudir, siendo también, por lo tanto, una fecha cierta, que es, en definitiva, lo que pretende la Ley. La mayor parte de las veces, la expresada fecha consuetudinaria coincide con la del pago del canon arrendaticio. Esta costumbre local coincide, según las regiones y clases de cultivos acostumbrados o propios de la tierra, con una fecha concreta del santoral: 15 de agosto, festividad de la Asunción de la Virgen; 8 de septiembre, día de diversas advocaciones marianas no concretadas en otra fecha del calendario —Dulce Nombre de María—; 29 de septiembre, San Miguel, festividad ésta muy extendida en el norte y en gran parte de España; 11 de noviembre, San Martín, y ya como muy tardías: 8 de diciembre, Inmaculada Concepción, y 24 de diciembre, víspera de la Natividad o Nochebuena. Por otro lado, en la referida Ley de 1940, en su disposición transitoria segunda, apartado c), se refería la terminación del *año agrícola* al 30 de septiembre y al 31 de diciembre, según la naturaleza de la finca de que se trate, pero sin dar explicaciones sobre ello.

Posteriormente, y a seguido de dicha Ley, se promulgó la de 23 de julio de 1942, modificadora de las precedentes, de 15 de marzo de 1935 y 28 de junio de 1940, y por medio de ella se crean los que han sido denominados «arrendamientos protegidos». Esta Ley, en relación a los arrendamientos rústicos comunes, mantiene el criterio de la anterior, aunque en el artículo 7.º reduce el plazo del «preaviso», regulado en aquélla, a seis meses, y su cómputo se hace en igual forma. En el artículo 9.º se aborda el problema, referido a los arrendamientos protegidos, de adquisición por un tercero de la cualidad de arrendador, y se establece que el mismo, contrayendo ciertos compromisos, podrá desahuciar al arrendatario a la finalización del plazo contractual o de la prórroga en curso, si se compromete a llevar directa y personalmente el cultivo de la finca: el precepto no regula, en este caso, preaviso alguno, aunque habría que acudir a la regulación del anterior, como supletorio. En la disposición adicional primera, apartado 2.º, se establecía idéntica norma para los arrendamientos especialmente protegidos.

La *Ley de 18 de marzo de 1944* fue la primera que, para evitar abusos en los arrendamientos referidos, venía a exigir determinados requisitos en el propósito del arrendador para llevar el cultivo directo de la finca.

La *Ley de 4 de mayo de 1948* prorroga los arrendamientos a que se refiere hasta el 30 de septiembre de 1954. Posteriormente, como luego veremos, se promulga la *Ley de 15 de julio de 1954*; no obstante, antes de la entrada en vigor de esta Ley, y desde la creación de los arrendamientos protegidos, habían podido cesar aquellos contratos en que los arrendadores hubieran hecho uso de la facultad que hemos visto se les concedía; los demás contratos con esa misma cualificación, los prorrogaba la nueva Ley. También con anterioridad a 1954 se habían prorrogado dichos contratos por anualidades completas, a contar, como es lógico, desde la concreta fecha contractual (pactada o consuetudinaria) de su finalización. Ahora, en cambio, a partir de la Ley de 1954, y con relación a los arrendamientos protegidos, se quiere establecer la uniformidad en todo el territorio nacional: para ello se prorrogan, según la cuantía de la renta, por un número determinado de años, pero a partir, para su cómputo, no de la fecha en que debían finalizar según el contrato, sino desde el 1 de octubre de 1954; y como las prórrogas son por años enteros, terminarán los mismos los días 30 de septiembre de los años correspondientes. Es decir, a partir de entonces, y para todos los arrendamientos protegidos, legalmente prorrogados en forma forzosa, y para el cómputo de la prórroga, no se cuenta ésta desde la fecha contractual de terminación del arrendamiento, sino de la legal del 30 de septiembre (prácticamente coincidente con la festividad de San Miguel, que era la más extendida, por costumbre). Se recoge en esta Ley de 1954 el supuesto de desahucio ya descrito anteriormente, y se vuelve a fijar el requisito del «preaviso» de seis meses.

No obstante, y en dicha Ley, en relación con tal «preaviso», se introduce una variación importante, al no hablarse ya que del propósito del arrendador deba avisarse al arrendatario con seis meses de antelación al vencimiento del plazo contractual o de su prórroga, ya que desde ese momento los contratos prorrogados no se computan por tales términos, sino por las nuevas fechas fijadas legalmente. Por ello, aunque se quiere decir lo mismo que antes, se emplea una nueva fórmula de cómputo: por lo cual, el artículo 2.º dice que «la notificación al colono de este propósito (de dar por terminado el contrato, por pretender el arrendador cultivar la finca en forma directa y personal) deberá efectuarla el arrendador con una antelación mínima de seis meses al término del *año agrícola* correspondiente y dentro del transcurso del mismo».

Esta es la primera vez que se utiliza por el legislador dicho término en relación con los arrendamientos protegidos, y para tratar del plazo de «preaviso» de su terminación. ¿Se quiere con tal locución significar en este

caso lo mismo que en el de los artículos 9.º, 25, 27, 28 y 49 de la Ley de 15 de marzo de 1935? Evidentemente, no, y para encontrar aquí el verdadero significado de la locución, nos bastará con inquirir la razón de ser de tal precepto de la nueva Ley, es decir, lo que ha querido expresar el legislador al incorporar a este nuevo precepto dicho término, ya utilizado antes en otros textos y para otros fines. En los artículos mencionados de la Ley de 1935, ya vimos el fin que con tal expresión se perseguía. Ahora el fin es otro totalmente distinto: como la Ley de 1954, en cuanto a los arrendamientos protegidos, ya no puede hablar, en el caso del cómputo del «preaviso», de la terminación del plazo contractual o de su prórroga, y tiene que mantener igual postura al respecto que en las Leyes anteriores sobre la necesidad del tal «preaviso» y de su forma de computarlo, y como ya los arrendamientos protegidos (prorrogados en 1948) no terminan en la fecha en que quisieron los contratantes, sino en 30 de septiembre del año que corresponda, es claro que el término *año agrícola* comprende aquí el plazo de un año de igual número de días que el natural, pero que, como indica su adjetivo determinativo, no empieza, como éste, en 1 de enero y termina en 31 de diciembre, *sino que se inicia en 1 de octubre y finaliza el 30 de septiembre del año natural siguiente*. Esta designación de *año agrícola* es, a partir de la Ley de 1954, la más apropiada para sustituir, en materia del cómputo del «preaviso», a la expresión empleada por la legislación anterior, y también la adecuada, al utilizar el adjetivo «agrícola», para designar un año distinto, en cuanto a las fechas de iniciación y terminación, del natural. Por lo tanto, no puede tener este concepto gramatical, en el supuesto que en este apartado se ha estudiado, el mismo sentido que el que desarrolló la Orden ministerial de 3 de marzo de 1936, que sólo lo refiere a los efectos del artículo 25 de la primitiva Ley de Arrendamientos Rústicos, y por extensión, también a los preceptos análogos o que del mismo derivan.

c) PLAZO DE «PREAVISO» PARA LA FINALIZACIÓN DE LOS
ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS PROTEGIDOS

El Reglamento de 29 de abril de 1959 recogía, además de los preceptos de la Ley de 1935, las normas de la Ley de 15 de julio de 1954 y de las Leyes anteriores que crearon los arrendamientos protegidos, en cuanto no quedaron derogadas o modificadas por ésta, preceptos todos que hasta ese momento habían vivido separados de la Ley «madre» del 35.

En el referido Reglamento, y en su artículo 11, número 3, para los arrendamientos no protegidos, se sigue utilizando la fórmula del «preaviso» normal al arrendatario, sin referencia al *año agrícola*, ya que la duración de los contratos no depende de fechas fijas para todos ellos.

En lo demás, y en lo que aquí interesa, al recogerse en el Reglamento, o sea, en un mismo cuerpo legal, si bien sin valor de Ley, preceptos de distintas Leyes, en las que se trata con distinto sentido del mismo concepto gramatical, *año agrícola*, y para que no existieran dudas en cuanto a la aplicabilidad a todos ellos de la disposición interpretativa de la Orden ministerial de 1936, que es utilizable en unos casos, pero no en otros, el artículo 2.º del Decreto aprobatorio de dicho Reglamento (y con valor para hacerlo, por ser el Decreto de rango jerárquico superior a la Orden), derogada aquélla, sin decir ya nada sobre qué deba entenderse por *año agrícola*: y es que por el simple sentido de los propios preceptos en que se utiliza tal expresión, se encuentra el significado distinto que en ellos tiene una misma voz gramatical.

Por lo tanto, en el Reglamento se debería seguir considerando que el sentido de la expresión *año agrícola* contenido en los artículos 9.º, 25, 27, 28 y 49, es el mismo que en la legislación anterior a él, sin necesidad de existencia de la norma interpretadora que así lo decía; y el sentido del mismo vocablo en sus artículos 83 y siguientes, es el últimamente señalado, que se deriva de la voluntad del legislador, demostrada por la trayectoria que ha seguido (criterio interpretativo histórico de la Ley) hasta estampar en la Ley de 1954 el término *año agrícola* para el cómputo del plazo de «preaviso» al arrendatario protegido al que se va a desahuciar, por pretender el titular de la finca su cultivo directo y personal.

El mismo texto del artículo 94, número 1, del Reglamento, que regulaba tal «preaviso», nos lo demuestra bien claro: «La prórroga que establece el artículo 91, párrafo primero (que la establece por años enteros, a partir de 1 de octubre de 1954), quedará sin efecto en los supuestos a que se refiere el párrafo octavo del artículo 11 del presente texto, así como en el caso en que el arrendador recabe la entrega del fundo para su cultivo directo y personal, siempre que por cualquier título fuere propietario de dicho predio con anterioridad a la de enero de 1954 (debe decir, 1 de enero de 1954), a cuyo fin podrá disponer de éste a la finalización de cualquiera de los *años agrícolas* de duración de aquélla (de la prórroga)...». Es decir, que los *años agrícolas* estaban comprendidos en el espacio de tiempo que duraba cada una de las prórrogas, y como éstas tenían una duración del 1 de octubre al 30 de septiembre siguiente, éste sería, por tanto, un *año agrícola*.

En definitiva, y con este sentido, el artículo 91, número 2, del Reglamento del año 1959, repetía así el requisito del «preaviso», que se había establecido, a tal fin, en el artículo 2.º de la Ley de 1954: «Al finalizar el período de prórroga mencionado en el párrafo anterior, el arrendador podrá optar entre consentir la continuación del arriendo por nuevo año más según Decreto-ley de 22 de julio de 1966 (*vid.*, además, el Decreto-ley

de 7 de noviembre de 1969), a cuyo término dispondrá libremente de la finca, o recabar la misma para cultivarla directamente, notificando al colono su propósito en tal sentido con seis meses de antelación, como mínimo, a la finalización del *año agrícola* correspondiente...». Igualmente, el artículo 95, número 1, decía que «el arrendador... que desee cultivar directa y permanentemente el predio arrendado..., deberá notificar notarialmente su propósito al colono. Dicha notificación deberá efectuarla con una antelación de seis meses al término del *año agrícola* correspondiente...».

El Preámbulo del *Decreto-ley de 22 de julio de 1966*, que ampliaba por tres años más la prórroga forzosa de seis años establecida en el artículo 4.º de la Ley de 15 de julio de 1954 (que había sido redactado, respecto a dicho plazo, ya ampliado, por tanto, por Decreto-ley de 28 de junio de 1962, constitutivo tal precepto del artículo 91.2 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos), nos daba interpretación auténtica del concepto que, en el caso aquí contemplado, tiene el *año agrícola*, y así, decía: «En consecuencia, *a partir de 30 de septiembre del año actual* finaliza la vigencia de un gran número de contratos de arrendamiento a que se refiere el artículo 1.º de la citada Ley de 1954...».

A su vez, el artículo 1.º del *Decreto-ley de 7 de noviembre de 1969*, que vuelve a dar nueva redacción al artículo 4.º de la Ley de 15 de julio de 1954 (en el sentido de que la continuación forzosa de los arrendamientos en ella establecidos, será, en virtud de los mismos, de doce años), decía que «la prórroga forzosa de nueve años que se establece en el párrafo primero del artículo 4.º de la Ley de 15 de julio de 1954, conforme a las modificaciones de los Decretos-ley número 23/1962, de 28 de junio, y número 4/1966, de 22 de julio, se amplía, por tres años más, *a partir de 1 de octubre del año actual*». Hasta quince años amplió el término de prórroga del artículo 4.º de la Ley de 1954, el artículo 1.º del *Decreto-ley de 5 de octubre de 1972*, para aquellos arrendamientos rústicos protegidos cuya prórroga legal venciera en 1972, 1973 y 1974, de acuerdo con los doce años de prórroga establecida hasta entonces.

A partir de aquí, y hasta la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos, derogatoria del Reglamento de 1959, así como de las Leyes de 1935 y 1954, y de las demás disposiciones complementarias que se han estudiado, los Decretos-ley que sucesivamente se han ido dictando (también derogados por la nueva Ley), y que casi se han limitado a conceder nuevas prórrogas, son los siguientes:

A) *Decreto-ley número 8/1975, de 10 de julio:*

Artículo 1.º «En los arrendamientos rústicos a que se refiere el Decreto-ley 8/1972, de 5 de octubre, que venzan a partir del *1 de enero de 1975*, el plazo de duración, en el supuesto de que el arrendador opte por la continuación del arriendo, será de tres años más a partir del vencimiento».

Como se ve, en el anterior precepto se ha deslizado un error, no corregido oficialmente, al entender la nueva prórroga a partir de 1 de enero de 1975 (es decir, aparentemente, parece que se sustituye el *año agrícola* legal por el *natural*), en lugar del *1 de octubre de 1974*. No puede entenderse, a nuestro parecer, como un propósito legal de modificar nuevamente la situación de los plazos de las prórrogas, pues quedaría un trimestre, procedente de la anterior legislación, como carente de prórroga, y, además, el sentido del precepto es claro, pues al referirse a los contratos que vencieran para entonces, y no a una intención clara de establecer un nuevo plazo, aquellos vencían, no en la fecha en que se dice, sino en la correspondiente al *1 de octubre*. Además, y para entender aún mejor que, a partir de este Decreto-ley de 1975, y a los efectos también de la legislación posterior, creadora de nuevas prórrogas, y de la vigente Ley de 1980, que, en cuanto concesionaria de nueva prórroga, arrastra ésta de las anteriores, no se está haciendo referencia a un nuevo concepto de *año agrícola*, distinto al anterior, y coincidente ya con el año natural, hay que tener en cuenta que la expresión *año agrícola*, en los arrendamientos protegidos, sustituyó, para unificarlos en todo el territorio nacional, a la duración, normalmente anual, de los contratos por voluntad de las partes o por costumbre local o territorial, y que lo más extendido en cuanto a tal extensión era la festividad de San Miguel Arcángel, 29 de septiembre (casi coincidente con la legal, del 30 de ese mes), o fechas bastante próximas a ella, y parece ser que fue la generalidad de la referencia a tal festividad la que motivó la creación del *año agrícola* legal.

B) *Real Decreto-ley 22/1978, de 30 de junio:*

El mismo contiene un Preámbulo, en el que se explica la razón de ser de la nueva prórroga hasta la prevista próxima aprobación de la nueva Ley de Arrendamientos en la materia, y así, dice que «aprobado por el Gobierno un Proyecto de Ley sobre arrendamientos rústicos que revise la vigente normativa, y dado que el Decreto-ley 8/1975, de 10 de julio (el anterior), estableció una nueva prórroga en los arrendamientos rústicos especialmente protegidos (los protegidos, o de pequeña extensión, anteriores al 1 de marzo de 1942), cuyos vencimientos se iniciarán próxima-

mente (el 30 de septiembre del referido año 1978), se estima necesario no prejuzgar las nuevas normas que a este respecto aprueben las Cortes, en base al citado Proyecto de Ley». A continuación, el mismo Preámbulo, indica el segundo propósito de la nueva disposición, al añadir que, «a este respecto, resulta conveniente *extender* dicha prórroga a los *restantes arrendamientos sometidos a dicha legislación especial*, cuando se trate de arrendatarios que sean cultivadores directos y personales, hasta tanto entre en vigor la nueva Ley».

De acuerdo con lo anterior, el artículo único de dicho Real Decreto-ley establece que «en los *arrendamientos rústicos a que se refiere el Decreto-ley 8/1975, de 10 de julio*, el plazo de duración, en el supuesto de que el arrendador opte por la continuación del arriendo, será de tres años más, a partir del vencimiento respectivo».

Por su parte, la disposición transitoria, también única, añade que *igualmente, quedarán prorrogados todos los contratos de arrendamientos rústicos sometidos a la legislación en la materia que afecten a cultivadores directos y personales*, a medida que expire el plazo de los mismos y hasta tanto entre en vigor la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos, o, en su caso, por un plazo máximo de un año».

C) *Real Decreto-ley número 10/1979, de 16 de junio:*

En el Preámbulo, y a la vista de la no aprobación aún de la esperada nueva Ley de Arrendamientos Rústicos, sólo existente en Proyecto legislativo, se dice que «por Real Decreto-ley 22/1978, de 30 de junio, se estableció una nueva prórroga a los arrendamientos rústicos especialmente protegidos, ya prorrogados en su vencimiento por Decreto-ley 8/1975, así como la continuación de los contratos de arrendamientos rústicos sometidos a la legislación vigente en la materia que afecten a cultivadores directos y personales, «hasta tanto entre en vigor la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos o, en su caso, por un plazo máximo de un año». Tal Real Decreto-ley 22/1978 se fundamentó en la aprobación por el Gobierno de un Proyecto de Ley de Arrendamientos Rústicos llamado a revisar la vigente normativa. Como quiera que tal Proyecto no ha sido aprobado hasta el momento, y estando próxima la fecha de finalización del plazo anual, se impone regular provisionalmente la materia, evitando así el vacío legal que en otro caso podría producirse».

Al efecto, en su artículo único, se dice que «se prorrogan por un año más todos los plazos de duración y vencimiento de los contratos de arrendamientos rústicos a que se refiere el Real Decreto-ley 22/1978, de 30 de junio, salvo que durante el mismo entre en vigor la nueva Ley de Arren-

damientos Rústicos, en cuyo caso se estará a lo que en ella se disponga en esta materia».

Como se ve, la nueva prórroga alcanza a los arrendamientos especialmente protegidos y a los demás también prorrogados, excepcionalmente, por el precedente Real Decreto-ley de 1978.

D) *Real Decreto-ley número 14/1980, de 10 de octubre:*

No contiene Preámbulo, y ya para la próxima publicación de la nueva Ley en la materia, establece en su artículo 1.º: «Todos los contratos de arrendamientos rústicos que afecten a cultivadores directos y personales y cuyo plazo o prórroga venza *antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos*, se entenderán prorrogados hasta tal momento, a partir del cual les será de aplicación lo que en la nueva Ley se establezca».

Este último Real Decreto-ley, anterior a la legalidad vigente, fue convalidado por Resolución de 3 de noviembre de 1980, de la Presidencia del Congreso de los Diputados.

Como se verá, todos los Decretos-ley que concedieron prórrogas, a partir de la Ley de 1954, menos el de 1969 (7 de noviembre), son de fecha anterior a la del vencimiento del último *año agrícola* de la prórroga respectiva, y en el referido y en el último, al no establecer su retroactividad expresa, pudo plantearse el tema de su aplicación al período que va desde el último *año agrícola* vencido, hasta que el mismo entra en vigor (los de 1978, 1979 y 1980 contienen disposiciones expresas sobre su vigencia a partir del día siguiente a su respectiva publicación oficial). Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil, la falta de referencia a una retroactividad expresa de esas disposiciones legales que dejan «vacíos» temporales sin prórrogas, crean problemas de interpretación de los mismos, aunque la falta de reclamación de los interesados en la resolución contractual que procediera, quedaba salvada por el instituto de la tácita reconducción.

De todas formas, y dejando a un lado estos pequeños problemas, creados por esta legislación sucesiva y fragmentaria, la situación existente al momento de entrar en vigor la *actual Ley de Arrendamientos Rústicos, de fecha 31 de diciembre de 1980* (publicada en el BOE de 30 de enero de 1981, y que entró en vigor a los veinte días de esta fecha, por no contener disposición expresa distinta en este aspecto: artículo 2.1 del Código Civil), era, pues, la siguiente: si el plazo de «preaviso» para la finalización del contrato debía computarse, antes de la Ley de 1954, teniendo en cuenta la fecha de terminación contractual del arrendamiento o de su prórroga, y

ésta, establecida forzosamente, a partir de dicha Ley, finalizaba en 30 de septiembre de cada año, al sustituir el artículo 4.º de la expresada Ley aquella designación computadora por la de *año agrícola*, es obvio que éste, a tales fines, terminaba en esa fecha del año natural, y por eso el artículo 91, número 2, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, que recoge la redacción de ese artículo 4.º, debe entenderse en este sentido.

3. EL TEMA EN LA DOCTRINA CIENTIFICA ESPAÑOLA

A) GAMBON ALIX y MARTÍNEZ VALENCIA, al hablar del artículo 25, apartado 1, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 1959, manifiestan que por *año agrícola* habrá que entender el definido a tal efecto en el Decreto de 3 de marzo de 1936. En cambio, al tratar del artículo 9.º, número 4, no hacen la menor alusión al tema, ni al estudiar el artículo 27, número 3, aunque en éste hace referencia a lo comentado sobre el tema en el artículo 25. Por su parte, al hablar del asunto planteado por la interpretación de la expresión *rotación de cultivo*, del número 2 del artículo 49, dicen que la misma es de idéntico significado que la de *año agrícola* dada por el Decreto de 1936, y al efecto recogen la Sentencia de la Sala Sexta del Tribunal Supremo, de 23 de febrero de 1955, que asimila ambos conceptos.

Por otro lado, dichos autores, al tratar del término *año agrícola*, comprendido en el plazo de «preaviso» del número 2 del artículo 91 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, no aciertan con el verdadero significado del mismo en dicho texto, sobre el que no hacen comentario alguno, si bien en una nota a pie de página hablan del concepto «flexible» del *año agrícola*, y de la gran dificultad que supone su interpretación para poder acertar con la fecha en que debe hacerse la notificación o «preaviso».

B) ÁNGEL SANTOS PASTOR, al tratar de la extinción del arrendamiento otorgado por el usufructuario, con ocasión de la finalización del usufructo, según el número 5 del artículo 9.º de la Ley de 1935, y siguiendo al tratadista PÉREZ TEJEDOR, alega que éste acierta al decir que «para que el nudo propietario pueda pedir la extinción del arrendamiento otorgado por el usufructuario será necesario que no haya realizado acto alguno tendente al reconocimiento de la situación arrendaticia, y el arrendamiento subsistirá al menos durante el *año agrícola*, entendiendo por tal el definido en el Decreto de 3 de marzo de 1936, pues aunque fue dictado a los efectos del artículo 25 de la Ley de 1935, podrá ser aplicable por razón de su manifiesta analogía, en cuanto que tal artículo regula la extinción del arrendamiento por resolución del derecho del arrendador».

No vuelve a tratarse del tema aquí planteado en la obra de este autor,

ni al hablar del artículo 25, ni al hacerlo del artículo 49 del Reglamento, ni tampoco en relación con el estudio que se hace del «preaviso» en los arrendamientos protegidos, al recobrar el arrendador la finca para sí, para su cultivo directo y personal.

C) CASAS-MERCADÉ trata del concepto de *año agrícola* bajo una rúbrica, dedicada a ello, al tratar de los derechos y obligaciones de ambas partes en el contrato de arrendamiento (vida del contrato), y lo asimila a *rotación de cultivo*, aunque dice que esta última expresión la reserva la Ley para la aparcería, aunque entiende que ambos conceptos son idénticos, y están definidos en el Decreto de 3 de marzo de 1936, y recoge la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 1940, que, refiriéndose a las Leyes de arrendamientos rústicos, observa que la palabra «año», sin más calificativos, se refiere al «año común» o período de doce meses, y no al *año agrícola*, que define el expresado Decreto, a los solos efectos de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley, «pues cuando ésta quiere aludir al *año agrícola*, lo dice expresamente, como puede apreciarse en diferentes parajes de la misma y de sus disposiciones adicionales y transitorias». Advierte que la Ley de 23 de julio de 1942, al referirse a determinados contratos, señala, como fecha de extinción, la de 30 de septiembre, pero insiste en que es un concepto frágil, borroso, y que hay que manejar dicho concepto legal con mucha cautela, y que, como *rotación de cultivo* que es, depende su duración, su principio y su final, de la costumbre enraizada en cada comarca, y de la clase de cultivo y fruto, pudiendo existir medios años, etc.

En otro pasaje de la obra, al tratar de distintas modalidades de los arrendamientos rústicos, se refiere a los dados por los usufructuarios, y precisa que, una vez extinguido el usufructo, el arrendamiento perdura durante el *año agrícola*, definiendo éste de acuerdo con el Decreto de 1936, y recordando la Sentencia, ya citada, de 6 de marzo de 1940.

D) ARMANDO GARCÍA ROYO, en su primer Tratado sobre el tema, dice: «Creemos ha llegado el momento de resolver el importante problema de precisar cuándo finaliza el *año agrícola*: ¿tendrá vigor a estos efectos la costumbre del lugar? Hemos visto escritos profesionales que lo negaban por tener en cuenta unos que las disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley de 1940 siempre se refieren al día 30 de septiembre como fecha en que el arrendador podrá volver a arrendar la finca, y otros, porque el apartado c) de la segunda disposición transitoria de la Ley de 1940 —ya derogado— señalaba el fin del *año agrícola* en 30 de septiembre o 31 de diciembre. Nosotros opinamos lo contrario, porque al carecer la legislación especial de precepto expreso el particular, es necesario interpretar sistemáticamente su contenido barajándolo con lo de los del Código Civil que pudieran coadyuvar a resolver esta cuestión, y aun reconociendo

que las palabras usadas en las disposiciones adicionales pudieran considerarse como indicio de ser voluntad del legislador que el *año agrícola* termine en 30 de septiembre, este indicio carece de la consistencia suficiente para por sí sólo aconsejar que tal conclusión se acepte dogmáticamente, ya que lo cierto es que en la Ley de 1942, se silencia totalmente la regulación de este problema, y, por tanto, en mérito de lo dispuesto en el artículo 13, hemos de remitirnos a lo establecido sobre esta materia en la legislación precedente. En ella encontramos un precepto confuso que pretende resolver la cuestión y no lo consigue: el ya citado de la Ley de 1940, según la naturaleza de la finca, más como no precisa a qué naturaleza se refiere: si seco o regadío, si rústica o pecuaria, etc., se impone acudir al artículo 6.º —hoy, 1.º— del Código Civil, aplicable por mandato del 16 —actual art. 4.º, núm. 3— del mismo cuerpo legal y de la segunda disposición final de la Ley de 1935, no derogada, y considerar la costumbre local que rija esta materia para señalar exactamente el fin del *año agrícola*. Siempre quedará a salvo la autonomía de los contratantes, que pueden fijar un día determinado para finiquitar el contrato, pero se ha de reconocer los inconvenientes que ello ocasionará si en aquel momento existe una cosecha pendiente de recolección. Mas independientemente de esta libertad, las prórrogas habrán de computarse por *años agrícolas* para normalizar y permitir el aprovechamiento íntegro».

A su vez, y en el mismo Tratado, al comentar el artículo 25 de la Ley de 1935, se añade a lo anterior que «ya fijamos anteriormente la interpretación que, a nuestro juicio, debe darse al señalamiento del momento en que se puede desahuciar por esta causa al arrendatario, y nuevamente insistimos en lo que allí formulamos, precisando que el inicio de la acción o actuación procesal está supeditado hasta que termina la recogida de frutos, en forma que no es correcto, procesalmente hablando, accionar el desahucio en cuanto se produce la resolución del vínculo y demorar el lanzamiento hasta el citado momento. Respecto a la terminación del *año agrícola*, véase lo que decimos en la página 120 y el Decreto de 3 de marzo de 1936, declarativo de que por *año agrícola* ha de entenderse el ciclo que impone la índole del cultivo o aprovechamiento sobre la base del tiempo que transcurra desde una a otra cosecha».

Por último, en cuanto a la interpretación del artículo 49 de la propia Ley de 1935, dice este autor, en lo que aquí nos interesa, que «anulada aquella facultad de conversión (de los arrendamientos en aparcerías), todas las aparcerías han de ser voluntarias, y, por tanto, su duración será, como mínimum, una *rotación de cultivo*. Es lamentable que así como el legislador desechó respecto a los arrendamientos el antiguo criterio de señalar su duración tomando como índice las *rotaciones del cultivo* —art. 9.º de esta Ley—, sustituyéndolo en el 2.º de la de 1940, en relación con el 6.º de la

de 1942, por el simplista del número de «años», pues aquél se prestaba a continuas dudas e interpretaciones más o menos erróneas, no haya actuado de igual manera en relación con las aparcerías, aunque en parte la forma de explotación en que consiste este régimen justifique aquel criterio».

E) El mismo GARCÍA ROYO, en su posterior obra sobre los arrendamientos especialmente protegidos, al comentar el artículo 1.º de la Ley de 15 de julio de 1954, y los concordantes del Decreto de 17 de diciembre de ese año, al tratar de la «creación de la prórroga» en los contratos por aquélla regulados, dice: «Y nuevamente damos con otra laguna o defecto de expresión que puede dar lugar a serios inconvenientes ante la trascendencia de la decisión que se adopte. Nos referimos al silencio del legislador sobre si los años de duración de la prórroga son naturales o «agrícolas» y la cuestión es extraordinariamente importante, desde el momento en que este índice —el *año agrícola*— es el computable para permitir el corte de la prórroga según el artículo 2.º, para anunciar el ejercicio del derecho de adquirir la propiedad de la finca, establecido en el artículo 3.º, etc. Sabido es que cuando la Ley se refiere al plazo anual, sin más calificativos, alude a los años naturales; pero en el caso tratado nos encontramos con que frente a esta alusión genérica, los artículos 2.º y 3.º concuerdan sus ordenamientos, de modo expreso y categórico, con la terminación de alguno de los *años agrícolas* que, según sus propios textos, integran la prórroga, por cuyo motivo parece que tal es la voluntad del legislador. Ello, no obstante, mantenemos la tesis contraria, fundándonos en que el mencionar el texto ahora comentado el preciso día 1 de octubre para iniciar la prórroga, no queda otro remedio que asumirla como determinante inicial de los futuros años, prescindiendo de la diferente fecha de terminación que la naturaleza de la finca imponga según la costumbre del lugar (generalmente acaba en el mes de septiembre, cuando se trata de fincas de secano, y en el mes de marzo si son de regadío), por cuanto que con la tesis opuesta resultarían de imposible aplicación en sus propios términos algunos ordenamientos de la nueva Ley, en lo que se refiere, por ejemplo, a los regadíos, ya que el *año agrícola* comenzó en marzo de 1954 y termina en el mismo mes de 1955, y como el artículo 2.º permite cortar la prórroga al finalizar cualquier *año agrícola*, nos encontraríamos con que al colono se le impide disfrutar plenamente de este plazo anual por comenzar aquélla en 1 de octubre de 1954, es decir, cuando ya ha transcurrido casi la mitad, y, por tanto, el arrendatario de una finca de regadío no disfrutará de aquélla tal como se le concede en la Ley, sino que tan sólo lo hará cuando, por ejemplo, la renta supere al importe de treinta quintales pero no exceda del de cuarenta, durante cinco años y cinco meses, pues los otros siete que faltan para completar los seis años concedidos por la Ley no los disfrutó en concepto de prórroga, al ser concedida desde el día 1 de octubre del año

en curso, sino por imperio de la Ley de 1948. Además, no es posible cumplir la de 1954 si se acepta la tesis contraria. En efecto, el artículo 2.º obliga a preanunciar con seis meses de antelación la negativa de la prórroga, más como ésta no nace hasta el día 1 de octubre y el *año agrícola* en las fincas de regadío termina, según hemos indicado, en el mes de marzo, no es posible efectuar aquél preaviso antes del citado día del mes de octubre; pero entonces nos encontramos con que entre ambas fechas sólo median cinco meses, y, en consecuencia, o se impone al arrendador el respeto de superior plazo de prórroga hasta que advenga el próximo *año agrícola* o no es posible cumplir el mencionado artículo 2.º Como esto es un absurdo, no queda otro remedio, según indicábamos, que rechazar la interpretación que a él nos ha llevado y, en consecuencia, mantenemos que el “año” ahora aludido por la Ley, o el *año agrícola* a que se refiere el artículo 2.º, comienza el día 1 de octubre de cada año, claudicando frente a esta conclusión la dicción de los artículos 2.º y 3.º, etc., la costumbre del lugar, que impone distinta duración del *año agrícola* en función de la naturaleza de la finca o del cultivo a que se dedica, y hasta el concepto que del mismo formula el Decreto de 3 de marzo de 1936, diciendo que, como tal ha de considerarse “el ciclo que imponga la índole del cultivo o del aprovechamiento sobre la base del tiempo que transcurra de una a otra cosecha”. Por consiguiente, la alusión de los artículos 2.º y 3.º de esta Ley al *año agrícola* ha de concordarse con cualquiera de los futuros plazos anuales cuyo curso se iniciará el día 1 de octubre».

Más adelante, al comentar este autor el artículo 2.º de la Ley de 1954 y los concordantes del Decreto desarrollador, y al hablar del «elemento temporal» en el caso de recabar la finca el arrendador para su cultivo directo y personal, dice el mismo que «advierte la Ley que “a tal fin, podrá disponer de éste” (del predio) a la finalización de cualquiera de los *años agrícolas* de duración de la prórroga. Incluso a primera vista se percibe, por la ordenación sintáctica del ordenamiento acabado de transcribir, que la exigencia temporal se relaciona exclusivamente con la facultad de recabar el cultivo, pues la otra, la amparada en el artículo 7.º de la Ley de 1942, se regula de modo autónomo por las propias prescripciones de este precepto, en lo que al aspecto temporal se refiere, según se explicó... La alusión precisa al *año agrícola* complica la cuestión referente a si los años de la prórroga establecida por el artículo 1.º son de este carácter o naturales; mas, no obstante la claridad con que ahora se expresa la Ley, seguimos manteniendo la tesis razonada..., para aceptar la última solución, o sea, que a todos los efectos terminará el *año agrícola* el día 30 de septiembre de cada uno de los años futuros, cualquiera que sea la naturaleza de la finca —secano o regadío— y la costumbre del lugar sobre la duración de aquél. Nos percatamos de la profunda separación que estable-

ceмос frente al texto legal, pero, además de las razones expuestas en el lugar de referencia, también se justifica por la consideración de que la frase *año agrícola* no es formulada por el legislador con el sentido técnico y preciso que le corresponde según el Decreto de 3 de marzo de 1936 (declara que debe entenderse por tal “el ciclo que imponga la índole del cultivo o aprovechamiento sobre la base del tiempo que transcurra de una o otra cosecha”), sino como mera referencia a cada uno de los años que integran la prórroga y que comienzan a estos fines en el día de 1 de octubre, sin perjuicio del derecho del colono para la recogida de frutos a que se refiere el artículo 14 de la Ley de 1935, a que seguidamente aludimos».

Y al estudiar el requisito del «preaviso», en la misma obra, termina diciendo que como «ha quedado explicado, el concepto y forma de computar el *año agrícola* aludido por el texto, también mantenemos ahora la misma tesis de que debe hacerse caso omiso de la frase subrayada, asumiéndola en el sentido de que el “año” aludido por el texto legal se inicia siempre el día 1 de octubre de los futuros años, con independencia de la naturaleza de la finca y de la costumbre del lugar sobre el particular».

4. JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia de la Sala Sexta del Tribunal Supremo (y actualmente, por asunción de competencias, la de la Sala Primera), en relación con el tema que nos ocupa, no arroja mucha luz sobre el mismo, si bien puede llegar a entenderse que la misma identifica los términos *año agrícola* y *rotación de cultivo*, empleando más bien este último a efectos de las aparcería, y aunque en alguna ocasión, y a efectos de «arrendamientos protegidos», se le ha planteado el problema de la interpretación del primero de tales términos, en el caso del «preaviso» del arrendador al colono para terminar el arrendamiento por el cultivo directo y personal de la finca por el primero, ha soslayado su solución, si bien parece dar a entender que en este segundo caso el concepto referido no es sinónimo del de *rotación de cultivo*.

Por ello, el tema objeto de estudio, en esta perspectiva ahora planteada, será tratado por separado en cada uno de tales casos, según la respuesta que le da la jurisprudencia.

A) SOBRE EL «AÑO AGRÍCOLA» COMO «ROTACIÓN DE CULTIVO»

Conforme a lo que se acaba de decir, y en relación con la interpretación de la expresión *rotación de cultivo*, utilizada en el artículo 49.2 del anterior

Reglamento de Arrendamientos Rústicos, la *Sentencia de 22 de noviembre de 1963* (Aranzadi, 4.671), lo identifica con el término *año agrícola*, contenido en el artículo 25 del propio Reglamento, y así, al final de su tercer considerando, dice que «... bien entendido, esa prolongación de la vida de la relación contractual, se opera, salvo contrario, con sujeción a las mismas estipulaciones convenidas cuando nació al tráfico jurídico, incluso en cuanto a la fijación del período de duración, y si éste fuera inferior a una *rotación de cultivo*, “entendida como el tiempo necesario para sembrar la tierra objeto de la aparcería y recoger la cosecha en la totalidad de su extensión”, con sujeción al número 2 del artículo 49 del Reglamento arrendaticio; esto es, que en el caso que contemplamos, habiendo comenzado la vigencia del contrato de aparcería en febrero de 1959 para terminar en 31 de octubre de 1960, “final del *año agrícola*, en el que se completó una *rotación de cultivo*, las prórrogas del contrato convenidas o expresamente consentidas, sin modificación de tiempo de duración, terminarán en los años en que aquella prórroga tenga lugar el 31 de octubre de cada anualidad, sin posibilidad de más prórroga que la que venga impuesta por la libre voluntad de las partes, expresamente manifestada o exteriorizada por actos que inequívocamente acusen la realidad de aquella voluntad”. Concluyendo, en este mismo sentido identificador, el cuarto considerando, al decir que “... si la vida del contrato siguió sin variación en su condicionado, conservó plena vigencia la estipulación 27 que fijó inexorablemente la fecha de terminación en 31 de octubre, ‘final del *año agrícola* y de la *rotación de cultivo*’”, sin necesidad de previo aviso...».

En el mismo sentido anterior, y en relación con el número 2 del artículo 49 (aunque erróneamente se cita en el texto al 48, número 2) del mismo Reglamento de Arrendamientos Rústicos, la *Sentencia de 23 de febrero de 1973* (Aranzadi, 856), dice en su tercer considerando, hablando de los derechos que corresponden a las partes, que éstos «... constan en los pertinentes preceptos del cuerpo legal que regula este contrato agrario contenido en el Reglamento de 29 de abril de 1959, donde se agrupan y resumen los precedentes de otras diversas aportaciones legislativas, la Ley de 15 de marzo de 1935, el artículo 7.º de la de 28 de junio de 1940, etc., todas con coexistente vigencia, de ellos el creado por el artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940 ni ha tratado de ejercitarse por los demandados recurridos, ni es aplicable por el transcurso del tiempo, que la doctrina de esta Sala en diversas resoluciones ha estimado que la situación de aparcería termina y se puede recobrar libremente el predio en las que hayan persistido más de doce años; restan, por tanto, el de duración, que en el número 2 del artículo 48 (debe decir, 49) queda limitado a una *rotación de cultivo*, enormemente superada en los treinta años transcurridos, y el de recogida

y partición de productos regulado en el artículo 48, también del Reglamento de 29 de abril de 1959, lógicamente, por tanto, dada la fecha en que el requerimiento de terminación del contrato se hizo en diciembre de 1970, que a este derecho se refería, más si se tiene en cuenta que el ejercicio de la acción de desahucio se retrasó hasta noviembre del año siguiente y que «el fin lógico del *año agrícola*», una vez derogada la Orden de 3 de marzo de 1936 por el artículo 2.º del Decreto de 29 de abril de 1959, que definía lo que era *año agrícola*, ha de estimarse «coincide con la recogida de cosechas», por aplicación de lo que disponen los artículos 1.571 y 1.577 del Código Civil y el 25 y el 28 del Reglamento que regula los arrendamientos rústicos de reiterada cita en esta resolución; recogidas las cosechas y productos posteriormente al requerimiento de finalización del contrato, éste ha terminado y no puede fundamentar una continuación del mismo contra el expreso mandato del artículo 48, en su número 2 (quiere decir, art. 49, núm. 2), que exige para la prórroga una voluntad, también expresa, de ambas partes, aquí inexistente..., y sin que ninguna doctrina de esta Sala haya mantenido el criterio de que en las prórrogas que por tácita reconducción puedan darse contratos aparceros revivan *rotaciones de cultivo* ya efectuadas, sino que lógicamente «durarán lo que el *año agrícola*, por el que implícitamente se mantenía la aparcería».

En cambio, en la *Sentencia de 19 de febrero de 1974* (Aranzadi, 3.215), en la que se trata de la *rotación de cultivo*, no se identifica este concepto con el de *año agrícola*, si bien parece referirse esta última expresión a la de anualidad fija, y no variable. Así, dice dicha resolución, en su segundo considerando, que «... a los efectos de este proceso es absolutamente anecdótico el que el *año agrícola* termine en esa fecha (30 de septiembre, no la legal, en el caso enjuiciado, sino la fijada en el contrato) o en otra cualquiera, puesto que ello no puede condicionar la finalización de la aparcería, cuya duración está regida por determinados preceptos del Reglamento, que resumen y refunden los de su respectiva legislación de rango superior, y así el número 2 del artículo 49, al hablar de la duración de las aparcerías, señala como mínimo «una *rotación de cultivo*, sin derecho a prórroga más que por la voluntad expresa de ambas partes», y sin que ningún precepto legal imponga que la acción de desahucio, o de terminación del contrato, se ejercite en día determinado; al no haberse comprobado, ni alegado siquiera, que los términos «fin de *rotación de cultivo* y 30 de septiembre son idénticos...». Esta misma postura se vuelve a ratificar en el tercer considerando, al decirse en él que «... si el citado precepto (art. 49, párrafo segundo) habla exclusivamente de la duración mínima de las aparcerías, que será de una *rotación de cultivo*, “sin posibilidad de asimilar fin de *rotación de cultivo*, con finalización de determinado *año agrícola* el día 30 de septiembre”, el motivo ha de fracasar, ya que es inoperante el que, una

vez recogidas las cosechas, haya de esperar el ejercicio de la acción de desalojo del inmueble, cuando el aparcerero pretende abusivamente continuar en el mismo a una fecha fija intrascendente a los fines culturales del predio; si el precepto no fija fecha alguna, "si ni siquiera emplea la expresión *año agrícola*" que otros expresamente mencionan, como los artículos 9.º y 25 de la Ley de 15 de marzo de 1935, 9.º y 25 del Reglamento de 29 de abril de 1959, 1.571 del Código Civil, etc., "es que el legislador no quiso tomar en consideración tal concepto».

En la *Sentencia de 8 de marzo de 1979* (Aranzadi, 853), dictada también en un supuesto de aparcería regido por el Reglamento arrendaticio precedente, se insiste en la equiparación conceptual de los dos conceptos que se estudian, al decir, en su segundo considerando, que «...de ellos claramente se infiere la existencia de una aparcería sin estipulación de plazo de duración y que habría que terminar en la fecha de expiración de aquél, pero aun no siendo así, y suponiendo no estuviera vinculada la del referido contrato llevado a efecto por escrito en agosto de 1969, dicha nueva aparcería, que comenzó en 1972, se hallaba extinguida a la fecha de presentación de la demanda, pues al no haber establecido plazo para su vigencia, éste hubo de ser el mismo que señala el número 2 del artículo 49 del citado Reglamento, es decir, el necesario para una *rotación de cultivo*, que al no constar la índole de éste o del aprovechamiento a que tales terrenos se dedicaron, ha de estimarse que lo es la duración de un *año agrícola*...».

En la *Sentencia de 26 de enero de 1981* (Aranzadi, 113), sobre prórroga de un contrato de aprovechamiento agrícola forestal y ganadero, se aplican los Reales Decretos-ley coyunturales 22/1978 y 10/1979, sobre prórrogas de todos los contratos de arrendamientos rústicos sometidos a la legislación en la materia, incluidos los de las especialidades indicadas, en cuanto afecten a cultivadores directos y personales, y hasta tanto no entrara en vigor la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos, ya publicada a la fecha de la indicada resolución, pero no aplicable al supuesto en ella enjuiciado. Por contra, en esta fase temporal coyuntural, la *Sentencia de 3 de febrero de 1981* (Aranzadi, 346) trata de un arrendamiento de pastos, y habla del *año ganadero*, sin más explicaciones, al decir que en el contrato del que en el asunto contemplado se trataba, se habla de *año ganadero*, que vence el 29 de septiembre, según el propio contrato, el que consiste o se refiere a un aprovechamiento secundario, que era el objeto del arrendamiento (pastos y rastrojos), por lo que, en tal caso, como en la generalidad de los supuestos, la duración del contrato se fija libremente por las partes, conforme al artículo 9, b), 3.º, del Reglamento, aún aplicable en ese momento.

En la *Sentencia de 10 de marzo de 1983* (Aranzadi, 2.681), sobre un supuesto de aparcería, y de aplicación del artículo 49 (2, 3) del Reglamento

de 1959, se dice que tales preceptos, «a los que el juzgador dio la única interpretación posible al precisar que, no constando en el contrato término alguno para su extinción, tuvo un mínimo de una *rotación de cultivo*...».

La *Sentencia de 11 de julio de 1986* (Aranzadi, 4.497), sobre calificación del contrato estudiado como de arrendamiento rústico, en su fundamento jurídico tercero, y al hablar de la prórroga legal del contrato por seis años, añade que ésta es una «protección que no dispensa (la Ley) al aparcerero, al que sólo concede como obligatoria una *rotación de cultivo*...».

Y en la de *13 de junio de 1988* (Aranzadi, 4.874), trata también de un supuesto de aparcería, muy específico (aparcería para cultivo de hortalizas e invernadero), y se dice en su fundamento jurídico primero que «... al tratarse de un contrato verbal, a principios de enero de 1984, sin concreción de un plazo de duración, se aplicó el artículo 109.1 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, al tenerlo como extinguido por el transcurso de un *ciclo o rotación de cultivo*, que, según informe de la Cámara Agraria Local, es de un año, que finaliza el día 30 de julio...». En el segundo fundamento de Derecho de la Sentencia se precisa, a su vez, que «la Sentencia que se impugna no ha desconocido el informe de la Cámara Agraria Local, en cuanto ésta indica que el *ciclo de cultivo* de las hortalizas es de un año, pero también indica que este *año agrícola*, en estos casos, termina el 30 de julio, generalmente, en la zona, ... el Tribunal se informó sobre la existencia de una costumbre..., haciendo prevalecer la fecha de extinción del *ciclo* sobre el *año natural*, de forma razonable...». Para acabar diciendo, en su fundamento tercero del mismo orden, que «llegada la extinción del *ciclo o rotación de cultivo*, se produjo la terminación del *plazo contractual*».

B) SOBRE EL «PREAVISO» EN LOS ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS PROTEGIDOS

El concepto, diferente del anterior, que la expresión *año agrícola* tiene en estos casos de arrendamientos específicos, no aparece perfectamente definido en la jurisprudencia, e incluso ésta, como ya se adelantó al principio, ha eludido pronunciarse sobre el mismo, en los casos de planteamiento directo de tal tema, si bien se encuentran ya muy pocas resoluciones del Alto Tribunal que incidan en este aspecto de la polémica, y más bien son algo antiguas, y dictadas en aplicación del Reglamento arrendaticio precedente.

Así, en la *Sentencia de 14 de noviembre de 1967* (Aranzadi, 4.307), se dice, en su considerando primero, y en su apartado b), que «... la legislación protege de una forma más expresa, en cualquier clase de prórroga en que

el colono se encuentren los arrendamientos especialmente protegidos, el derecho de preferente cultivo directo y personal por el arrendador, siempre que se haga saber en tiempo de *año agrícola* y forma suficientes a aquel colono; c) que de lo expuesto y del examen del número 5.º del artículo 96 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, se deduce claramente que en materia de acceso a la propiedad por el arrendatario y de cultivo directo y personal por el arrendador, habrá necesariamente de estarse y respetarse los pactos estipulados válidamente, y en su defecto a los plazos del *año agrícola* corriente, y no a las prórrogas legales, sin más trascendencia, si la notificación o requerimiento se efectuase dentro de los seis meses de un *año agrícola*, que la de que el colono pueda permanecer en el predio o fundo hasta la finalización del siguiente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 95, número 2, del Reglamento antes mencionado». Y en su segundo considerando, último apartado, elude la interpretación dicha, al manifestar: «...f) porque, en atención a lo dicho, resulta inocuo tratar el problema de si ese requerimiento de acceso a la propiedad, realizado por el colono, se hizo o no en el tiempo oportuno en relación con la terminación del *año agrícola*».

Por último, en la *Sentencia de 2 de abril de 1969* (Aranzadi, 3.624), en la que se aborda, además del mismo tema anterior, la diferenciación del *año agrícola*, con fecha pactada de terminación del contrato, o como pago de renta (se insiste, en este punto, en lo que ya se dijo antes, de que en este tema suele incidir, a falta de pacto expreso, la costumbre local, señalándose ésta, en gran parte del territorio nacional, en el día de San Miguel, 29 de septiembre), se dice, en su cuarto considerando, que «... como declaró esta Sala, en la antes citada Sentencia de 14 de noviembre de 1967, la legislación protege de una manera más expresa el derecho a aquel cultivo directo y personal por parte del arrendador, cualquiera que sea la clase de prórroga en que el colono se encuentre en los arrendamientos especialmente protegidos, siempre que a éste se le haga saber en tiempo de *año agrícola* y forma suficientes, debiendo estarse y respetarse los pactos estipulados válidamente y, en su defecto, a los plazos del *año agrícola* corriente, sin más trascendencia, si la notificación o requerimiento se efectuase dentro de los seis últimos meses de un *año agrícola*, que la de que el colono pueda permanecer en el predio o fundo hasta la finalización del siguiente, conforme expresamente previene el número 2 del mismo Reglamento antes mencionado, “sin que, por otra parte, sea dable confundir fechas de iniciación y terminación de *años agrícolas* con fechas de iniciación y terminación del arriendo o del pago obligado del canon arrendaticio, que pueden no coincidir”».

5. APLICACION DE LA REGULACION ANTERIOR A LA LEGISLACION ACTUAL

En el punto número 1, o de introducción, de este estudio hemos hecho referencia, transcribiéndolos, a los preceptos de la actual Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, en los que se comprende toda la regulación que hace referencia al término o concepto gramatical, *año agrícola*, y su similar, *rotación de cultivo*, como arrastrados de la legislación precedente a la misma, de donde cabe deducir una primera conclusión en tal tema, y es la que, sin duda, la interpretación de tales denominaciones estará influenciada por dichos antecedentes, si bien habrá que objetar a ello, también a primera vista, que, al ser el cambio legislativo producido en dicho momento bastante profundo, habrá que hacer, ya desde el inicio, un estudio desmenuzado de dicho conjunto legal, para llegar a unas conclusiones en el apartado siguiente, a lo que se concreta, principalmente, la finalidad del presente trabajo, como actualización del nuestro, anterior, sobre el mismo tema.

A tal fin, procede hacer aquí, como fundamento o introducción a tales conclusiones, un estudio del concepto objeto de examen por bloques o grupos diferenciados de preceptos, que tengan una finalidad concreta cada uno y, a dichos efectos, será útil distinguir, separándolos, cuatro grupos, el primero de ellos referente a la normativa propiamente arrastrada, en cuanto a tal concepto, del decurso histórico a que nos llevó la legislación anterior, derogada, si bien aún entresacando, previamente, de este grupo, los supuestos «atípicos» en que se emplea la tal expresión gramatical, sin mayor concisión, lo que nos llevará a unas conclusiones un poco difíciles, por cuanto la división conceptual antes expresada pudiera, en principio, no aplicarse a estos casos o, de hacerse, debiera aplicarse con correcciones; en segundo lugar, y tratando también de despejar más casos en los que no quepa la significación dual referida, se da otro supuesto, en cierto modo también «atípico», referido a la duración de las *rotaciones de cultivo* en las aparcerías, institución que, en el sentido indicado, aparece ahora mucho más profusamente regulada que en la legislación anterior, pues antes era en ellas cuando se ceñía exclusivamente la Ley a determinar su duración por esta expresión, mientras ahora, como se verá, se utiliza en la misma también la otra, así como diversos vocablos de idéntico significado. Por último, y deslindados los precedentes campos, en el último grupo se irá a la base del concepto y de sus dos significaciones, siguiendo la distinción proveniente de la legislación anterior, separando los supuestos de prórroga de ocupación forzosa de la finca por el colono desahuciado, durante el período de conclusión de la *rotación de cultivo*, como concepto

asimilable al de *año agrícola* en tales casos, de los supuestos de «preaviso» para la terminación de los arrendamientos con prórroga legal.

A) Supuestos «atípicos» (en relación con la legislación anterior) de utilización legal del nombre *año agrícola*.

Puede incluirse en este apartado el caso regulado en el *artículo 6.º, número 4.º, de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, la que se refiere, en este precepto, a los arrendamientos excluidos de la protección especial de la misma, y entre ellos menciona, en su indicado número 4, a «los arrendamientos que por su índole sean sólo *de temporada*, inferior al *año agrícola*».

Otro supuesto puede ser el del *artículo 101.6* de la propia Ley Especial. Se refiere dicho precepto, comprensivo del capítulo XI, o último, del título I de la Norma, y como institución jurídica nueva, implantada en ella, al *arrendamiento parciario*. Se trata de una situación intermedia entre el arrendamiento rústico pleno y la aparcería, y se ha insertado su regulación en la Ley inmediatamente antes que ésta: se establece como arrendamiento propiamente dicho, a diferencia de la aparcería, salvo que contiene unas singularidades señaladas en el propio precepto regulador, y se diferencia de la aparcería (extrayendo este caso de ella, como objeto de protección propiamente arrendaticia, que la aparcería la ostenta en menor grado) en que, aparte de la aportación al contrato de la tierra por el dueño o arrendador, o no existen más aportaciones del mismo, o las existentes, de los demás elementos de producción, es inferior en un 25 por 100 al total (ganado, maquinaria y capital circulante); en la aparcería, la aportación debe rebasar esos límites. El número 6 del artículo 101 dicho, establece que «el arrendamiento parciario se convertirá en arrendamiento ordinario sobre la totalidad de la finca si alguna de las partes lo pidiere dentro de los dos meses anteriores al comienzo del *nuevo año agrícola*», y a continuación establece la forma de fijarse la renta en el nuevo contrato, ya de arrendamiento pleno de la Ley.

Entendemos que en estos nuevos supuestos legales, aunque con ciertas dificultades, la expresión *año agrícola* debe entenderse en el sentido común, clásico, o más general, proveniente de la Ley de 1935, y luego recogido, a través de ella, en la parte primera del Reglamento refundidor de 1959, pues no existe una razón concreta que obligue a acudir al caso excepcional, surgido después, de las prórrogas legales de ciertos arrendamientos más específicos, como los llamados «protegidos» (y a los que hay que añadir, hoy, los llamados «históricos», prorrogados también en las últimas normas coyunturales, de prórrogas forzosas, anteriores a la actual Ley). Por lo tanto, y por un lado, la determinación de la temporalidad anual en el campo de la explotación agrícola por terceros se conecta con la *rotación de cultivo* específica de la zona y de la especie de las que se

trate, como distinta al *año agrícola* legal, de los arrendamientos especialmente protegidos; y por otro lado, en un caso, se asimila el *arrendamiento de temporada* al inferior al anual de una *rotación de cultivo* y en el otro se produce una asimilación de temporalidad de los «arrendamientos terciarios» a los rústicos de la Ley, en cuanto su duración mínima de un *año agrícola o rotación de cultivo*, prorrogable en su caso, y cuyo momento de finalización (pacto, costumbre, recogida del fruto, etc.) habrá que determinar previamente para computar el plazo de preaviso, al fin de su conversión en arrendamiento propiamente rústico. Otro supuesto, en fin, de *año agrícola* como *rotación de cultivo*, insertable también, sin mayor especificidad, en este grupo, puede ser el del *artículo 12.2*, de arrendamiento de padres a hijos, y de tutores a pupilos o sujetos a su potestad. Su duración será la contractual, son improrrogables, y su duración no podrá ser mayor al tiempo que falte a tales menores para llegar a la mayoría de edad, si bien alcanzada ésta, o terminados los mismos, el arrendatario podrá continuar en posesión de la finca, según el precepto, *hasta la recolección de la cosecha pendiente*, frase interpretable como de duración de la *rotación de cultivo* pendiente.

B) El segundo grupo de los antes indicados estará compuesto del supuesto, en cierto modo también «atípico», por salirse de las reglas de diferenciación que hemos denominado comunes, de las «aparcerías», con una regulación singular, distinta de la general de los arrendamientos, y que se sustrae, como se indica, a la clasificación dual histórica, de que antes se ha hablado, que estaba ceñida a los arrendamientos en sí.

Se recoge tal regulación, como se indicó en la introducción del trabajo, en los *artículos 117.2* (extinción de las aparcerías), en que se habla, sólo por esta vez (y a diferencia de la legislación anterior, en que no se empleaba para ellas este vocablo), del término *año agrícola*, y en los *109 (1, 2 y 3)*, *110 (1)* y *112 (2)*, en los que se trata, por su lado, de la duración de las mismas mientras persista la *rotación de cultivo*, el *ciclo de cultivo*, el *cultivo de que se trate* o la *recolección del fruto*, haciéndose alusión claramente, con todas estas expresiones, al concepto *rotación de cultivo* como *año agrícola* común, por lo que, en este caso, ambas expresiones, así como las derivadas de aquélla, son de idéntico significado, tanto en el primer precepto como en estos últimos.

C) Yendo ya, en definitiva, a la distinción principal de la legislación anterior, entre *rotación de cultivo*, definida en la Orden de 3 de marzo de 1936, y *año agrícola* legal, para las prórrogas forzosas de los arrendamientos llamados «históricos» y de los «especialmente protegidos», la misma se mantiene ahora, fuera de los casos que hemos llamado «atípicos», y que se acaban de mencionar, en el resto de la regulación de la nueva Ley, pero con más dificultades que antes, en cuanto a la última concepción, ya

que en ella se ha complicado el sistema de las prórrogas legales, por lo que se separará el estudio de ambos supuestos, y así:

a) El concepto clásico del *año agrícola*, definible como de *rotación de cultivo* (y sus expresiones asimilables, de *ciclo de cultivo*, *recolección del fruto* y demás indicadas), que se introdujo en el artículo 25 de la Ley arrendaticia de 1935, y en igual precepto de su Reglamento de 1959, nos viene ahora establecido, en la Ley de 1980, en el actual también artículo artículo 25.2 de la misma (aunque con distinto contenido regulador que los precedentes), al tratar de «la duración de los arrendamientos» a que afecta, y en dicho precepto, después de indicar el en *número 1* (que se refiere a los «no históricos», o concertados después de su vigencia, y conformados a su normativa), que su duración mínima será de seis años; en el *número 2*, que aquí interesa, se trata de su prórroga legal, por periodos sucesivos: el primero de otros seis años y los posteriores de otros años cada uno, con una duración máxima, de las prórrogas, de quince años (veintiún, pues, en total: *número 3* del precepto), y dice, al final, que «no obstante, el arrendamiento podrá rescindirlo al término de cada *año agrícola*, dando al arrendador un preaviso de seis meses».

Por otro lado, en caso de arrendamientos otorgados por el usufructuario de la finca, el *artículo 13* de la Ley establece que, al extinguirse el usufructo, se extinguirá también el arrendamiento, si bien éste subsistirá «durante el correspondiente *año agrícola*». Como se ve, este precepto recoge el supuesto más típico, de asimilación de *año agrícola* a *rotación de cultivo*.

El supuesto anterior es ampliable, en la nueva Ley, al regulado en el *artículo 83.2* de la misma, que se refiere (por emisión al art., 7.º, 1) al caso de calificación urbana de la finca antes rústica, conforme a la Ley del Suelo, y a la de accesoriadad del terreno rústico respecto a edificaciones o explotaciones no rústicas (industriales, militares, públicas, etc.), y en tal precepto se dice que el arrendamiento se dará por finalizado, a voluntad del arrendador o de sus causahabientes, previo aviso de seis meses, y, en tal caso, el arrendatario «deberá dejar libre la finca a la terminación del *año agrícola*».

Estos tres supuestos, aunque el último pueda ser nuevo en su inserción legal concreta, responden, como ya se ha adelantado, al tratamiento e interpretación clásicos del concepto, pues el arrendamiento dura, como nuevo (art. 25), el tiempo pactado, o por años naturales contados desde su inicio, pero con una duración mínima (tanto inicial, como en las correspondientes prórrogas) de un *año agrícola* (la inferior, sería de *temporada*, caso excluido de la protección de esta Ley), correspondiente a su vez a la extensión del *ciclo de cultivo* de que se trate, y, en su caso, debe prolon-

garse hasta la terminación de dichos *año* o *ciclo*. Estos supuestos, pues, no ofrecen mayor complejidad que la proveniente, para ellos, de la legislación anterior, por lo que pasaremos ya a estudiar el último supuesto o grupo de los regulados.

b) El contenido interpretativo del término que se estudia se refiere, en la nueva Ley, a la duración legal del *año agrícola*, desde el 1 de octubre de un año al 30 de septiembre del siguiente, y a tal concepto se refiere la regulación del artículo 99.2, que trata estrictamente de los arrendamientos *especialmente protegidos*, provenientes de la legislación anterior, esto es, de los iniciados con anterioridad al 1 de agosto de 1942, llevados en forma directa y personal por el arrendatario, y cuya renta, regulable por una cantidad de trigo, no sea superior a 40 quintales métricos. En tales casos, finalizada la prórroga legal de los mismos, en curso a la entrada en vigor de la nueva Ley, el arrendador podrá recabar la entrega de la finca para su cultivo personal, o por sus herederos forzosos, preavisando fehacientemente al arrendatario, «con seis meses de antelación, como mínimo, a la finalización del *año agrícola* correspondiente». Es claro, pues, que este término gramatical se refiere, en este caso, a esa duración legal y fija antes indicada, y no a la mera *rotación de cultivo* (aunque puede coincidir con ésta), pues tales arrendamientos se fueron prorrogando, históricamente, por *años agrícolas* con la expresada duración legal.

6. CONCLUSIONES

De todo lo dicho en el apartado anterior procede, a nuestro entender, deducir dos conclusiones: la primera, que el concepto clásico del *año agrícola* como *rotación de cultivo* contractual, al que se refirió la primera significación de aquella locución, pervive en la generalidad de los casos, y se mantiene en los supuestos comunes de duración del arrendamiento y de sus iniciales prórrogas, y se refiere a la supervivencia de la relación locativa (lo sea a efectos civiles o meramente procesales) por encima del término contractual o pactado, y ello «hasta la recolección de las cosechas», haciéndose, aparte, aplicación de él en casos legales específicos (usufructo, arrendamientos familiares padres-hijos menores, distinta calificación urbanística de la finca, accesoriadad de la misma a edificios, duración mínima del arrendamiento *no de temporada*). También tiene esa significación en supuestos legales nuevos (no como mera derivación práctica de los anteriormente reconocidos por la Ley), como en el de duración de la «aparcería» o en el del nuevo arrendamiento tras la conversión del *arrendamiento parciario*.

La segunda afirmación que cabe hacer, es la de que aún persiste la otra significación gramatical y legal del vocablo, de duración artificial, o reglamentada, de la anualidad de que se trata, durante un período fijo, y ello en relación, no sólo con los antiguos arrendamientos *especialmente protegidos* (objeto inicial de esta regulación), y en cuanto sometidos a prórrogas legales coyunturales hasta la nueva Ley, y hasta que concluyan de una vez tales prórrogas.

Ahora bien, y en relación con los arrendamientos provenientes de la legislación anterior y sujetos a prórrogas forzosas legales, y aunque en la Ley no se emplee en algunos casos la expresión *año agrícola* para referirse a la duración y momento de terminación de las tales prórrogas, debemos insistir ahora, y como primera premisa respecto a ellos, en que, actualmente, no sólo están prorrogados legalmente los tales arrendamientos específicos (los *especialmente protegidos*, como se dice), sino también los llamados *históricos*, o de «larga duración», que ahora ofrecen una regulación un tanto dispersa en la nueva Ley, y hasta un tanto complicado, y como su duración también concluirá a la terminación de un concreto *año agrícola* de temporalidad legal fija, conviene referirse asimismo a ellos, y a su actual regulación, ordenando ésta convenientemente, para poder entender cuáles son y cuándo van a concluir, que es, en definitiva, lo que aquí nos interesa. Diremos, como antecedente preciso a todo ello, que si bien las diversas prórrogas, sobre todo a partir de la Ley de 15 de julio de 1954 y, después, del Reglamento que la refundió a un texto legal único, de 29 de abril de 1959 (a partir, como principal, de la Ley de 1935, como se ha repetido), y efectuadas entre el Decreto-ley de 22 de julio de 1966 y el de 10 de octubre de 1980 [*vid.*, antes, ap. c) del núm. 2 de este trabajo], se referían sólo a aquellos arrendamientos en un principio, luego se extendieron a los demás (si bien sólo en cuanto éstos fueran también llevados directa y personalmente por el arrendatario), y que estaban pendientes hasta la entrada en vigor de la Ley de 1980, cuyo debate parlamentario y aprobación se iban previniendo, y concretamente así se hizo en el Real Decreto-ley últimamente citado número 14/1980, de 10 de octubre. Luego se verá, también, que la últimamente vigente, y última prórroga legal concedida, incluso otorgada después de vencidas las establecidas, con la apariencia formal de últimas, en la citada Ley arrendaticia, se hacen extensivas a todos los arrendamientos *históricos* (Ley de 12 de febrero de 1987, núm. 1/1987, que es la actualmente en vigor en el aspecto de las prórrogas, a menos de que en el futuro, bastante próximo ya, deje de ser la última y definitiva, y si se dan nuevos motivos coyunturales, se conceden otras posteriores, que se sumen a las ya establecidas).

En la actual Ley de Arrendamientos de 1980 se establecen las nuevas prórrogas, como se dice previstas en ella a su publicación, pero se regula

a la vez, como hecho jurídico nuevo, enlazado con ellas el derecho del arrendatario de acceso legal o forzoso, si bien a su instancia, a la propiedad de la finca arrendada, y ello parece ser que se hace como medio de terminar con esta situación forzada, ya de por sí larga, haciéndose en los siguientes supuestos: 1. El *artículo 98.1*, trata de los *arrendamientos anteriores al Código Civil*, y establece la norma común de acceso a la propiedad (o de «adquisición forzosa», según la dicción legal) de la finca por el arrendatario (y que es aplicable también a los otros supuestos de acceso previstos), en el sentido de que tal acceso deberá hacerse, pagando el accedente al arrendador, «al contado y en metálico», el «precio de la finca», determinado en vía civil, conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa. Estos arrendamientos, por ser *históricos*, estaban prorrogados legalmente, a la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

2. El *artículo 99.1* se refiere a los *arrendamientos especialmente protegidos*, y en régimen también de prórroga forzosa, a cuya terminación el arrendador podrá recabar para sí la finca (aquí, a diferencia del supuesto anterior, de «mayor antigüedad», se antepone este derecho del arrendador sobre el otro del arrendatario), siempre que lo sea para su cultivo directo y personal, pero para ello deberá notificar fehacientemente su propósito al arrendatario, con seis meses de antelación a la finalización del *año agrícola* en caso de no hacer el arrendador uso de este derecho preferente, el *número 3* del precepto concede al arrendatario un plazo de un año, a contar desde la terminación de la prórroga, o de la Resolución judicial denegatoria, en su caso, de la recuperación de la finca pretendida por el arrendador (¿se trata, en ambos casos, de una nueva prórroga, puesto que hay que esperar al posible ejercicio de la acción reservada al arrendatario, tras la última prórroga?), para que pueda éste acceder a la propiedad, con el mismo trámite, de valoración del «precio justo» de la finca, que en el caso anterior, y con la obligación para el accedente de cultivarla personalmente durante seis años como mínimo (el art. 84.2 establece esta sujeción, con la obligación de no enajenar, ceder o arrendar la finca durante ese período, y ello con carácter general, en todos los casos de acceso del llevador a la propiedad, como lo son también los de tanteo y retracto, o de adquisición preferente a terceros). De no hacer uso en tiempo legal el arrendatario de su indicado derecho de acceso a la propiedad, y ello en la forma establecida legalmente, el *número 6* del citado artículo 99, determina que el arrendamiento (si ha pervivido por las prórrogas legales) quedará sujeto al régimen normal de la nueva Ley, y el arrendador podrá recuperar la finca en la forma establecida en el artículo 26 de la misma (supuestos de oposición a las prórrogas legales normales del art. 25, hasta quince años,

como se dijo antes, y ello siempre que se proponga para cultivo directo, que deberá ser también como mínimo durante seis años).

La *disposición transitoria primera, regla 3.ª*, se refiere, por último, a los «*arrendamientos concertados con anterioridad a la publicación de la Ley de 15 de marzo de 1935*, en que se hubiere perdido memoria del tiempo en que se concertaron» (supuesto temporal intermedio entre los dos anteriormente enunciados, y referente, como el primero, y a diferencia del segundo, a arrendamientos *históricos*, o *medios históricos*, si bien se les compara con aquel supuesto, pero legalmente enmarcables como *históricos*). Dicha disposición los prorroga, cumpliendo con ello las previsiones de las últimas prórrogas anteriores (Reales Decretos-ley de 30 de junio de 1978, 16 de junio de 1979 y 10 de octubre de 1980), y parece, como se ha dicho, que se quiere cerrar el ciclo de prórrogas de tales arrendamientos, y ello lo hace mediante la prórroga por dos períodos de tres años cada uno, dentro de los cuales el arrendatario, según la nueva técnica legal, tendrá también el derecho de adquisición forzosa, del número 1 del artículo 98.

Si bien respecto a los dos primeros supuestos, de los enunciados, tanto, pues, de los «arrendamientos anteriores al Código Civil» (art. 98.1), como de los «anteriores a 1 de enero de 1942, y denominados legalmente especialmente protegidos» (art. 99.1), parece no existir duda alguna en cuanto a que tales prórrogas (y derechos de acceso a ellas incorporados ahora) terminan en determinados *años agrícolas* (30 de septiembre correspondiente), en virtud de las prórrogas de la disposición transitoria primera, regla 1.ª (la del art. 25 —1 y 2—, hasta un tope de veintiún años desde la iniciación del contrato, por cuanto el Decreto-ley número 14/1980 efectuó la prórroga hasta la nueva Ley entonces por aprobar), el problema de si se aplica o no tal período anual se complica en el supuesto de la disposición transitoria primera, regla 3.ª, último de los supuestos explicados, ya que la Ley es de fecha de 31 de diciembre de 1980, se publicó en el *BOE* de 30 de enero de 1981, y entró en vigor, a falta de norma expresa en contrario (art. 2.º, 1. del Código Civil), el 19 de febrero siguiente, y pudiera darse a entender, como se deslizó (ya se indicó) en un Decreto-ley anterior sobre prórrogas, que la duración del *año agrícola* pudiera coincidir con la del *año natural* o del calendario que va del 1 de enero hasta el 31 de diciembre siguiente. Esto no es así, pues aquí no se ha producido «vacío legal» en cuanto a la continuación entre dos prórrogas seguidas, ya que el último Real Decreto-ley contempló la última prórroga pre-Ley de Arrendamientos Rústicos, no por períodos anuales completos, como las anteriores, sino hasta la fecha de entrada en vigor de la nueva Ley, o la fecha que en ésta se establezca. Por lo tanto, al determinarse una nueva prórroga de seis años (o dos seguidas, de tres años cada una), habrá que conectarla con

la prórroga anterior a esa última, que finalizó el 30 de septiembre de 1980, y entender que, a partir de ella (con el paréntesis provisional, que llenó el último Real Decreto-ley, de 1 de octubre de 1980 al 18 de febrero de 1981), los seis *años agrícolas* de la prórroga de la Ley de Arrendamientos Rústicos, no finalizaron el 31 de diciembre de 1986 (atendiendo a la fecha de la Ley), ni el 19 de febrero de 1987 (acudiendo a la fecha de su vigencia), sino el 30 de septiembre de 1986, ya que debe hacerse el cómputo de *años agrícolas*, dada su conformación legal desde que se iniciaron, por años completos, o complementados, conforme al artículo 25.2 nuevo (sin atender, dada la prórroga legal vigente, a la *rotación de cultivo*, a que se refiere éste), y la inicial prórroga de 1980, sólo se complementó, hasta el año total, sólo iniciada entonces, a través de la nueva Ley. De todas formas, y en ello insistiremos más pormenorizadamente a continuación, aunque en este trabajo nos inclinamos por esta interpretación de tal disposición, hay que reconocer que la misma no es nada clara en este aspecto, ya que cabría también una interpretación en el sentido de que la nueva prórroga de la Ley de Arrendamientos Rústicos de seis años podría finalizar el 30 de septiembre de 1987, si bien, se insiste, por contra está el hecho, a nuestro parecer, de que el Real Decreto-ley de 1980 no efectuó una prórroga anual completa (necesaria, fuera de la coyuntura legal excepcional que entonces se dio, de la previsible próxima aprobación de la nueva LAR, dada la extensión temporal de «un año», sea éste «agrícola», «natural» o de otro tipo), y no puede variarse la duración del *año agrícola* legal, que venía arrastrándose de los Decretos-ley coyunturales, precedentes, reguladores de las anteriores prórrogas.

Insistiendo en el tema que se acaba de indicar, y tratando de profundizar en lo ya dicho, debe concluirse que la discusión se centra sólo en el punto de si aquella prórroga de seis años finalizó bien el 30 de septiembre de 1986 o igual fecha de 1987, y no en otras fechas de alguno de estos años, por lo que la cuestión a resolver es, pues, la de la concreción de una de las indicadas fechas. La segunda de tales fechas que puede defenderse, aunque nosotros no la aceptamos rigurosamente, vendría avalada, por un lado, por el mayor favor a la parte contractual más débil, el arrendatario, al que, en definitiva, protege principalmente la Ley (aparte de con las prórrogas y otros derechos, con el nuevo, de acceso forzoso a la propiedad), aunque en ella ya se vislumbran nuevos o más firmes derechos para el propietario también (pago de un «justo precio» por la finca, en el caso de acceso a la propiedad de ella por la otra parte, recuperación de la posesión directa de la finca, etc.). Por otro lado, si bien las prórrogas legales de los contratos, establecidas por Decretos-ley anteriores a la nueva Ley, se referían a años completos, con lo que el período de duración 1 de octubre a 30 de septiembre se mantiene, el último de aquéllos (el ya repetido

número 14 de 1980), no completó la prórroga, en él iniciada, hasta el 30 de septiembre de 1981, sino sólo hasta la entrada en vigor de la nueva Ley, o hasta lo que en ella, al efecto, «se establezca», por lo que, en la práctica, tal prórroga vino impuesta por aquel Decreto-ley desde el 1 de octubre de 1980 hasta el 19 de febrero de 1981, y la disposición transitoria primera, 3.^a, de la actual Ley, prorroga, sin decir desde cuándo (pero entendiendo, en todo caso, que hasta ese momento estaban prorrogados) los contratos a que se refiere, por otros seis años, sin decir si se absorbe o no en el primer año la incompleta prórroga anual anterior, o si ésta habrá que entenderla como completable en un año, hasta el 30 de septiembre de 1981, e iniciar a partir del día siguiente los dos plazos o prórrogas de tres años cada uno, por aplicación del criterio de los *años agrícolas* como *rotaciones de cultivo*, o años naturales completos en la mayoría de los casos (arts. 25 y complementarios de la Ley, y legislación anterior, como norma interpretativa «histórica»). Sería, de todas formas, forzar demasiado la interpretación (aunque la misma, se repite, es posible, y en cierto modo hasta lógica), y se produciría una cierta indefensión para los arrendadores (con sus nuevos derechos, o más firmes, para recuperar la finca, tras tantas prórrogas, y ahora derechos de acceso al arrendatario), el interpretar la norma extensivamente, cuando la prórroga de octubre de 1980 no era completa, y la Ley actual no la completó.

Aun ha venido a acumular más dudas o dificultades a este quehacer interpretativo, y una vez superado el período de prórroga previsto en la Ley de Arrendamientos Rústicos, otra Ley, también coyuntural, y que aún sigue en vigor, que vuelve a prorrogar los contratos, y es la número 1/1987, de 12 de febrero (publicada en el *BOE* del 13 de dichos mes y año, y con expresa entrada en vigor en esta última fecha). Si la última prórroga venció, como decimos antes, el 30 de septiembre de 1986 hasta el 13 de febrero siguiente, sin Ley o Decreto-ley coyunturales de por medio, se crea un período de «vacío» de prórroga, y por ello, pudiera pensarse que, tras el Decreto-ley número 14 de 1980, los contratos se pudieron prorrogar hasta el 19 de febrero de 1981, y los seis años de prórroga deberían contarse desde la fecha, con lo que la Ley de 1987 incidiría en las prórrogas, sin «vacíos» anteriores (los llenó aquel Decreto-ley), y habrá que contar los nuevos cinco años que se conceden desde esa fecha (19 de febrero de 1987). Esto sería ir demasiado lejos, y se incidiría en la ruptura de la semejanza histórica y cíclica, aunque con rigor legal, entre el *año agrícola* de que se trata, y la *rotación de cultivo*, al hacer casi coincidir a aquél con la festividad consuetudinaria de San Miguel (29 de septiembre), mientras el 19, o cualquier otra fecha, de febrero, nada nos dicen al respecto. Ahora bien, si las prórrogas de la disposición transitoria primera, 3.^a, de la Ley de Arrendamientos Rústicos se entienden terminadas el

30 de septiembre de 1987, la Ley 1/1987, sí fue previsor, y se adelantó a esta fecha, sin «vacíos» en las prórrogas. De todas formas, entendemos más bien, y en aras a un riguroso y recto criterio interpretativo, que se ha producido aquí, arrastrado de la falta de rigor al respecto de dicha Ley de Arrendamientos Rústicos y del Real Decreto-ley coyuntural que la precedió, un olvido legal, o falta de técnica legislativa correcta al respecto, dado el marasmo de normas en este tema, al no darse precedentemente explicación alguna sobre las fechas de inicio y terminación de las prórrogas últimas, y por ello habrá que proseguir con la interpretación «histórica» en este punto, y entender que esta última prórroga finalizará el 30 de septiembre de 1991, aunque sin excluir totalmente que pueda serlo también un año después, si bien nosotros aceptamos, como más rigurosa legalmente, aquella primera fecha, puesto que el «vacío» de tiempo (entre el 1 de octubre de 1986 y el 13 de febrero de 1987), debe completarse, por interpretación lógica, como se hizo con el «vacío», esa vez corto (diez días), provocado por el Decreto-ley 14/1980, de 10 de octubre.

De todas formas, la Ley que ahora se comenta, 1/1987, de 12 de febrero, resuelve otros temas hasta entonces sumidos en cierta confusión, pues la extensión de las prórrogas, no se refiere expresamente, como hasta aquí, a los *arrendamientos especialmente protegidos*, sino que menciona tan sólo a los llamados *históricos*, anteriores a la Ley de 1935, y así lo dice concretamente en su Preámbulo y dedica los dos artículos de su texto: uno, a la prórroga de estos últimos, traídos de la disposición transitoria primera, 3.^a, de la Ley de Arrendamientos Rústicos, y el otro, a los del artículo 99.1 de ella, es decir, a aquellos «especialmente protegidos», si bien éstos son prorrogados sólo por el segundo período a que se refiere el artículo 25 de dicha Ley (tres años, después de los seis iniciales), ya que la pretensión fundamental de la misma es la de continuar con el derecho de acceso a la propiedad por el arrendatario, si bien sólo ya dentro de los períodos de prórroga establecidos. No obstante, se plantea otro problema de interpretación en este caso, partiendo de que estamos contemplando una nueva prórroga para estos arrendamientos (de una especie ya a extinguir, como objeto de especial consideración legal), y es el siguiente: no cabe duda de que, finalizados los *arrendamientos históricos* (sobre los que en esta coyuntura se vierte la protección legal) en 30 de septiembre de 1986 —o en igual fecha de 1987, según se mire—, se necesitaba de una nueva prórroga (con su unido derecho de acceso dominical), y ésta se establece por otros cinco años (hasta el 30 de septiembre de 1991, o de 1992, en su caso); en cambio, finalizada la prórroga de seis años (en iguales fechas, señaladas más arriba) en cuanto a los «arrendamientos especialmente protegidos», la prórroga siguiente no la concede la Ley 1/1987 (que excluye este aspecto, deliberadamente, según puede verse en su texto), sino el

artículo 99.6 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, por remisión a la situación, ya común, del artículo 25.2 de la misma, pero en este precepto se habla de «prórrogas sucesivas de tres años cada una» (con el límite temporal de quince años, de entenderse el contrato como «nuevo», excluida su existencia «histórica» anterior, según el núm. 3 del art. 25); entonces, el problema es el de si la «segunda prórroga» a que se refiere el artículo 2.º de la Ley 1/1987 es sólo la de los tres primeros años (que concluiría el 30 de septiembre de 1989, o en igual fecha de 1990), o hay que entender en esta prórroga todos los períodos sucesivos de tres años hasta los quince totales. Entendemos, no sin grandes dudas (que se dan, como se ve, en todos estos temas), que la «segunda prórroga» es sólo la del primer período de tres años, no las sucesivas, por cuanto cada una es una prórroga en sí, y habría tercera y cuarta prórrogas en tal texto, y la «segunda» sería sólo la primera de tres años: en definitiva, el artículo 2.º mencionado, no habla del período de las «sucesivas prórrogas», sino sólo de la «segunda prórroga».

De todas formas, si pasados los plazos de estas últimas prórrogas (con las incertidumbres que, sobre sus finalizaciones, se han expresado), y como parece desprenderse de la intención legislativa de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 y de la Ley número 1/1987, no se conceden nuevas, finalizarán definitivamente los contratos así prorrogados, que pasarán al régimen común de aquélla, que si bien podrían seguir siendo prorrogados conforme a su artículo 25, desaparecería ya para los arrendatarios el derecho de acceso a la propiedad. En todo caso, para propiciar éste, el Gobierno estableció, a la vez que las últimas prórrogas, un régimen de créditos a los colonos, muy favorable a los mismos, facilitándoles, en el aspecto de financiación económica, ese acceso a la propiedad, que significa una expropiación de las fincas a su favor, por «interés social», pero que, en principio, y salvo nuevas previsiones legales, parece irreplicable en el futuro, si no se dan nuevas coyunturas para ello.

RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES
Magistrado. Pamplona

7. BIBLIOGRAFIA

- GAMBON ALIX y MARTÍNEZ-VALENCIA. *Arrendamientos rústicos. Comentarios a su reglamentación*. Ediciones Nauta, S. A., Barcelona, 1963, págs. 239 y 641, nota 97.
- SANTOS PASTOR, A.: «Propietarios, colonos, inquilinos» Tomo I, sobre *Arrendamientos rústicos*, Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona, 1966, pág. 78.
- GARCÍA ROYO, A.: *Tratado de arrendamientos rústicos*. Gráficas Voluntad, S. L., Madrid, 1945, págs. 120, 157 y 306.

- GARCÍA ROYO, A.: *Régimen de los arrendamientos rústicos especialmente protegidos, según la Ley de 15 de julio de 1954, y disposiciones complementarias*. Editorial Gómez, Pamplona-Soria, 1955, págs. 161 y 281, párrafos 91, 129, 142 y 148.
- CASAS-MERCADE, F.: *Los arrendamientos sobre finca rústica*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1965, págs. 183-184 y 604.
- RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES R.: «El concepto de "año agrícola" en los arrendamientos rústicos». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Editorial Reus, S. A., Madrid, abril 1977, págs. 307 a 330

Representación de sociedades anónimas

I. LA REPRESENTACION DE SOCIEDADES EN LA NUEVA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS

Nuestra ya dilatada experiencia como Registrador nos ha permitido comprobar que el 50 por 100 de los defectos que se observan en los documentos presentados a inscripción en los Registros de la Propiedad proviene del ejercicio de la representación societaria, por lo que hemos dedicado buena parte de nuestro esfuerzo a aclarar tal cuestión. Sin embargo, las soluciones no suelen ser excesivamente duraderas habida cuenta de los constantes cambios que el legislador introduce a través de nuevas disposiciones, así como los derivados de la interpretación jurisprudencial. Ahora, nuevamente, con la reciente Ley de adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea que entrará en vigor, al menos por lo que se refiere a esta materia, en 1 de enero de 1990, vuelve a plantearse la cuestión, habida cuenta de las reformas introducidas en los artículos 8.º, 13, 72, 73 y 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuyo contenido vamos brevemente a examinar.

Siguiendo las líneas expositivas que ya anteriormente utilizamos en este tema en los dos trabajos que al mismo dedicamos, publicado el primero en el número 587 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, bajo el título «Algunos aspectos del Anteproyecto de reforma de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con el Registro de la Propiedad», y el segundo, publicado en la misma *Revista*, número 593, «El aspecto formal de la representación de sociedades. La ejecución de acuerdos sociales», vamos a distinguir la etapa previa a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, y la segunda, después de que haya tenido lugar la referida inscripción, sin que sea preciso entrar en la tercera relativa a la disolución, ya que en esta materia la Ley no ha producido innovación alguna, con lo que vale para tal período lo expuesto en el trabajo últimamente citado.

1. Actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil.

Son de interés para el estudio de este período el número 6.º del artículo 8.º de la Ley de reforma y el artículo 13, cuyos textos son como siguen:

Artículo 8.º «En la escritura de constitución de la sociedad se expresarán:

Número 6.º Los nombres, apellidos y edad de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social si fueran personas físicas, o su denominación social si fueran personas jurídicas, y en ambos casos, su nacionalidad y domicilio.»

Artículo 13. «1. Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción, y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad.

2. Por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere el contrato para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios responderá la sociedad en formación con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios. Los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar.

3. Una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por los actos y contratos a que se refiere el apartado anterior. También quedará obligada la sociedad por aquellos actos que aceptase dentro del plazo de tres meses desde su inscripción. En ambos supuestos cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes a que se refieren los apartados anteriores. En el caso de que el valor del patrimonio social, sumado el importe de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad, fuese inferior a la cifra del capital, los socios están obligados a cubrir la diferencia.»

En principio, el juicio que nos merecen los indicados preceptos no es excesivamente favorable. Ya algunas de las cuestiones que plantean tales preceptos fueron abordados en el estudio del artículo 8.º del Anteproyecto en el trabajo primero de los antes enumerados, mas el texto definitivo, aunque haya resuelto algunas de las cuestiones antes planteadas, ha dejado otras sin resolver, especialmente por lo que se refiere a su redacción no ha sido demasiado cuidada a pesar de que en esta ocasión no ha sido debido

precisamente a precipitación, ya que han sido, al menos, tres anteproyectos, desde 1979, los que han llevado a este texto definitivo sin que los diez años transcurridos hayan desembocado en una redacción sin problemas.

Del contenido del número 6 del artículo 8.º transcrito se deduce claramente que frente al criterio de la Ley de Sociedades Anónimas anterior que sólo exigía la designación del órgano u órganos encargados de la administración, indicando quién ostentaba la representación de la sociedad, pero no el de las personas que habían de ejercitar tal actividad, que podía quedar relegada a momento posterior, con lo que se marcaba una clara diferencia con las sociedades de responsabilidad limitada en que aquella designación era necesaria en la propia escritura de constitución, la Ley actual no sólo exige la determinación del órgano —apartado h) del número 5 del mismo artículo—, sino también la de las personas que inicialmente se encarguen de tales funciones. Tales personas, lógicamente, serán los primeros administradores, de entre los que resultarán a su vez a cuáles de ellos se confiere el poder de representación, tal como dispone el apartado h) del citado al decir: «h) La estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad, *determinando los administradores a quienes se confiere el poder de representación*, así como su régimen de actuación, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en el Reglamento del Registro Mercantil».

De aquí podría deducirse que para esta etapa previa a la inscripción, únicamente los administradores designados en la propia escritura podrían actuar en representación de la sociedad, mas el artículo 13 citado siembra la confusión cuando en su apartado I se refiere, sin distinción de personas, a la responsabilidad de «quienes los hubieren celebrado», con lo que comprende a cualquier persona, responsabilidad de carácter solidario, salvo que la eficacia de tales actos hubiere quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad.

El precepto que comprende ahora «los actos y contratos» en vez de sólo estos últimos a que se refiere la Ley aún vigente (con lo que desaparece la duda respecto a la amplitud del contenido del término «contrato» y que dio lugar a la Resolución de 22 de enero de 1988), mejora la redacción del artículo 7.º actual en este aspecto, pero en cambio resulta ilógico en el resto de su contenido. Efectivamente, en el régimen de la legislación que se deroga la responsabilidad de los gestores (así los llamaba el art. 7.º) resultaba lógica, por cuanto no siendo obligatoria la designación de administradores en la escritura de constitución cualquier persona podría realizar tales actos, y de ahí los términos amplísimos de tal posibilidad de gestión y subsiguiente responsabilidad, mas en el régimen de la Ley nueva en que tal designación es obligatoria sólo los representantes legales y orgánicos de la sociedad deberían poder realizar tales actos, por cuanto

resulta clara la voluntad de los socios al respecto al proceder a la designación o nombramiento.

Quizás a esta misma conclusión podría llegarse mediante la interpretación del apartado 3 del precepto comentado cuando para los supuestos contemplados en el mismo nos dice que «cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes a que se refieren los apartados anteriores», con lo que claramente quedan excluidas otras personas. Sin embargo, la redacción no es muy afortunada ni en cuanto a la enumeración que contiene ni en cuanto a la responsabilidad solidaria a que se refiere. Y no es afortunada la enumeración, porque los «socios» no actuarían en tales actos, ya que no reúnen necesariamente la cualidad de administradores, salvo que se dé al apartado 1 la interpretación amplísima a que antes nos referíamos rechazada por ilógica, y en cuanto a la responsabilidad solidaria, porque el apartado 2 del mismo artículo nos dice claramente que por los actos indispensables para la inscripción de la sociedad responde el patrimonio formado por las aportaciones de los socios, mientras que éstos «sólo responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar», con lo que claramente se deduce que su responsabilidad no es solidaria sino individualizada.

Mas si continuamos examinando el precepto, prontamente observamos que aparecen claramente diferenciados dos clases de actos y contratos en el apartado 2: los indispensables para la inscripción de la sociedad y los que no tienen tal carácter.

Tampoco parece muy feliz la expresión utilizada, pues para la *inscripción* de la sociedad no hace falta más que la escritura de constitución, por lo que difícilmente pueden existir otros contratos. A lo sumo puede existir algún acto como sería el documento acreditativo de la autoliquidación del impuesto o carta de pago, exención, etc. La Ley vigente nos habla de actos indispensables para la *constitución* y la reforma sólo se refiere a los indispensables para la *inscripción* de contenido mucho más limitado, pero que prácticamente deja inoperante el precepto. La única utilidad que puede reportar es la de considerar incluido en tal expresión el poder, que ya constituía cláusula de estilo en las escrituras de sociedad, por el que se facultaba a uno de los socios o a todos ellos indistintamente para otorgar las escrituras de rectificación necesarias conforme a la calificación verbal o escrita del Registrador Mercantil a fin de posibilitar la inscripción. Mas, como decimos, respecto a los contratos el supuesto resulta prácticamente imposible. Como ya decíamos en el trabajo anteriormente citado en primer lugar, tales contratos (adquisición de inmuebles necesarios para la explotación del objeto social, contratos de suministro de energía, y demás servicios, arrendamiento de oficinas, locales, etc.) son necesarios para la explotación del objeto social según su naturaleza, pero en ningún caso son

indispensables para la inscripción de la sociedad, para lo que sólo se precisa la escritura y la presentación al pago del impuesto.

En cuanto a los restantes actos y contratos no indispensables para la inscripción de la sociedad, el artículo distingue a su vez dos tipos: uno, por los que la sociedad queda obligada tanto antes de la inscripción como una vez realizada ésta, y otro, en los que para quedar obligada ha de estar inscrita y aceptarlos expresamente dentro de los tres meses siguientes a la inscripción.

Entre los primeros se encuentran los indispensables para la inscripción a que antes hacíamos referencia, los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere el contrato *para la fase anterior a la inscripción* y los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios. Como de los primeros ya nos hemos ocupado anteriormente, vamos a concretarnos ahora a los dos supuestos restantes.

El primer supuesto a estudiar es el de los actos realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere el contrato para la fase anterior a la inscripción. Lo primero que salta a la vista es que estas facultades no son de mención obligatoria en la escritura social, pero pueden estar incluidas dentro del número 7 del artículo 8.º, relativo a «todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer», y, sin embargo, a pesar de su aparente claridad, la verdad es que no está exenta de problemas la redacción comentada. La Ley, en este supuesto, sólo establece la exoneración de responsabilidad respecto a los que realizan tales actos cuya responsabilidad hace tránsito a la sociedad en formación, mas para nada se refiere a la cuestión de la forma y requisito para su validez. No olvidemos, según se desprende de la expresión del apartado 1 del precepto comentado, que se trata de actos y contratos celebrados *en nombre de la sociedad* y que ésta en tal período anterior a la inscripción carece de personalidad jurídica por virtud de lo dispuesto en el artículo 7.º, al expresar «con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica». En consecuencia, tales actos son realizados en nombre de un ente inexistente como reiteradamente ha manifestado el Tribunal Supremo (Sentencias de 6 de febrero de 1964, 31 de mayo de 1969, 26 de mayo de 1973, 6 y 9 de marzo de 1981, 13 de marzo de 1985), que la considera como una situación de interinidad de un ente en vías de formación, concepto que ahora reproduce el texto legal comentado al expresar que de tales actos responderá la sociedad *en formación*. Mas inmediatamente surgen las preguntas: ¿Es que puede responder un ente inexistente?, ¿es que son válidos tales actos sin más? Entendemos que no.

Aquí, a nuestro juicio, el precepto comete un grave error. No hay que olvidar que la escritura puede no presentarse a inscripción y, sin embargo,

la responsabilidad societaria subsiste aunque jamás llegue a inscribirse la escritura. ¿Cómo puede hablarse de responsabilidad de la sociedad cuando ésta quizás no llegue nunca a nacer la vida jurídica? (véase el art. 14 de la propia Ley que regula tal supuesto). Evidentemente, la responsabilidad no es de la sociedad, sino de los fundadores. Son éstos los que conceden a los administradores tales facultades para el período anterior a la inscripción, y sobre ellos recae la responsabilidad de tales actos, pero la única modificación que resulta de tal responsabilidad es que ésta queda limitada a aquello que se hubiesen obligado a aportar. Son los fundadores, con el patrimonio formado por las aportaciones realizadas, o en parte pendientes, quienes responden de tales actos y contratos, y únicamente si la sociedad se inscribe es cuando tal responsabilidad recae directamente sobre la sociedad por virtud de lo dispuesto en el apartado 3, mas no antes.

Pero es que además este supuesto plantea una grave contradicción con el artículo 14, pues, como vemos, el inciso final del apartado 2 del artículo 13 nos dice que «los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar», mientras que el artículo 14 dispone que si no se inscribe la sociedad o transcurrido un año sin solicitarse la inscripción si la sociedad ha iniciado sus operaciones «se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil», en las cuales sabemos la responsabilidad es solidaria e ilimitada.

Y aun hay que resaltar otra cuestión, y es la de que no todos los administradores necesariamente han de ostentar facultad representativa, ya que el apartado h) del artículo 8.º prevé la posibilidad de administradores que carezcan de tal facultad, pero esta cuestión se desarrollará más ampliamente al estudiar la representación durante la vida social una vez inscrita la sociedad.

El otro supuesto que contempla el apartado 2 es el de los actos y contratos estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas *por todos los socios*. Este párrafo aún resulta más conflictivo que los anteriores, pues tales actos caen fuera del ámbito de «actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad» a que se refiere el apartado 1 del precepto comentado. Estos actos no se realizan en nombre de la sociedad al contrario de los anteriores que se realizaban en nombre de ella aunque la responsabilidad recayese sobre los socios si la sociedad no llegaba a ser objeto de inscripción. Aquí el mandato es específico de los socios y no de la sociedad, y su ejecución tampoco es realizada por los órganos sociales, sino por cualquier persona designada por los socios. Bien que éstos respondan de tales actos realizados conforme a lo que resulta de su mandato específico. Lo que ya no resulta comprensible es que la sociedad quede obligada por tales actos por el simple hecho de

la inscripción como dispone el apartado 3 sin que realice acto alguno de aceptación de los mismos.

En este punto es aplicable todo lo que exponíamos en otro lugar respecto al comentario del artículo 8.º del Proyecto de Ley (véase artículo antes citado en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 587, de julio-agosto 1988, pág. 1296).

La actuación así llevada a efecto se realiza como mandatarios de las personas físicas o jurídicas de los socios fundadores, no de la sociedad, por lo que queda claramente fuera del contexto a que se refiere el artículo 13, que nos habla de actos y contratos realizados en nombre de la sociedad, y se da una manifiesta infracción del artículo 1.259 del Código Civil, ya que se trata de actos realizados en nombre de otra persona (la sociedad) sin estar autorizada y sin ostentar la representación legal, con lo que siempre sería precisa la ratificación, y, sin embargo, ésta se elimina por el apartado 3 del precepto comentado.

Otro grupo de actos son aquellos que la sociedad acepte dentro de los tres meses siguientes a la inscripción. Aquí el precepto ya no contiene distinciones. Sin embargo, es de observar que mientras en el resto del precepto se habla de actos y contratos aquí el apartado 3 sólo habla de actos. Debe tratarse simplemente de un error. Sería absurdo que se admitiese la obligatoriedad para la sociedad de actos y contratos realizados sin su intervención por el solo hecho de la inscripción, como antes hemos comprobado, y que no fuese posible la ratificación hecha por la sociedad, cuando ya tiene adquirida la personalidad jurídica, de aquellos contratos realizados en su nombre. Precisamente para este supuesto es cuando resulta lógica la obligatoriedad de tales actos respecto a la sociedad, ya que explícitamente son aceptados, y la liberación de responsabilidad de quienes los realizaron.

Respecto a los problemas que plantea la aceptación por la sociedad tanto respecto al órgano que ha de realizarla así como a los requisitos formales que la misma debe reunir, nos remitimos a lo que más adelante expondremos en las conclusiones y al segundo de los trabajos inicialmente citados en que se desenvuelve más ampliamente esta cuestión.

Una nueva imprecisión se observa en el inciso final de este apartado 3 respecto a la obligación de los socios de cubrir la diferencia cuando el valor del patrimonio social más los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad resultasen inferiores a la cifra del capital social.

Este inciso es de un imprecisión manifiesta. En primer lugar, aquí ya no se refiere a *actos y contratos* indispensables para la inscripción, sino a los *gastos* indispensables para la inscripción, con lo que ni concuerda con el resto del precepto comentado ni con el número 4 del artículo 8.º que se refiere a la cuantía total de los *gastos de constitución*, mientras que los

gastos de inscripción sólo comprenden los honorarios del Registrador. Sin embargo, lógicamente debe referirse a todos los gastos y no sólo a los de inscripción, según puede deducirse de la finalidad del precepto. Lo que se pretende es que responda íntegramente el patrimonio social y éste corresponde a la totalidad de lo aportado menos lo gastado en todo el proceso constitutivo (Notario, gestión, impuesto, inscripción, etc.).

También es imprecisa y vaga la expresión de que «los socios estarán obligados a cubrir la diferencia», ya que en modo alguno se establece la forma en que ha de procederse a cubrir la misma sin que se determine si esta aportación suplementaria es proporcional a la participación que cada socio ostente en la sociedad, que sería lo lógico, o si por el contrario es exigible íntegramente a cada socio, o sólo al socio que no hubiese cubierto íntegramente la suya (supervaloración de aportación no dineraria).

Por otra parte hay que constatar que tal obligación complementaria del patrimonio social sólo es exigible para responder de los actos y contratos realizados antes de la inscripción de la sociedad, pero no respecto a cualquier otro supuesto, siendo criticable que frente a la proliferación de supuestos de revisión de las valoraciones de las aportaciones no dinerarias que recogía el proyecto (la de los administradores y la realizada judicialmente) hayan desaparecido todas ellas en el texto definitivo, con lo que queda sin resolver el problema de la discrepancia entre la valoración realizada por el experto y la realizada por los socios, ya que la Ley ahora guarda silencio en este punto y sólo se limita a exigir en el artículo 32, *b*), 1, que el informe se incorpore como anexo a la escritura.

El supuesto es extraordinariamente importante por virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley que impone la responsabilidad solidaria de los fundadores por la valoración de las aportaciones no dinerarias. Mas no expresa de cuál de las valoraciones responden: si de la del experto o la realizada por los socios, ya que al no existir procedimiento de revisión igual puede ser errónea una u otra, lo cual, incluso, puede agravarse cuando el aportante a su vez reúne la condición de experto por razón de su profesión. Es lamentable que se haya pasado de una prolijidad de revisiones a la supresión total, con lo que queda en el aire cuál es el patrimonio real de la sociedad.

Al menos la Ley debería haber expresado que cuando el valor fijado por el experto al bien aportado sea inferior al señalado por los socios el aportante debería cubrir la diferencia, ya que no existe posterior revisión, puesto que tal como aparece actualmente lo único que posibilita es el ejercicio de acciones judiciales por los terceros con las consiguientes dilaciones y gastos, y también parece poco lógico que no se establezca norma alguna que permita exigir al aportante el complemento, ya que la respon-

sabilidad recae sobre todos los fundadores. Era en este punto mucho más preciso y acertado el texto actual.

Este artículo 15 también contiene una expresión que podemos calificar de anecdótica cuando hace responsables a los fundadores de «la omisión de cualquier mención de la escritura de constitución exigida por la Ley». Los requisitos de la escritura son competencia exclusiva del Notario autorizante, y como decimos resulta anecdótico que respondan los fundadores (posiblemente legos en Derecho) de que se omita en la escritura cualquier circunstancia exigida por la Ley, que seguramente desconocerán y en contra de las propias normas de la legislación notarial.

Pasemos ahora al estudio de la representación en la segunda etapa a que inicialmente hacíamos referencia, o sea, respecto a los actos y contratos realizados durante la vida de la sociedad para la que son de aplicación el artículo 8.º, 5.º, *h*), y los artículos 72, 73 y 76 de la Ley.

Veamos su contenido:

El artículo 8.º, 5.º, *h*), nos dice que en los Estatutos sociales se hará constar «la estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad, determinando los administradores a quienes se confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en el Reglamento del Registro Mercantil. Se expresará, además, el número de administradores, que en el caso del Consejo no será inferior a tres o al menos el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de su retribución si la tuviesen».

Artículo 72. 1. Los administradores ejercerán su cargo durante el plazo que señalan los estatutos sociales, el cual no podrá exceder de cinco años. Podrán ser reelegidos por periodos de igual duración máxima.

2. El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla, haciéndose constar los nombres, apellidos, domicilio y nacionalidad, y en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente.

Artículo 73. Cuando la administración se confie conjuntamente a más de dos personas, éstas constituirán el Consejo de Administración.

Artículo 76. 1. La representación de la sociedad en juicio y fuera de él corresponde a los administradores en la forma determinada por los Estatutos.

2. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

3. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los Estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.

Del estudio de los transcritos artículos resulta lo siguiente:

Que es obligatoria la expresión en los Estatutos sociales (y, por tanto, en la escritura social) de la estructura del órgano de administración. De entre las formas de estructurar el órgano de administración resultan claramente admitidas la de administrador único, administradores solidarios, dos administradores mancomunados y Consejo de Administración con un mínimo de tres miembros.

Las principales novedades respecto del texto de la Ley actual consisten:

1.º Sólo cabe la existencia de *un* órgano de administración.

Así se deduce claramente de la expresión «la estructura del órgano» del artículo 8.º, 5.º, *h*), que utiliza el término en singular frente al texto de la Ley actual [art. 11, 3.º, *h*)], que nos habla de «órgano u órganos», modificando la doctrina de la Resolución de 26 de noviembre de 1981, que admitía que los Estatutos pudiesen establecer diversos órganos de administración, no sólo simultáneamente, como resultaba del propio texto del artículo citado y del artículo 101, *h*), del Reglamento en que se contemplaba el que la administración se confiase a un Consejo y administradores singulares, sino para el futuro, lo cual resultaba mucho más discutible, tal como sostuvimos en el citado recurso, con lo que los Estatutos sociales contenían la regulación de todos los órganos posibles, aunque sólo uno de ellos era en realidad el adoptado, pero ello con la finalidad, a nuestro juicio contraria a la Ley, de poder cambiar de órgano de administración sin reunir los quórum establecidos en el artículo 58 de la Ley, por cuanto al cambiar el órgano ninguna modificación había que hacer en los Estatutos sociales, ya que el nuevo adoptado ya constaba regulado en los mismos. Ello era contrario a la norma del Reglamento que exigía *determinar* el órgano, determinación que desaparecía desde el momento en que se enumeraban todos los posibles y el hecho de que la Ley hablase de *órgano u órganos* simplemente era una consecuencia, desenvuelta en el Reglamento, de que cabía la existencia de órganos de administración simultáneos y distintos a cuyo efecto el propio Reglamento en el apartado *h*) del citado artículo 101 exigía que se determinasen las respectivas facultades. Ahora el problema desaparece por cuanto, como decimos, sólo cabe la existencia de un órgano de administración y cualquier alteración del mismo supone cumplir los requisitos de la modificación estatutaria, exigencia lógica por

cuanto la estructura del órgano de administración es materia de extraordinaria importancia en el régimen de la sociedad.

2.º Se distingue entre administración y representación. La primera mira al aspecto interno o de gestión, mientras que la segunda contempla el aspecto externo o de relación con terceros. Así se deduce de la expresión «determinando los administradores a quienes se confiere el poder de representación» que contiene el citado artículo 8.º, del artículo 72, en su apartado 2 *in fine*, al decir «y en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente», y del artículo 76, en su apartado 1, cuando expresa «la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él corresponde a los administradores en la forma determinada por los Estatutos».

3.º Se admite la posibilidad de dos administradores mancomunados siguiendo la doctrina de las Resoluciones de 4 y 5 de octubre de 1982 a pesar de que las mismas, en el momento en que se dictaron, quedaban en contradicción con los textos legales y con la propia manifestación del legislador en la exposición de motivos de la Ley de Sociedades Anónimas, como ya pusimos de manifiesto en nuestro comentario a las mismas publicado en el *Boletín* del Colegio de diciembre de 1982, suscitando además la duda de si eran admisibles mayor número de administradores mancomunados sin necesidad de formar Consejo. Ahora el problema queda resuelto por virtud del artículo 73 al disponer que «cuando la administración se confíe conjuntamente a más de dos personas, éstas constituirán el Consejo de Administración», con lo que resulta evidente que cuando sólo son dos pueden actuar conjuntamente sin formar Consejo.

4.º El mínimo de consejeros, cuando se adopta como órgano de administración el Consejo de Administración, se fija en tres contra la Resolución de 9 de mayo de 1978 que admitió el Consejo de dos miembros y cuya equiparación a dos administradores mancomunados fue la base de las Resoluciones de 4 y 5 de octubre de 1982 antes citadas. Así resulta del artículo 8.º cuando nos dice «se expresará, además, el número de administradores que en el caso del Consejo no será inferior a tres», corroborado por el artículo 73 antes citado.

5.º Se exige la constancia en los Estatutos del plazo de duración del cargo de administrador, estableciendo además la prohibición de que éste exceda de cinco años. Así resulta de los ya repetidos preceptos al exigir el 8.º que conste en los Estatutos «el plazo de duración del cargo», y el 72, que «los administradores ejercerán su cargo durante el plazo que señalan (*sic*) los Estatutos sociales, el cual no podrá exceder de cinco años».

6.º Se suprime la prohibición de la renovación total del Consejo al

desaparecer en el contenido del artículo 73 del texto reformado la expresión de que el Consejo sólo se renovará parcialmente.

7.º Se aclara el contenido del artículo 74 actual en orden a la retribución de los administradores, cuestión controvertida y que dio lugar a diversas Resoluciones y Sentencias del Tribunal Supremo, al establecer el artículo 8.º que lo que ha de constar en los Estatutos no es la retribución, sino el «sistema de su retribución si la tuvieran».

8.º Se altera el contenido del artículo 76 de la Ley vigente en cuanto a la extensión de las facultades representativas del órgano de administración sustituyendo la expresión relativa al giro y tráfico por la referencia al objeto social como resulta del artículo 76.2 al decir que «la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos», concordante con el artículo 8-5.º, 6), que exige en los Estatutos «el objeto social determinando las actividades que lo integran».

9.º Se amplía la posibilidad de actuación del órgano de representación por cuanto «la sociedad queda obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave aun cuando se desprenda de los Estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social», tal como dispone el artículo 76.3.

Como vemos, bastantes son las novedades introducidas en esta materia y, aunque muy brevemente, creemos que merecen el oportuno comentario, ya que algunas de ellas son de extraordinaria importancia, tal como comprobaremos a continuación.

Respecto a la primera de las novedades introducidas en la reforma, o sea, la exigencia de un solo órgano de administración, hemos de considerarla de modo favorable. Los Estatutos sociales deben ser claros y precisos, como normas que han de regir la vida social, y la prolija enumeración y regulación de todos los órganos de administración posibles, que se había constituido ya en práctica común en la mayoría de los Estatutos, sólo podía servir para sembrar la confusión, ya que para poder conocer quién ostentaba la representación social no bastaba con el examen de los Estatutos, sino que era preciso acudir a los correspondientes acuerdos de Junta general en que se procedía a la determinación del órgano que en cada momento regía la sociedad, lo cual restaba claridad al Registro Mercantil. Por otra parte, tal como antes señalábamos, la finalidad era evitar los quórum reforzados que para la modificación de Estatutos establece el artículo 58, y aunque en mi época de Registrador Mercantil nunca admití el cambio de órgano sin que se cumplieran los requisitos del artículo 84 de la Ley basándome, por aplicación analógica, en la Resolución de 24 de noviembre de 1981 en lo relativo al objeto social, es lo cierto que la cuestión se prestaba a interpretaciones distintas después de la Resolución

de 26 de noviembre de 1981. Lo cierto es que la enumeración de todos los órganos legalmente posibles en los Estatutos equivalía a silenciar el requisito del órgano de administración, por cuanto del texto de los mismos no podía deducirse por cuál de ellos se regía la sociedad, que es lo que la Ley exige, por lo que no admitíamos tal práctica, pero dictada la Resolución de 26 de noviembre de 1981 ello era admisible, aunque lo que quedó sin resolver fue lo relativo a los requisitos que había de reunir la Junta que procediese al cambio de órgano, y aquí es donde entraba la aplicación analógica de la Resolución de 24 de noviembre de 1981, o sea, que la enumeración de los órganos posibles cabía en los Estatutos, porque todos estaban en la Ley, pero tal enumeración era inoperante a los efectos de los requisitos necesarios para la modificación del mismo tal como para la cláusula relativa al objeto social «y cualquier otro objeto que acuerde la Junta general» estableció la última Resolución citada, considerándola posible pero innecesaria e inútil.

Más problemas plantea la segunda de las novedades a que antes hacíamos referencia, o sea, la distinción entre órgano de administración y representación. El problema ya se planteaba en el régimen anterior por la posibilidad de actuación simultánea de dos órganos sociales reconocida, como antes señalábamos en el artículo 101 del Reglamento del Registro Mercantil, al admitir la administración conferida a Consejo de Administración y administradores singulares, pues, por consecuencia de lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley, la representación de la sociedad quedaba atribuida, en todo caso, al Consejo cuando existía tal órgano, con lo que la exigencia del Reglamento de que se determinen las respectivas facultades de cada órgano revestía poca utilidad, ya que la actuación de los administradores singulares sólo tenía virtualidad en el orden interno de la sociedad y para la actuación frente a terceros siempre había de actuar el Consejo, único órgano que ostentaba la facultad representativa. Sin embargo, es lo cierto que en la práctica y en nuestra dilatada actuación como Registrador Mercantil nunca encontramos sociedades que optasen por este sistema dual, prueba evidente de su desacertada regulación. La figura de los consejeros delegados o bien la de los apoderados subvenía igualmente a cubrir la necesidad de evitar la proliferación de reuniones del Consejo sin que por ello desapareciesen las facultades representativas.

La reforma, por la vía de la distinción administración y representación, reproduce en cierto modo el problema, y a nuestro juicio no le auguramos mucho éxito en la práctica, tal como sucedió con la situación anterior antes apuntada. Si los socios acuerdan que el órgano sean dos administradores mancomunados, resulta difícil pensar que en la esfera interna hayan de actuar ambos y que en la externa o representativa, que es la más importante, por cuanto obliga a la sociedad respecto a terceros establezcan

que sea suficiente la actuación de uno solo. Y lo mismo cabe decir de la actuación de Consejo o administradores solidarios, pues si se crea un órgano colegiado es precisamente para que las decisiones tengan el respaldo mayoritario previa la correspondiente citación, discusión y votación, y resulta anómalo pensar que sea preciso todo este proceso si la facultad representativa se atribuye a uno solo de los consejeros, con lo que la sociedad quedará obligada aunque su actuación no responda a las directrices del Consejo. Y en el caso de los administradores solidarios, también resulta anómalo que si las necesidades sociales exigen varios administradores, por su amplitud de actividades o actuaciones, que a la hora de actuar representando a la sociedad sólo uno de ellos pueda actuar, con lo que se cercena la facilidad creada por la múltiple designación.

De hecho, como decimos, no creemos en la bondad del sistema y el propio Anteproyecto de reforma del Reglamento del Registro Mercantil remitido por el Colegio a los Registradores Mercantiles para remisión de observaciones, se salta olímpicamente el sistema instaurado por la Ley al establecer en el artículo 96.2:

«Asimismo se determinarán los administradores a quienes se confiere el poder de representación y su régimen de actuación *de conformidad con lo establecido a continuación.*» Y a continuación dispone que si son solidarios corresponderá a *todos* ellos, si son dos mancomunados *conjuntamente* y si es Consejo *colegiadamente*.

Esta regulación del Reglamento es contraria a la Ley, tal como hemos visto y consideramos que no pasará adelante en las sucesivas lecturas que se realicen del mismo hasta que recaiga su aprobación, y, de hecho, por nuestra parte, en notas remitidas al Colegio, ya pusimos de manifiesto la contraposición con la Ley, pero al menos sirve para demostrar que el nuevo sistema no ha calado ni en el propio legislador que al establecer la norma reglamentaria lo vulnera abiertamente. Como decíamos anteriormente, la figura de los consejeros delegados y la de los apoderados, directores, gerentes, técnicos, etc., a que hace referencia el artículo 59 del texto nuevo de la Ley, cubren tales necesidades sin los inconvenientes apuntados, y, evidentemente, el Reglamento no puede eliminar la posibilidad establecida en la Ley, sea buena o mala, de que existan administradores que carezcan de facultad representativa.

De conformidad con estas normas los Estatutos regularán la estructura del órgano de administración señalando aquel por el que los socios opten de entre los permitidos legalmente, y que antes enumerábamos, así como el número de administradores, o cuando menos el mínimo y el máximo, y por aplicación del apartado i) del artículo 8.º, 5.º, la forma de deliberar y

adoptar acuerdos si optan por el Consejo de Administración, si bien este último requisito ha sido interpretado con excesiva tolerancia en cuanto a su cumplimiento por Resoluciones de la Dirección General.

Del mismo modo han de determinar a qué administradores se confiere el poder de representación, expresando si pueden actuar solos o necesitan hacerlo conjuntamente.

Esta es la cuestión más importante desde el punto de vista de terceros, comparecencia ante Notario y frente al Registro Mercantil y de la Propiedad cuando los actos otorgados han de acceder a los mismos, pues únicamente será válida la actuación de aquellos administradores que ostenten la facultad o poder de representación y en la forma señalada para su actuación, bien sea ésta individual y aislada o conjunta con otro de los que ostenten idéntica facultad representativa conforme a lo señalado en los Estatutos sociales.

De las referidas normas resulta que tal poder de representación sólo puede ser ostentado por personas que reúnan la cualidad de administradores. Así resulta del apartado *h)* cuando habla de «*los administradores a quienes se confiera el poder de representación*», y del artículo 72.2 al expresar «*los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad*». Se confirma con ello la doctrina que ya sentaron las Resoluciones de 3 de septiembre de 1980 y 26 de octubre de 1982, no permitiendo la figura del *nuntius*, exigiendo que la representación la ejerza únicamente quien, con arreglo a los Estatutos y en la forma establecida en los mismos, tenga atribuida la facultad representativa.

Con ello queda excluida, de modo tajante, la posibilidad de actuar representando a la sociedad los secretarios y vicesecretarios no consejeros, letrados, asesores, etc., salvo que específicamente se les confiera un poder por quien ostente tal facultad y que para que surta efectos en actos inscribibles en los Registros Mercantiles y de la Propiedad han de constar en escritura pública, de conformidad con el artículo 1.280, 5.º, del Código Civil, y sujetos o no a inscripción en el Registro Mercantil según su naturaleza, tal como resulta de las Resoluciones citadas.

Precisamente por esta claridad de los textos legales nos llama la atención que el Anteproyecto del Reglamento del Registro Mercantil a que antes hacíamos referencia, haciendo caso omiso de las normas expresadas, permita en su artículo 81.2, en relación con el artículo 82.1, 1.º, el que la ejecución de acuerdos sociales pueda llevarse a efecto por los secretarios o vicesecretarios no consejeros o por cualquier persona designada por el Consejo. Los redactores de este modelo de Anteproyecto no han examinado detenidamente la Ley y parecen permitir una práctica viciosa bastante extendida, y tolerada en algunos Registros, de admitir la comparecencia ante Notario para la ejecución de acuerdos sociales de cualquier persona

designada por la Junta o por el Consejo, olvidando que la certificación de acuerdos sociales, ya sean de Junta o Consejo, no son más que documentos privados, a lo sumo con firmas legitimadas, y que por falta de forma (art. 1.280, 5.º, del Código Civil) no pueden surtir efectos respecto de terceros, ni ser susceptibles de inscripción en el Registro correspondiente, práctica que, como decimos, fue condenada por las citadas Resoluciones.

La distinción entre representación y elevación a público de acuerdos a que aluden los artículos 81 y 96 del Anteproyecto citado es, a nuestro juicio, insostenible. La ejecución de acuerdos sociales que se realiza mediante la elevación a escritura pública de los acuerdos sociales no es más que una faceta específica de la facultad de representación, que tiene un contenido mucho más amplio. La comparecencia ante Notario para tal elevación a público necesariamente ha de hacerse «en representación de la sociedad» y, por consiguiente, no puede hacerse más que por quienes tengan tal facultad, que como vimos en los artículos 8.º, 72 y 76 de la Ley queda constreñida exclusivamente a los administradores a quienes se haya atribuido específicamente en los Estatutos y en la forma señalada por éstos, por lo que cuando el Anteproyecto de Reglamento en el artículo 81.2 nos dice que «la elevación a instrumento público de los acuerdos a que se refiere el número anterior (Junta y Consejo) corresponde a la persona que tenga facultad para certificarlo» vulnera los preceptos de la Ley citados, ya que el artículo 82.1, 1.º, atribuye tal facultad certificante «al secretario y, en su caso, al vicesecretario del órgano colegiado de administración *sea o no* administrador». Y aún es mucho más grave el artículo 83, por cuanto los acuerdos de las asambleas de obligacionistas podría llevarlos a efecto cualesquiera de ellos designados por la asamblea como secretario a pesar de que la representación compete al comisario. El Anteproyecto inventa una nueva categoría de representación además de la legal, orgánica o voluntaria, o sea, la reglamentaria, aunque quede en contradicción con la Ley de Sociedades Anónimas y con los artículos 1.259 y 1.280, 5.º del Código Civil, ya que las certificaciones de acuerdos sociales que facultan para tales actos no son más que documentos privados.

Confiamos en que estas vulneraciones de la Ley sean eliminadas del Reglamento, ya que de no ser así crearán un claro conflicto derivado del diverso rango de ambas normas y su evidente contradicción. Por nuestra parte ya advertimos en las notas remitidas al Colegio de Registradores la existencia de tal contradicción y la materia ya fue objeto de estudio más amplio en el segundo trabajo a que aludimos al principio de estas notas, publicado en el número 593 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

Por lo que se refiere a la tercera de las novedades introducidas en la reforma, o sea, la de la posibilidad de que el órgano de administración esté integrado por dos administradores mancomunados, nos parece acertada su admisión. Verdaderamente no existía ninguna razón lógica que impidiese esta forma de actuación, aunque sí existía anteriormente, a nuestro juicio, imposibilidad legal, y así el propio legislador en la exposición de motivos de la Ley de Sociedades Anónimas, en su apartado III, nos decía: «En lo relativo al modo de funcionar el Consejo de Administración, *forma colegiada impuesta con carácter preceptivo siempre que la administración se confíe conjuntamente a varias personas....*», con lo que claramente manifestaba el carácter imperativo del precepto que regula tal materia y que es el artículo 73 de la aún vigente Ley de Sociedades Anónimas que expresa que «cuando la administración de la sociedad se confíe conjuntamente a varias personas, éstas constituirán el Consejo de Administración». Tampoco el artículo 11 de la Ley ni el 101 del Reglamento dan opción a la posibilidad de los administradores mancomunados, pues este último precepto regula las formas posibles de administración y en ningún caso se refiere a los administradores mancomunados. Tampoco la doctrina reconocía tal posibilidad.

Sin embargo, las Resoluciones de la Dirección General de 4 y 5 de octubre de 1982, ya citadas, admitieron tal figura, basándose exclusivamente en la equiparación de tal forma de actuación con la del Consejo de Administración de dos miembros, equiparación inaceptable, tal como pusimos de manifiesto en el comentario a las citadas Resoluciones (*Boletín del Colegio* de diciembre de 1982), al que remitimos al lector para evitar duplicidades, ya que las diferencias entre ambas figuras son enormes e insalvables; baste resaltar, como muestra, que en el Consejo cabe el voto dirimente del Presidente, mientras en los administradores mancomunados han de actuar de consuno; que los plazos de duración del nombramiento en Consejo han de ser distintos para la previsión de renovación parcial, mientras los mancomunados han de ser idénticos; que la ejecución de acuerdos del Consejo la puede hacer uno de los consejeros designado al efecto, mientras en los mancomunados han de actuar conjuntamente; que el Consejo puede designar consejero delegado, mientras que los mancomunados sólo pueden otorgar poderes, etc.

El legislador ha creído oportuno alterar la normativa anterior, lo cual nos parece acertado, y modificando el texto del citado artículo 73 establece que «cuando la administración se confíe conjuntamente a *más de dos personas*, éstas constituirán el Consejo de Administración», con lo que el precepto sólo deviene imperativo en orden a la formación del Consejo cuando sean más de dos los administradores, y con ello da entrada a la

posibilidad de actuación conjunta de dos administradores sin formar Consejo.

Entrando en el estudio de la cuarta de las novedades apuntadas, consistente en que el número mínimo de consejeros sea el de tres igualmente, hemos de alabar la decisión del legislador. El Consejo de dos miembros, admitido por la Resolución de 9 de mayo de 1978, era una figura anómala y cuya conflictividad ya puso de manifiesto la propia Resolución citada, por cuanto el empate dejaba inoperante al Consejo, y si se atribuía el voto dirimente al presidente, la actuación del otro consejero era nula. La falta de asistencia de un consejero impedía la actuación del órgano. Se vulneraba la prohibición de los administradores mancomunados a que hacíamos referencia anteriormente, al menos en cuanto a la necesidad de acuerdo unánime. Cierto que muchos de estos problemas subsisten con el Consejo de tres miembros, pues la falta de asistencia de uno de ellos deja al Consejo en la misma situación referida, mas lo que en este caso es una situación posible, en el de dos miembros es una situación obligada. Por otra parte, la esencia de los órganos colegiados es la pluralidad y el que los acuerdos se adopten por mayoría, lo cual es imposible en un Consejo de dos miembros que siempre requiere la unanimidad.

Y entramos ahora en otra de las novedades de la Ley que ha hecho correr anteriormente verdaderos ríos de tinta dada la defectuosísima redacción del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas vigente: la del plazo de duración del cargo de administrador.

En este punto nos parece acertada igualmente la solución del legislador. Al menos ha resuelto las muchas dudas que plantea la Ley actual. Podrá discutirse si es conveniente o no que el cargo sea a plazo o indefinido, así como la duración máxima del mismo si se estima conveniente la existencia del plazo, pero lo que no parecía en modo alguno defendible era la postura a que se había llegado a través de diversas Resoluciones de la Dirección General de que si el nombramiento se hacía en la escritura de constitución estaba sujeto a plazo y si se hacía en escritura aparte, ya no, y lo que aún era más absurdo que en la propia escritura de constitución se podía hacer constar que el nombramiento se hacía fuera del acto constitutivo, con lo que ya no estaba sujeto al plazo (véase Resolución de 13 de julio de 1984), minimizando la unidad de acto de la escritura y dejando la operatividad de una prohibición establecida por el legislador, a pesar de su carácter imperativo, a la exclusiva voluntad de los interesados, lo que constituía una clara burla del precepto legal.

Nuestra postura en este punto fue clara y reiterada y no sólo desde el punto de vista teórico (véase nuestro trabajo «El artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número de marzo-abril de 1979, págs. 393 y sigs., y el comentario a la

Resolución de 9 de junio de 1980 en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, de septiembre de 1980, pág. 827), avalada por la doctrina del Tribunal Supremo. Afortunadamente, como decimos, la cuestión, que a nuestro juicio era clara, ha quedado ahora resuelta definitivamente en el texto legal.

Se exige en el artículo 8.º, 5.º, h), que los Estatutos señalen la duración del cargo de administrador, circunstancia que es reiterada en el artículo 72; y añade este último precepto que no podrá exceder de cinco años. Se suprime toda mención a los nombrados en el acto constitutivo de la Ley vigente, así como la expresión «podrán ser reelegidos indefinidamente», cuya interpretación tanta polémica despertó a pesar de que gramaticalmente, como decíamos antes, resultaba correcta, y se remacha el problema de la reelección disponiendo que «podrán ser reelegidos una o más veces por período de igual duración máxima».

Como ya pusimos de manifiesto en otro lugar, a nuestro juicio lo único que le sobra al precepto es la palabra «máxima» con que finaliza el apartado 1 del mismo. La razón es lógica. El artículo 72 comentado, como igual sucedía en su redacción anterior, no establece ningún plazo de duración del nombramiento de administrador, y así lo reconocieron las Resoluciones, también citadas, de 24 y 26 de noviembre de 1981. Lo establecido es una prohibición de que el nombramiento sea superior a cinco años. El plazo lo han de establecer los interesados en los Estatutos sociales y es preceptiva su inclusión en los mismos, y puede ser igual al límite legal o inferior a él. El silenciamento del mismo no implica, por tanto, que haya de entenderse que se hace el nombramiento por el máximo permitido, sino que lo que supone es una infracción de los preceptos legales que imponen la obligatoriedad de su expresión y que ha de ser subsanada. Pues bien, habida cuenta de que el plazo siempre es estatutario, porque no existe plazo legal, las reelecciones han de entenderse por el mismo plazo y no por «períodos de igual duración máxima», como dice el precepto, ya que ello implicaría una vulneración del precepto estatutario, por cuanto si los Estatutos, por imperativo de los preceptos citados, establecen que el plazo de duración es de tres años crean una norma de general aplicación para todos los nombramientos futuros y, por consiguiente, una reelección por cinco años entraría dentro de la permisividad legal, pero sería contraria a la estatutaria.

No podemos olvidar, como reiteradamente ha reconocido la jurisprudencia, que los Estatutos son la ley de la sociedad y que sólo subsidiariamente rige la Ley en las materias no regulada por aquéllos, mas tal como aparece redactado el artículo 72 podría plantear la duda o admitir la posible interpretación de que las reelecciones puedan hacerse por períodos de cinco años aun cuando los Estatutos establezcan plazo menor. Elimi-

nada la palabra «máxima» el precepto queda correcto, por cuanto las reelecciones, una o varias, lo serán por el único plazo que establece el precepto legal que, como hemos visto, es el estatutario.

Sin embargo, el apartado 2 del mismo artículo, tomado en parte del artículo 72 de la Ley actual, plantea una duda que debería resolver el Reglamento, aunque en el texto del Anteproyecto del mismo que ha llegado a nuestro poder no lo hace. Es la relativa al cómputo del plazo del nombramiento. La cuestión no plantea problema alguno cuando los administradores nombrados están presentes en la Junta general en que se procede a su designación y aceptan el cargo en ella, mas la cuestión se complica cuando la aceptación tiene lugar con posterioridad, ya que ningún precepto legal señala término para realizar la aceptación. Que la Ley disponga que el nombramiento surta efectos desde la aceptación es lógico, pues no puede admitirse que el administrador reúna tal condición hasta que no manifieste su voluntad de serlo, aunque se elimine así la posibilidad de la aceptación tácita como sería la derivada de la actuación como tal, aunque no conste formalmente la aceptación, pero el legislador quiere claridad, y de ahí que el Reglamento vigente en su artículo 108 exija para tal supuesto escrito firmado por el nombrado con firma legitimada notarialmente o certificación del Consejo con los requisitos del apartado b) del mismo artículo, mas ello no implica que el plazo de duración haya de computarse igualmente desde la aceptación.

Tal posición creemos que plantea graves cuestiones que ya se habían observado con la legislación actual. Efectivamente la Junta general, que es el único órgano competente para proceder a los nombramientos, no se reúne con excesiva frecuencia, sino al contrario, ya que comporta gastos de anuncios, asistencias, etc. Pues bien, habida cuenta de que las aceptaciones, como decimos, pueden dilatarse en el tiempo, resultaría que las vacantes se producirían al transcurrir el plazo estatutario contado desde cada aceptación y dado que tal plazo se cuenta de fecha a fecha y no de Junta a Junta, según la Resolución de 21 de mayo de 1986, ello obligaría a la reunión de Junta para cada una de las reelecciones o nombramientos a realizar, lo cual puede ser excesivamente grave especialmente en los supuestos de Consejo de Administración que puede quedar inoperante por no subsistir el mínimo necesario para poder actuar.

Ante tal situación creemos que lo correcto es que el plazo de los nombramientos se compute desde la fecha de la Junta en que se hacen aunque los administradores no puedan actuar sino desde que acepten. De este modo la caducidad de todos ellos se producirá en el mismo momento y una sola Junta procederá a la reelección o renovación.

En el régimen actual el problema reviste aún mayor gravedad, por cuanto que el artículo 73 al imponer la renovación parcial del Consejo,

cuyo sistema de renovación ha de constar en los Estatutos, según dispuso la Resolución de 24 de noviembre de 1981, implicaría el que la aceptación dilatada en el tiempo de uno o más administradores podría alterar íntegramente tal sistema de renovación.

El Anteproyecto de Reglamento a que hemos aludido reiteradamente trata de introducir ahora un cambio de sistema en orden a la inscripción de los nombramientos al no permitir la inscripción hasta que conste la aceptación. Evidentemente la postura es correcta, por cuanto la inscripción del nombramiento sin que conste la aceptación (al igual que sucedía con las ampliaciones de capital y su correspondiente ejecución) obligaba a los Registradores o bien a no admitir la inscripción de los mismos o bien a hacerla, pero consignando en la inscripción «sin que conste la aceptación de don ...». Las dos soluciones presentaban ventajas e inconvenientes. La primera, la claridad registral a fin de no dar la apariencia de administrador a quien aún no lo era, aunque presentaba el inconveniente de que la aceptación surtía efectos desde que se producía independientemente de la fecha de acceso al Registro, con lo que también se daba el contrasentido de que no daba como administrador a quien realmente lo era si justificaba la aceptación, y además obligaba a realizar la presentación en el Registro del documento acreditativo del nombramiento tantas veces como aceptaciones se fuesen realizando. La segunda obviaba estos inconvenientes, pero daba una apariencia de administrador cuando nunca podía saberse si tal aceptación iba a tener lugar, máxime por cuanto a veces pasaba desapercibida la circunstancia de no constar la aceptación.

El Reglamento opta por la claridad e igual solución se adopta para las ampliaciones de capital.

Por lo que se refiere a la supresión del párrafo segundo del artículo 73, relativo a la imposibilidad de la renovación total del Consejo, creemos que tal supresión es acertada dada su inoperancia en la práctica. El legislador, al establecer tal norma, trató de crear una continuidad en la actuación de los órganos colegiados de administración, ya que no se producía en ningún caso la ruptura total con el Consejo anterior, dado que necesariamente subsistirían en el nuevo algunos de los consejeros del anterior, mas ello en cierto modo implicaba una clara contradicción con el artículo 75 de la Ley, que dispone que «la separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta general», por lo que necesariamente había que tratar de armonizar ambos preceptos para soslayar la contraposición, y tal armonización había de hacerse sobre la base de sostener la primacía del artículo 75. Efectivamente, si la Junta no consideraba acertada la actuación de los administradores, podía en cualquier momento proceder a su separación, incluso, como ha declarado reiterada jurisprudencia y Resoluciones de la Dirección General (véanse las de 26 de

marzo de 1953, 11 de febrero de 1970 y 13 de marzo de 1974), sin que conste tal circunstancia en el orden del día, y sin tener que someterse al sistema de renovación parcial. Otra cosa es cuando la actuación de los administradores es normal y la renovación simple consecuencia del transcurso del plazo, en cuyo caso entraría en juego la renovación parcial del artículo 73.

Por otra parte, el inconveniente que presentaba la ruptura en la gestión que suponía el cese total de los consejeros igual se daba en el caso de cambio de administrador único o solidarios, sin que ello supusiera trauma alguno en la vida social. Si a ello sumamos los problemas que planteaban las reelecciones escalonadas por su frecuente olvido y por la agravación de los problemas de cómputo a que antes hacíamos referencia, parece acertada la supresión.

Quizá no deba ser juzgada tan favorablemente la novedad que supone la alteración introducida en el artículo 76 en orden a las facultades representativas de los administradores, por lo menos en cuanto a la forma que se le ha dado. El texto definitivo recoge prácticamente, aunque con distintas expresiones, el contenido que aparecía en el Proyecto remitido a las Cortes. Se le ha dado un giro diferente en su redacción, pero late en el fondo idéntico contenido.

Se pretende dar una mayor seguridad al tráfico mercantil respecto a los terceros que contraten con la sociedad, pero, como veremos, la redacción no ha sido excesivamente afortunada. Ya en nuestro primer trabajo citado (págs. 1314 y sigs.) hacíamos el comentario a la redacción dada y será aplicable lo allí expuesto al nuevo texto. Quizá se ha reforzado algo más la protección de los terceros al eliminar la posibilidad de que la sociedad pruebe que los terceros sabían que la actuación de los administradores excedía del objeto social o que no podían ignorar tal circunstancia, mas ello sólo es aparentemente, por cuanto la exigencia de obrar de buena fe y sin culpa grave (este último término introducido ahora) nos lleva a las mismas consecuencias, por cuanto la prueba de tal conocimiento en la extralimitación excluirá la aplicación de la buena fe.

El principio general lo recoge el apartado 2 del artículo 76: «La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos». Aquí, salvo la sustitución de la palabra «determinado» por «delimitado», que carece de excesiva trascendencia, y que incluso afirmaríamos que era más correcta la del Anteproyecto, ya que al menos guardaba concordancia con el número 5.º, b), del artículo 8.º que habla de determinar y no de delimitar, se ha reproducido el texto del Anteproyecto, y sirve como comentario lo expuesto en el ya repetidamente citado trabajo, páginas 1304 y siguientes, en que se recoge la evolución de la doctrina de la Dirección General desde la total equipa-

ración de la expresión «giro y tráfico» del texto actual con «objeto social» que resultaba de las Resoluciones de 17, 25 y 26 de abril de 1972 y 13 de abril de 1981, a la mucho más amplia de las Resoluciones de 2 de octubre de 1981 y 11 de febrero de 1983, con algún paso atrás, como resulta de la de 18 de mayo de 1986, y para evitar repeticiones innecesarias a ellas remitimos al lector.

Se remarca la doctrina recogida en la Resolución de 2 de octubre de 1981 en el sentido de que las facultades mínimas de representación se extienden a todos los actos comprendidos en el objeto social. Claro que ello en sí no resuelve gran cosa, puesto que existen actos objetivamente contrarios al objeto social y que, sin embargo, tienen como finalidad última la consecución del objeto y a la vista están los sorteos, regalos, etc., de determinadas empresas que íntisecamente no pueden constituir actividad mercantil, pero que no obstante tienden a la consecución del objeto social por la publicidad que conllevan, con lo que, de hecho, en esta materia no existe novedad alguna y habremos de seguir utilizando la doctrina que resulta de las Resoluciones citadas que mantienen íntegramente su vigencia.

Se refuerza esta tesis del contenido mínimo inderogable de las facultades representativas recogiendo la norma, que ya figuraba en el artículo 11 de la Ley de Sociedades Limitadas, al expresar que «cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores *aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil*, será ineficaz frente a terceros», si bien en el nuevo precepto se ha adicionado lo subrayado, adición a nuestro juicio desafortunada.

En principio podríamos afirmar que el párrafo ahora añadido es íntegramente innecesario, y con la redacción dada incluso consideramos que es perturbador causando un grave daño a la institución registral y siendo además contradictorio con otro precepto legal.

Su inutilidad resulta patente habida cuenta del texto del inciso primero del citado apartado 2, pues si la representación se extiende (obsérvese el carácter imperativo de los términos empleados por el legislador: «se extenderá») a todos los actos comprendidos en el objeto social es claro que no puede excluirse ninguno de ellos. La norma estatutaria que produjese tales exclusiones sería contraria al precepto legal, y ésta es ya una materia que no suscitaba discusión alguna, pues así lo estableció la Ley y en ello habían coincidido doctrina y jurisprudencia, y los Registradores cuidábamos con notorio celo, al revisar en la calificación las facultades de los órganos de administración, que no se introdujese ninguna limitación, lo cual era frecuente en sociedades dedicadas a la actividad inmobiliaria cuando los Estatutos exigían acuerdo de Junta general para la enajenación de inmuebles. Mas la adición de tal inciso no causa ningún problema por

aquello de que «lo que abunda no daña» y sirve para clarificar la norma general, mas lo que juzgamos desacertado es la adición «aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil» que presupone el error en la calificación del Registrador que da entrada a un pacto contrario a la Ley, vulnera el principio de legitimación registral y queda en contradicción con el artículo 20 del Código de Comercio, tal como aparece redactado en el propio texto de la Ley de Reforma de la Legislación Mercantil de la que forma parte también el precepto que comentamos.

Efectivamente, si un pacto de tal naturaleza accede al Registro Mercantil es por error del Registrador, ya que su función de calificación le obliga a eliminar todo aquello que sea contrario a los preceptos legales, y aunque el error es posible, porque evidentemente somos humanos y no infalibles, es claro que ello no puede elevarse a norma general, sino que constituirá la excepción. Mas precisamente para esa excepción está la norma del artículo 18.2 del también reformado Código de Comercio y artículo 5.º del Reglamento del Registro Mercantil, imponiendo la responsabilidad del Registrador.

El Registrador responde, pero lo inscrito es inamovible mientras no exista una resolución judicial que declare su nulidad o inexactitud. Así lo proclaman igualmente el artículo 20 del Código de Comercio reformado y artículo 3.º del Reglamento del Registro Mercantil al expresar que «el contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y *producirán sus efectos* mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad».

Por ello decíamos que dañaba a la institución registral, ya que el Registro tiene como finalidad primordial la seguridad jurídica y la publicidad frente a terceros, pero esta seguridad quiebra gravemente desde el momento en que su contenido queda en entredicho. La limitación inscrita, a pesar de que el Registro se presume exacto, no surte efectos, y ello sin que haya recaído la resolución judicial de nulidad o inexactitud. La contradicción a que antes hacíamos referencia resulta patente y la confianza en el contenido del Registro desaparece desde el momento en que la propia Ley permite que parte del contenido del Registro es como si no existiese.

Pero es que, además, tal redacción puede amparar la interpretación de algún «distillo» que pretenda que accedan al Registro cualquier serie de limitaciones aunque afecten a actos comprendidos en el objeto social, por cuanto la propia Ley admite que tales limitaciones hayan accedido al Registro sin distinguir si el acceso fue o no indebido. Con ello llegaríamos a la confusión total y se trasladaría a los terceros prácticamente la califi-

cación, por cuanto éstos serían los que habrían de determinar dentro de lo inscrito lo válido y lo nulo.

Por todo ello consideramos desacertado el inciso introducido que, como decimos, presume el error del Registrador o sanciona la inscribibilidad de lo válido y lo nulo, lesiona la credibilidad de la institución registral y vulnera otros preceptos legales. Claro que no es ésta la única ocasión en que la Ley presume la existencia de gravísimos errores en los juristas que intervienen en los documentos inscribibles en el Registro Mercantil, y buena prueba de ello lo constituye el artículo 31 de la Ley reformada cuando considera posible que se hayan practicado inscripciones de sociedades en la que sean «incapaces todos los socios fundadores», con lo que el juicio de capacidad del Notario y la calificación del Registrador quedan malparados, o bien que se inscriban sociedades en que no conste la denominación, las aportaciones, el capital, el objeto, etc. Estos preceptos serían admisibles en legislaciones que para la creación de sociedades no exijan el tamiz jurídico que en Derecho español existe derivado de la intervención de Notarios y Registradores, pero en la nuestra resulta risible.

Entramos ahora en el estudio de la última de las novedades introducidas por la Ley de reforma en esta materia relativa a la ampliación de las facultades de los administradores respecto de terceros, por cuanto la sociedad queda obligada en cuanto a los mismos aun cuando se desprenda de los Estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social (art. 76.3).

Tampoco puede merecernos un juicio muy favorable (por razones bastante similares a las señaladas en el supuesto precedente) la redacción dada a este apartado. El que la sociedad quede obligada con terceros por los actos realizados por sus representantes aunque excedan en su actuación de las facultades conferidas, es lógico cuando lo que se pretende es reforzar la seguridad del tráfico mercantil y la protección de los terceros que contratan con la sociedad, y esa era la línea que marcaban las Resoluciones de 2 de octubre de 1981 y 11 de febrero de 1983, y posiblemente debería haberse llevado hasta sus últimas consecuencias, pues siempre existirá en la designación de representantes que actúen de ese modo culpa *in eligendo*, máxime si tenemos en cuenta que la doctrina moderna ha desechado la teoría de configurar a los administradores como mandatarios. Admitida la tesis de que los representantes sociales son órganos de la propia sociedad es ésta quien actúa independientemente de la persona que en el acto la representa y, por consiguiente, debe responder de todo lo actuado, mas el precepto impone dos requisitos para que esa responsabilidad se produzca, consistentes en que los terceros hayan obrado de buena fe y sin culpa grave.

Ya decíamos antes que a pesar de constituir un texto aparentemente distinto del que contenía el Proyecto, en el fondo late la misma idea, y quizá aún sea más defectuosa la redacción dada ahora. Efectivamente, en el texto del Anteproyecto la sociedad quedaba obligada siempre, incluso cuando tales actos excediesen del objeto social, si bien podía eximirse de responsabilidad «si probaba que tales terceros sabían que tales actos excedían del objeto social o que, dadas las circunstancias, no podían ignorarlo». Era, pues, necesario probar el conocimiento de la extralimitación para eliminar su responsabilidad o, lo que es lo mismo, destruir la presunción de buena fe del tercero.

En el nuevo texto, el principio general es idéntico, la sociedad queda obligada por los actos de sus representantes, aunque el acto no esté comprendido en el objeto social y si bien ahora no se dice que se exime mediante la prueba del conocimiento de la extralimitación, es lo cierto que el resultado es el mismo, por cuanto se exigen como requisitos para la validez de tales actuaciones extralimitadas el que el tercero haya obrado de buena fe y sin culpa grave, con lo que la prueba del conocimiento de la actuación fuera del objeto social eliminará la buena fe del tercero y, por ende, la responsabilidad de la sociedad.

Y decíamos además que la redacción era más defectuosa, por cuanto ahora aparece la expresión «sin culpa grave», con lo que se vuelve al sistema romano de la gradación de culpas ya eliminado del Código Civil y además se crea otra contradicción con el Código de Comercio reformado, que en su nuevo artículo 21 sólo exige para gozar de la protección del contenido registral la buena fe. Y la mala fe aparece además definida en el apartado 4 del mismo precepto (tras establecer la presunción de buena fe del tercero), como conocimiento de la discordancia registral o de la publicación y Registro.

Por otra parte, el precepto incide en las mismas causas de crítica señaladas al examinar la novedad anterior, o sea, en la pérdida de credibilidad en la institución registral, ya que el hecho de la inscripción de los Estatutos en el Registro Mercantil, con la correspondiente publicación preceptiva, no se considera como suficiente para conocer la extralimitación, a pesar de que la función primordial del Registro es la publicidad, y con ello se produce lo que ya apuntábamos en el citado trabajo (pag. 1315): la infracción del artículo 21.2 del Código de Comercio, que cuando se ha producido la inscripción y publicación para eximir a los terceros de sus obligaciones impone a éstos la prueba del desconocimiento y no a la sociedad, y ello sólo si se trata de actos realizados dentro de los quince días siguientes a la publicación, pues cuando se trata de actos posteriores la obligatoriedad para los terceros se da siempre sin posibilidad de prueba en contrario.

Parece ilógico que un mismo texto legal que comprende la reforma tanto del Código de Comercio, como de la Ley de Sociedades Anónimas incida en contradicciones tan patentes a pesar de la gran cantidad de retoques que ha sufrido y de lo dilatado de su elaboración, y especialmente es grave que tratando de fortalecer la publicidad registral, de hecho, ha conseguido lo contrario, no sólo por cuanto se refiere al propio contenido del Registro, como hemos visto, sino por trasladar los efectos de la publicidad registral al hecho de la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* de contenido mucho más impreciso e incompleto que el propio asiento, sino, incluso, atribuyendo más valor a la publicación que a la inscripción (art. 21.3 del Código de Comercio) y excluyendo de efectos a la publicidad del asiento y de la publicación cuando los actos son realizados dentro de los quince días siguientes a ésta (art. 21.2).

Sólo nos resta, para finalizar estos modestos comentarios, una breves conclusiones que concreten la representación en el aspecto formal en las dos etapas de la vida social que hemos examinado, y así en la etapa previa a la inscripción de la sociedad habrá que distinguir si se trata de actos indispensables para la inscripción o que no reúnan tal carácter. Para los primeros puede actuar cualquier persona, así se deduce del inciso primero del artículo 13.2, al distinguir los actos indispensables de los restantes que contiene el referido apartado, mas, como ya antes exponíamos, actos indispensables para la inscripción no son más que la escritura y el pago del impuesto, con lo que, de hecho, el supuesto es inoperante.

Por otra parte, la interpretación de lo que se considera indispensable es susceptible de diversas posturas, con lo que el problema se complica, y por si estas otras posturas consideran incluidos otra serie de actos, entendemos que la necesidad de aceptación de la sociedad es imprescindible, puesto que se tratará de actuación de personas sin representación social y sin estar especialmente autorizadas, lo que hace necesaria la ratificación posterior.

Cuando se trata del resto de actos habrá que distinguir según la persona que los realice y el contenido de lo actuado, por lo que debemos señalar:

a) Si se trata de actos realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiera la escritura social para esta fase previa a la inscripción no precisarán de ningún otro requisito y la sociedad quedará obligada por ellos tan pronto se proceda a su inscripción, si bien hay que entender que tales facultades han de ser concretas y limitadas a tal etapa.

b) Si se refiere a actos realizados por los administradores que no estén comprendidos entre las facultades a que hacíamos referencia en el apartado anterior, será precisa la aceptación por la sociedad dentro de los

tres meses siguientes a la inscripción por aplicación del inciso segundo del apartado 2 del citado artículo 13.

c) Cuando se refieran a actos realizados por las personas designadas por todos los socios en virtud de mandato específico se plantea un nuevo problema que es el relativo a que se entiende por mandato específico, que consideramos es equivalente a poder especial para actos concretos, y también surge la duda de si ese poder habrá de estar contenido en la propia escritura de constitución o si, por el contrario, serán igualmente válidos poderes separados conferidos por cada uno de los socios. Tanto en uno como en otro caso creemos que la postura jurídica correcta sería la de exigir la aceptación por la sociedad, por cuanto tales personas no actúan en representación de la sociedad, sino en representación de cada una de las personas que intervienen como socios en la escritura de constitución, y, por consiguiente, su actuación obligaría a los concedentes del poder pero no a la sociedad, que es persona distinta; sin embargo, nos parece que no es esto lo que latía en la mente del legislador, pero la redacción dada lleva a esa solución.

d) Para los actos realizados por personas distintas es siempre indispensable la aceptación por la sociedad dentro de los tres meses siguientes a la inscripción.

En los supuestos *a)*, *b)* y *c)* habrá necesariamente que acompañar la escritura de constitución único documento que puede justificar la designación como administrador, representante o apoderado, así como las facultades conferidas, y en el caso de que se admitan los poderes específicos señalados será preciso además la presentación de éstos.

En los casos *b)* y *d)* se precisará el documento acreditativo de la aceptación por la sociedad.

No se ha aprovechado la ocasión de la reforma para dar solución al problema que planteaba la aceptación por la sociedad, tanto por lo que se refiere al órgano competente para realizarla como respecto a la forma en que había de documentarse tal aceptación. Sin embargo, para evitar repeticiones innecesarias nos remitimos a lo que respecto a este punto expusimos en el segundo trabajo de los al principio expresados, señalando que consideramos necesario que la aceptación sea acordada por la Junta general y que la correspondiente ejecución de tal acuerdo ha de constar en escritura pública.

Por lo que se refiere a la segunda etapa, o sea, después de inscrita la sociedad, la cuestión queda bastante clarificada si los Estatutos sociales se redactan correctamente, ya que la gestión, como actuación de naturaleza interna, se diferencia plenamente de la representación, y los Estatutos necesariamente han de determinar quiénes son los administradores que

ostenten el poder de representación, únicos que podrán ejercitar tal facultad. Por consiguiente, en el aspecto representativo, la diferencia de órganos de administración carece de relevancia y habrá que estar exclusivamente a los administradores a quienes se ha atribuido la facultad representativa y la forma de su actuación, que podrá ser indistinta o conjunta según hayan determinado los Estatutos, independientemente de que el órgano de administración designado sea o no colegiado.

Será documento indispensable, por tanto, la escritura de constitución o bien testimonio suficiente de la misma que habrá de expresar, al menos, la parte correspondiente al nombramiento, la aceptación, el plazo estatutario de duración del cargo y los datos de inscripción en el Registro Mercantil, así como las facultades conferidas, si bien este punto ha perdido importancia, al menos respecto de terceros, ya que frente a ellos la sociedad queda obligada aunque el acto se extralimite del objeto social, lo cual no quiere decir que la expresión de tales facultades pueda eliminarse en la correspondiente escritura por cuanto justificarán la actuación del representante y dificultarán la posible impugnación o alegación de desconocimiento por los terceros.

Lo mismo se observará en la simple ejecución de acuerdos sociales, ya que la ejecución de acuerdos sociales, como decimos antes, no es más que un aspecto del ejercicio de la facultad representativa, y por tanto compete exclusivamente a los administradores que tengan atribuido el poder de representación.

Sin embargo, el supuesto más frecuente no dudamos que será el atribuir la representación al órgano de administración, en cuyo caso habrá que estar a la regulación estatutaria de tal órgano, y así si se trata de administrador único, éste será el único legitimado para actuar, si de dos mancomunados se tratase habrán de hacerlo conjuntamente, si son varios solidarios cualquiera de ellos podrá actuar y, por último, si se trata de Consejo han de hacerlo en forma colegiada, es decir, adoptando los acuerdos con los quórum y mayorías previstos en los Estatutos sociales, si bien la ejecución de tales acuerdos podrá ser atribuida en tal acto a cualquiera de los consejeros, ya que no ha sufrido modificación el artículo 78 de la Ley actual, lo que implica que cuando se trata de acuerdos de Junta será preciso la reunión de Consejo para tal designación, ya que al carecer la Junta de facultad representativa no puede atribuir una facultad que no ostenta.

Por la misma razón de no haber sido modificado el citado precepto es posible el nombramiento por el Consejo de Comisión ejecutiva o consejeros delegados y para tales supuestos habrá de estarse a las facultades que se les hubiesen delegado, así como a la inscripción de sus respectivos

nombramientos en el Registro Mercantil, ya que los mismos no surten efectos hasta la inscripción en tal Registro.

Y por último hemos de contemplar el supuesto de la representación voluntaria derivada del correspondiente poder. En este punto hay que estar estrictamente a las facultades conferidas, ya que la amplitud de facultades de los administradores y la obligatoriedad frente a terceros de lo actuado por aquéllos no rige en cuanto a los poderes, por lo que el examen de las facultades del apoderado es primordial, sin que quepan interpretaciones extensivas en tal punto. Poderes que precisarán o no de su inscripción en el Registro Mercantil según su naturaleza de conformidad con los artículos 22 del Código de Comercio y 86 del Reglamento del Registro Mercantil. Debe conservarse la fecha, pues la Ley de Sociedades Anónimas es posterior a la fecha a la Ley de adaptación que es la aquí comentada.

II. LA REPRESENTACION DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS TRAS LA REFORMA DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL

En un reciente trabajo relativo a la representación de las sociedades anónimas, después de la Ley de adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, de fecha 25 de julio de 1989 (trabajo recogido en el apartado I precedente), abordamos este interesante tema de la representación que, como ya indicábamos allí, motivaba la existencia de defectos frecuentes en los documentos presentados a inscripción en los Registros de la Propiedad, y aunque la cuestión quedaba bastante clarificada después de la nueva redacción dada por la citada Ley a tal materia, sin embargo ya exponíamos allí la existencia de algunos errores en el Anteproyecto del Reglamento del Registro Mercantil, que confiábamos desaparecieran tras las sucesivas lecturas de los textos correspondientes. Publicado ya el nuevo Reglamento, con prisas en su redacción y de forma muy desafortunada (basta comprobar la masiva rectificación de errores inmediata a su entrada en vigor), ya que publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el día 30 de diciembre entraba en vigor el día 1 de enero siguiente, a pesar de que en la mayoría de los Registros Mercantiles era imposible no ya su estudio para la correspondiente aplicación, sino incluso la simple llegada material del texto es procedente ahora complementar aquel trabajo con el comentario breve, pero necesario, de las normas reglamentarias que han tenido una incidencia notable en el contenido de las normas legales, incluso contradiciéndolas en algunos casos.

Dado que también la Ley de Sociedades Anónimas aparece con un nuevo texto refundido según el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, publicado en el *Boletín* de 27 de diciembre de 1989, las referencias a los preceptos legales lo serán a este último texto en vez de a los de la Ley de 25 de julio de 1989, como hicimos en el anterior trabajo, y en esta ocasión vamos a limitar nuestro breve comentario a la actuación de los órganos de representación después de inscrita la sociedad prescindiendo de las etapas previas a la inscripción y posterior a la disolución, ya que ninguna alteración, respecto a lo ya expuesto en el citado trabajo, ha supuesto la publicación del Reglamento.

Lo primero que llama la atención es que el texto refundido de la Ley, que según la disposición derogatoria entró en vigor el día 1 de enero de 1990, deroga los artículos 4.º a 10 de la Ley de 25 de julio de 1989 y algunas palabras de las disposiciones adicionales y de las disposiciones transitorias de la misma Ley, lo cual no deja de ser sorprendente habida cuenta de que tales normas derogadas aún no habían entrado en vigor, por cuanto la Ley de 25 de julio expresamente fijaba como fecha de entrada en vigor el propio día 1 de enero de 1990. Ha sido, pues, la Ley de más corta duración de toda la historia legislativa española, ya que su vigencia no ha llegado ni a un segundo y verdaderamente no tiene mucho sentido tal derogación habida cuenta de las amplias facultades que el legislador se concedía para la redacción del nuevo texto refundido, que hacían innecesaria tan anómala disposición, pero prescindiendo de este dato anecdótico vamos a lo que es verdaderamente objeto de este estudio.

El texto refundido ha dividido en tres artículos lo que era uno solo en la Ley de 25 de julio, y lo que nos interesa aparece ahora en los artículos 8.º y 9.º, y así el apartado *f)* del primero nos dice que en la escritura «se expresarán los nombres, apellidos y edad de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social si fueran personas físicas y en ambos casos su nacionalidad y domicilio...», y el apartado *h)* del segundo que «en los Estatutos se hará constar: *h)* La estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad determinando los administradores a quienes se confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en el Reglamento del Registro Mercantil. Se expresará, además, el número de administradores, que en el caso del Consejo no será inferior a tres, o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución si lo tuvieran».

Como el Reglamento contiene en lo relativo a esta materia bastantes preceptos y de considerable extensión, dispensamos al lector de su trans-

cripción, por cuanto su contenido podrá ser examinado a lo largo de este comentario.

El primer precepto que nos interesa al efecto, como desarrollo de los transcritos, es el artículo 114 del Reglamento, en su número 5.º, que dispone que «en la inscripción primera de las sociedades anónimas deberán constar: la *identidad* de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación de la sociedad», precepto que aparece desarrollado por el artículo 38 al expresar que «cuando haya de hacerse constar en la inscripción la identidad de una persona física se consignarán los siguientes datos:

- 1.º El nombre y apellidos.
- 2.º El estado civil.
- 3.º Las edad por medio de la indicación de la fecha de nacimiento.
- 4.º La nacionalidad cuando se trate de extranjeros.
- 5.º El domicilio, expresando la calle y número o el lugar de situación, localidad y el municipio. Si estuviere fuera del poblado bastará con indicar el término municipal y el nombre del lugar o cualquier otro dato de localización.
- 6.º El documento nacional de identidad. Tratándose de extranjeros se expresará el número de su pasaporte, de su tarjeta de residencia o de cualquier otro documento legal de identificación, con indicación de la fecha y lugar de expedición.

Igualmente se consignará el número de identificación fiscal cuando se trate de personas que dispongan del mismo con arreglo a la normativa tributaria.

Tratándose de personas jurídicas se indicará:

- 1.º La razón social o denominación.
- 2.º Los datos de identificación registral.
- 3.º La nacionalidad si fuesen extranjeros.
- 4.º El domicilio en los términos expresados en el número 5.º del apartado anterior.
- 5.º El número de identificación fiscal cuando se trate entidad que deben disponer del mismo con arreglo a la normativa tributaria».

Aparte de la prolijidad de los datos exigidos para su constancia en el asiento de inscripción llama la atención el hecho de que la Ley sólo exija nombre, apellidos, edad, nacionalidad y domicilio, mientras que el Reglamento añade el estado civil, el documento nacional de identidad o pasaporte, etc., y el número de identificación fiscal.

La exigencia del estado civil parece excesiva ya que ninguna trascen-

dencia tiene respecto a la actuación como administrador, pues esta actividad desarrolla su ámbito de actuación en la esfera de la sociedad y ninguna trascendencia tiene el que quien la realiza sea soltero, casado, viudo, etc.

El requisito de la edad aparece en la Ley con esta expresión, mientras que el Reglamento, como vemos, exige la fecha de nacimiento, circunstancia igualmente aplicable a todos los supuestos de identidad (socios, expertos, auditores), lo cual no resulta muy comprensible, por lo que habrá que entender complementado en este sentido el artículo 158 del Reglamento notarial, que dispone que cuando se trata de mayores de edad bastará expresar esta circunstancia, y así, tratándose de actos inscribibles en el Registro Mercantil no es suficiente tal expresión. Creemos que la práctica acabará eliminando este requisito, pues si en otros países tendría cierta justificación al usar un solo apellido, carece de ella en el nuestro, máxime al exigir el documento nacional de identidad.

Y en cuanto al requisito del número de identificación fiscal, tampoco tiene mucha justificación en el ámbito registral, y es más debido al exhaustivo control que impone Hacienda.

Mayor importancia tiene la regulación de los órganos de administración y representación, y así, lo primero que resulta claro es que sólo es posible en los Estatutos la existencia de un órgano de administración, así se deduce claramente de la expresión del artículo 9.º al hablar de la «estructura del órgano» en singular frente a la expresión de la Ley derogada que hablaba del «órgano u órganos», y del artículo 124 del Reglamento que también nos dice que «se hará constar la estructura del órgano al que se confía la administración, determinando si se atribuye...». Aparte de la utilización nuevamente del singular al referirse al órgano también refrenda la postura el hecho de la exigencia de la determinación de entre los enumerados en el propio artículo y «determinar» es concretar cuál de ellos es el escogido, pues la enumeración de todos los posibles, evidentemente, no determina nada.

Como ya expresábamos en el trabajo citado, esta misma doctrina resultaba de la normativa anterior, aunque la Resolución de 26 de noviembre de 1981 vino a introducir la confusión en la materia al permitir que los Estatutos contuvieran la enumeración de todos los posibles, con lo que, de hecho, lo que sucedía era que quedaba sin determinación el órgano, por cuanto para conocer cuál era no bastaba examinar los Estatutos, sino que había que acudir, además, en cada caso a los acuerdos de la Junta que procedían a la designación, y ello frente a la clara expresión del Reglamento en el apartado h) del artículo 102 que exigía la determinación, sin que la expresión «órgano u órganos» de la Ley diese pie a la interpretación contraria, ya que el plural era aplicable a los supuestos de actuación simultánea de Consejo de administración y administradores singulares

con determinación de sus respectivas facultades que admitía el citado precepto reglamentario, situación que igualmente permite el actual en el artículo 124, e), aunque, a nuestro juicio, con regulación bastante más desacertada que la anterior, como veremos posteriormente.

Tal como hace el artículo 9.º de la Ley, en su apartado h), el artículo 124 del Reglamento distingue entre administración y representación, y así en el apartado 1 enumera los posibles órganos de administración, mientras que en el apartado 2 exige la constancia de a qué administradores se confiere el poder de representación, con lo que claramente se sienta la separación entre la esfera de actuación interna o de gestión y la externa o de representación. Lo que sucede es que esta última regulación ha sido bastante desacertada como veremos.

Los órganos posibles a que se puede conceder la administración, según el precepto comentado, son: a) el administrador único; b) varios administradores que actúen individualmente; c) dos administradores que actúen conjuntamente; d) un Consejo de Administración, sin perjuicio de la posibilidad de que éste nombre Comisión ejecutiva o consejeros delegados, conforme al artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas, y e) al Consejo de Administración y a una Comisión ejecutiva o a uno o más consejeros delegados, con indicación de sus respectivas competencias.

Las tres primeras formas de administración no plantean problema alguno y sólo es de resaltar la novedad de la admisión de la administración conjunta que, como ya pusimos de manifiesto en el citado trabajo y en nuestro comentario a las Resoluciones de 4 y 5 de octubre de 1982, publicado en el *Boletín* del Colegio de diciembre de dicho año, no era posible en la legislación anterior aunque la admitiesen las citadas Resoluciones.

No sucede así con las otras dos formas de administración recogidas en el artículo comentado que plantean algunos problemas de interpretación. No ocurriría ello de no ser por la inclusión de la forma del apartado e) que recoge dos órganos de administración simultáneos y cuya interpretación, habida cuenta de la existencia del Consejo y sus delegados permitida en el apartado d), plantea diversas dudas. Así resulta evidente que en el supuesto de Consejo como único órgano de Administración, éste, si los Estatutos no lo prohíben (art. 141 de la Ley), «puede designar de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados». De lo expuesto se deduce lo siguiente:

a) Que los Estatutos pueden prohibir la existencia de la delegación o, lo que es lo mismo, imponer que el Consejo haya de actuar siempre por sí como órgano colegiado.

b) Que el nombramiento de la Comisión ejecutiva o de los consejeros delegados, así como la revocación, es competencia privativa del Consejo,

conforme ya reconocieron las Resoluciones de 8 de febrero de 1975, las más recientes de 31 de octubre de 1989 y la de 24 de noviembre de 1981, sin que en tal materia pueda actuar la Junta general.

c) Que la designación de sus componentes ha de recaer necesariamente en personas que ostenten el cargo de consejeros, como se deduce de la expresión «de su seno» que utiliza el artículo citado.

d) Que la delegación puede ser de todas las facultades del Consejo, con exclusión de la rendición de cuentas y la presentación de balances, así como de las que la Junta hubiese delegado en el Consejo, salvo autorización expresa de aquélla, o puede ser limitada a una o varias facultades perfectamente determinadas.

e) Que tal delegación requiere acuerdo de las 2/3 partes de los componentes del Consejo (no de los asistentes a la reunión).

f) Que tal designación ha de hacerse en escritura pública (art. 151 del Reglamento).

g) Que *no producirán efecto alguno* hasta su inscripción en el Registro Mercantil (inciso final del apartado 2 del art. 144 de la Ley).

En este último punto ya es de notar cierta discrepancia, pues mientras la Ley dispone que «no producirán efecto alguno hasta su inscripción», el Reglamento, en su artículo 152, dispone que «inscrita la delegación sus efectos en relación con los actos otorgados desde la fecha de nombramiento se retrotraerán al momento de su celebración». Nos parece poco afortunada la redacción de uno o de otro texto citados, pues si el legislador pensaba atribuir efectos a la actuación de los delegados realizada antes de la inscripción debió eliminar de la Ley la tajante expresión de que «no producirán efecto alguno», pues no producir ningún efecto no puede tener otra interpretación que la que se deduce de su literal término «ninguno», y resulta evidente que el Reglamento se extralimita, ya que se los concede todos si el nombramiento llega a inscribirse posteriormente. Por otra parte, resulta evidente que queda en contradicción con la Ley, por cuanto ésta al utilizar el término «hasta» está claramente determinando cuál es el momento en el que la delegación puede producir efecto, lo que excluye el efecto retroactivo, y, sin embargo, el Reglamento ignora tal limitación para disponer lo contrario.

Ha seguido aquí el Reglamento una postura similar a la sentada por la Dirección General en diversas Resoluciones, relativas al nombramiento de administradores, considerando como falta subsanable la falta de inscripción del nombramiento, con lo que, una vez inscrito éste, su actuación —aunque haya sido anterior a tal momento— queda legitimada cuando se practica la inscripción, mas esta doctrina, que consideramos correcta en los supuestos de nombramiento de administradores, sin embargo no parece

acertada, al menos en los términos en que aparecen redactados los textos legales, en el supuesto de la delegación de facultades, pues basta para comprobar la diferencia examinar el artículo 125 de la Ley, por cuanto el nombramiento de administradores «surtirá efecto desde el momento de la aceptación», mientras que el de los delegados no producirá efectos hasta su inscripción. O, lo que es lo mismo, los administradores pueden actuar desde que aceptan, mas, sin embargo, sus actos no podrán inscribirse en el Registro, sino una vez acreditada la inscripción previa de su nombramiento en el Registro Mercantil, cuya falta es defecto subsanable, mientras que los consejeros delegados no pueden actuar hasta la inscripción, con lo que la posibilidad de configurar tal falta de inscripción como defecto subsanable es imposible. La falta de inscripción previa es, a nuestro modesto juicio, defecto insubsanable, y existen dos Autos de la Presidencia de la Audiencia de Valencia en tal sentido, con lo que el efecto retroactivo resulta imposible.

He aquí una discrepancia que lógicamente debería resolverse en el sentido de preferencia según el rango de las normas, mas estamos seguros de que no será así en la práctica.

Más problemas plantea el apartado *e)* del artículo 124 del Reglamento al establecer el sistema de órganos de administración simultáneos y vamos a examinar las cuestiones posibles.

La primera que se nos plantea es la de si cabe la existencia de Consejo, Comisión ejecutiva y consejeros delegados simultáneamente o si sólo es posible Consejo y Comisión ejecutiva, o Consejo y consejeros delegados. De la disyuntiva *o* que utiliza el precepto parece deducirse que no es posible conjunción de los tres órganos, sino que sólo es posible la de dos de ellos, mas es lo cierto que igual terminología utiliza el artículo 141 de la Ley y la empleaba el artículo 77 de la derogada y, sin embargo, se admitía por la doctrina la existencia concurrente de Comisión ejecutiva y consejero delegado (ver GARRIGUES en sus *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo II, pág. 140). Sin embargo, nos parece que en esta cuestión habría que matizar en cierto modo, ya que en el régimen anterior, al igual que en el supuesto del artículo 141 de la Ley actual, y apartado *d)* del 124 del Reglamento, el órgano de administración es único: el Consejo, y las delegaciones no son más que facultades desgajadas del mismo, pero que no excluyen la posibilidad de actuación del propio Consejo en la misma esfera y contenido, mientras que en el supuesto del apartado *e)* se trata de órganos distintos con facultades también distintas y determinadas, y resulta menos lógica la existencia de tres órganos simultáneos cada uno con competencias distintas y determinadas. La legislación anterior [*vid.* apartado *h)* del art. 102 del Reglamento derogado], permitía igualmente la simultaneidad de órganos (Consejo y administradores sin-

gulares), pero sólo en número de dos, por lo que parece más acertada la interpretación de que sólo pueden concurrir dos de ellos.

Otra cuestión de gran importancia es la de determinar a qué órgano compete el nombramiento de la Comisión ejecutiva o de los consejeros delegados para este supuesto. En el caso del apartado *d)*, la cuestión es clara, pues, como hemos visto, el artículo 141 de la Ley la atribuye específicamente al Consejo y también resulta ello del artículo 149 del Reglamento, mas la duda surge cuando pasamos al supuesto del apartado *e)*.

Hay que remarcar la diferencia notable que existe entre uno y otro supuesto. En el *d)* sólo hay un órgano, el Consejo, y éste, si los Estatutos no lo prohíben, puede delegar. La relación de delegado y Consejo es interna y ninguna injerencia puede tener en ella la Junta general (Resolución de 8 de febrero de 1975). La Junta designa al Consejo y éste a la Comisión ejecutiva y a los consejeros delegados. La responsabilidad de la actuación de la Comisión o de los consejeros delegados recae sobre el Consejo y si la Junta no está de acuerdo con la actuación puede revocar el nombramiento de consejero, mas lo que no puede hacer es revocar la delegación, dejando subsistente el nombramiento de consejero. Todo lo que hacen los órganos delegados es como si fuese realizado por el propio Consejo que asume la responsabilidad y frente al cual responden los órganos delegados.

En el caso del apartado *e)*, la situación es completamente diferente. Se trata de órganos distintos con facultades distintas. La responsabilidad de lo actuado recae directamente sobre el órgano que lo realiza. Sería absurdo que teniendo estatutariamente señaladas las diferentes funciones de cada órgano recayere sobre el Consejo la responsabilidad de la actuación de un consejero delegado en una materia en la que el propio Consejo no podía actuar. Siendo ello así, parece lógico sostener que el nombramiento de los componentes de cada uno de estos órganos sea competencia exclusiva de la Junta general frente a la que responderán cada uno de los órganos nombrados de su actuación en la esfera de sus respectivas competencias, y aquí es donde resulta criticable la postura del Reglamento con el silencio absoluto que guarda respecto a esta materia. Da la sensación de que este párrafo *e)* ha sido adicionado al proyecto primitivo y no se ha desenvuelto la figura, pues el artículo 149 del Reglamento es evidente que no puede ser aplicable el párrafo *e)*, por cuanto en él claramente se expresa que el acto de la delegación «deberá contener bien la enumeración particularizada de las facultades que se delegan, bien la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables», expresión incompatible con la del artículo 124, *e)*, que comentamos, que exige que en los Estatutos se indiquen sus respectivas competencias, con lo que ninguna opción tiene

el Consejo para determinarlas, ya que vendrán determinadas estatutariamente.

En resumen, que el Reglamento guarda absoluto silencio sobre esta nueva forma de administración salvo para crearla y el error no consiste, en sí, en la forma de administración, que ya aparecía regulada en el 102 del texto anterior, sino en la denominación adoptada para estos órganos, mucho más correcta en el Reglamento anterior que disipaba todas las dudas ahora planteadas, pues tratándose de administradores singulares y no de delegados, resultaba evidente que su nombramiento era competencia de la Junta y sus facultades las estatutarias, y, como consecuencia, igualmente, su revocación había de realizarse por el órgano que lo designó, mientras que en el régimen actual ello queda en nebulosa, aunque entendemos que hay que seguir la misma postura no obstante la utilización de idéntica denominación para supuestos diferentes.

No menos problemas plantea la regulación de la actuación externa o de la representación en la nueva formulación del Reglamento. Como vimos el artículo 9.º de la Ley exige determinar en los Estatutos *los administradores* a quienes se confiere el poder de representación, corroborado por el artículo 128 al expresar que «la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los *administradores* en la forma determinada por los Estatutos». De ello es fácilmente deducible que la facultad representativa es, única y exclusivamente, competencia de aquellos administradores a quienes se atribuya el poder de representación, e igual solución se deduce del apartado 2 del artículo 124 del Reglamento cuanto expresa que «en los Estatutos se hará constar también a qué *administradores* se confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación...». Es claro que puede haber administradores que carezcan de facultad de representar, pues no tendría sentido la determinación de a qué administradores se confiere, si tal facultad estuviere atribuida legalmente a todos ellos, mas esta solución tanto de la Ley como del Reglamento nos parece desacertada. No el hecho de que sólo determinados administradores puedan ejercitar la facultad representativa, lo cual es concorde con la distinción entre gestión y representación claramente diferenciadas. Lo desacertado, a nuestro juicio, es que la determinación de los administradores que hayan de ejercer la facultad representativa haya de constar en los Estatutos como exigen la Ley y el Reglamento. De su inoportunidad basta decir que fijado en los *Estatutos* el Consejero que ostente la facultad representativa [párrafo d) del apartado 2 del citado art. 124, cuando nos dice «no obstante los *Estatutos* podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto»], la revocación del nombramiento de tal consejero conllevará necesariamente una modificación de los Estatutos con todos los requisitos legales que ello

exige, lo cual es totalmente contrario a las normas del propio Reglamento en los artículos 138 y siguientes, y es que una cosa son los órganos, de constancia obligada en los Estatutos, y otra las personas que los desempeñan, que necesariamente han de quedar fuera de ellos, pues los primeros son permanentes y los segundos variables.

Mas no es ésta la única cuestión que plantea el precepto comentado, pues, según el artículo 9.º de la Ley, los Estatutos pueden determinar libremente a qué administradores se confiere el poder de representación, mas el Reglamento, en su artículo 124.2, constriñe esta facultad legal, y así nos dice que «se expresará su régimen de actuación», pero «de conformidad con las siguientes reglas», y tales reglas coartan la norma legal en los términos que veremos.

No plantea problema alguno el párrafo *a*), por cuanto tratándose de administrador único y dado que, como hemos visto, la facultad representativa sólo puede ser ejercitada por los administradores, al no existir más que uno resulta evidente que es éste quien únicamente puede ejercitarla.

No sucede así en el supuesto de varios administradores individuales en que el Reglamento dispone en su párrafo *b*) que «en caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a *cada administrador*, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la Junta sobre distribución de facultades que tendrán un alcance meramente interno».

La redacción de este párrafo nos parece totalmente desacertada y contradictoria con la Ley y con el propio artículo del Reglamento en que se contiene. Contradictoria con la Ley porque, como hemos visto, ninguna cortapisa se contiene en el artículo 9.º de la misma para que los Estatutos determinen que la facultad representativa se atribuya exclusivamente a uno o unos de los administradores solidarios y no a todos ellos, pues sería totalmente ilógico que esto se permita [párrafo *d*)] cuanto se trata de órgano colegiado en que la voluntad se forma por la conjunción de las voluntades de sus componentes y en cambio no se permita cuando la voluntad pueda formarse individualmente, con lo que la actuación de un consejero con poder de representación obligaría frente a terceros, aunque no fuere acorde con la voluntad del Consejo, y en cambio no sería posible cuando la voluntad individual es suficiente. Y, sin embargo, el Reglamento dispone que «el poder de representación corresponde a *cada administrador*», dejando inoperante la facultad concedida en la Ley de atribuirla a alguno o algunos solamente.

Pero, además, la norma es también contradictoria con el propio precepto reglamentario, pues la determinación de las respectivas competencias sólo está prevista en el apartado 1, párrafo *e*), del propio artículo para el supuesto de varios órganos simultáneos (Consejo y Comisión ejecutiva o

consejeros delegados), mas no para el caso de varios administradores individuales, y, sin embargo, este párrafo *b)* del apartado 2 nos dice «sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la Junta sobre distribución de facultades, que tendrá un alcance meramente interno». Pido perdón por la dureza de la expresión, pero el parrafito en cuestión se las trae. En primer lugar, como vemos, permite distribución de facultades entre los diversos administradores, lo que no excluiría que en tal distribución se confiriese precisamente las de representación a uno solo de ellos, y ello por disposición estatutaria o acuerdo de la Junta, para, a continuación, expresar que ello sólo tendrá un alcance meramente interno. La verdad es que no se comprende muy bien que una norma estatutaria inscrita en el Registro Mercantil pueda tener un alcance meramente interno. Ello va contra el principio de legitimación y la publicidad registral. Los terceros sólo pueden tener conocimiento de las facultades de los órganos sociales por lo que resulta del contenido del Registro y mal servicio se le presta a la institución registral diciendo que lo que expresan los Estatutos sólo sirve para el régimen interno, máxime cuando considera tal expresión perfectamente posible. Y en segundo lugar, porque permite que sean los acuerdos de la Junta los que realicen tal distribución, con lo que, de hecho, ésta puede hacer una distribución contraria a los Estatutos aunque sea con efecto meramente interno.

Cuestión similar se da en el supuesto de administradores conjuntos, aunque aquí la solución dada no deja de tener alguna ventaja como veremos. Tal como aparece redactado el Reglamento queda excluida la posibilidad reconocida en el artículo 9.º de la Ley de que siendo dos los administradores conjuntos el poder de representación esté atribuido exclusivamente a uno de ellos, lo cual resulta poco lógico habida cuenta no sólo de que la Ley lo permite, sino también que el propio Reglamento, en el apartado *d)* siguiente, admite tal posibilidad en el supuesto del Consejo. La única ventaja que tiene tal exigencia de actuación conjunta en la representación es que no se dé un caso similar, a la inversa, del que propició la Resolución de 9 de mayo de 1978, es decir, que por la vía del nombramiento de administradores conjuntos con poder de representación atribuido a uno solo de ellos se propicie, *de facto*, la existencia del Consejo de Administración de dos miembros ahora no permitido por la Ley, mas esta ventaja no elimina la contraposición con la Ley.

El supuesto del apartado *d)*, regulador del Consejo, es el único que se adapta realmente a lo dispuesto en el artículo 9.º de la Ley, y así la disposición general contenida en tal apartado establece que el poder de representación corresponde al Consejo, que actuará colegiadamente, pero a continuación, y de acuerdo con la Ley, dispone que «no obstante los Estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miem-

bro del Consejo a título individual o conjunto», con lo que la distinción gestión-representación introducida en el citado precepto legal queda totalmente clarificada. Si no se expresa nada en los Estatutos, la representación es colegiada, en cuyo caso quedan unidas ambas funciones, pero los Estatutos pueden diferenciarlas limitando la actuación representativa a sólo alguno o algunos de los consejeros.

Menos acertado parece el segundo párrafo de este apartado al tratar de la delegación por cuanto silencia a la Comisión ejecutiva permitida por el artículo 141 de la Ley y por el propio artículo comentado en el párrafo *d)* del apartado 1, y porque permite dar entrada a la existencia de varios consejeros delegados sin formar Comisión ejecutiva, y, sin embargo, con actuación representativa conjunta o colegiada, con lo que, de hecho, queda desvirtuada en buena parte tal figura, pues cuando se nombran varios consejeros delegados lo es para su actuación individual. Si han de actuar conjuntamente ya no estamos en tal figura, sino en la de la actuación mancomunada y si lo han de hacer colegiadamente en la de la Comisión ejecutiva, que no es más que un miniconsejo.

El párrafo *e)* se remite para el supuesto de pluralidad de órganos al caso anterior, con lo que serán los Estatutos quienes habrán de determinar necesariamente cuál de los órganos creados, o alguno de los componentes de tales órganos, ostentan la facultad representativa. En caso de silencio de aquéllos el Consejo ejercitará colegiadamente lo mismo que la Comisión ejecutiva, y los consejeros delegados individualmente. Sin embargo, este supuesto plantea alguna duda habida cuenta de que el párrafo *e)*, correlativo del apartado 1, exige que en caso de pluralidad de órganos se indiquen sus respectivas competencias, y así cabe preguntarse si los Estatutos pueden determinar que la representación quede atribuida a algún componente de tales órganos para que la ejerciten respecto a todos los órganos creados, o, si por el contrario, habrán de atribuirla a algún componente para cada órgano dentro de las designadas en el mismo. O sea, que un miembro del Consejo pueda ostentar el poder de representación del Consejo, de la Comisión ejecutiva o de los consejeros delegados, y viceversa, o si, por el contrario, se precisa que al Consejo sólo lo pueda representar un componente del mismo, a la Comisión ejecutiva un integrante de ella y a los consejeros delegados uno que ostente tal carácter. Nos inclinamos por esta segunda solución, pues resultaría anómalo que actuase frente a terceros quien no es componente del órgano que adopta la resolución.

Cierto que alguien pensará que si hay Comisión ejecutiva o consejeros delegados, éstos ya formarán parte del Consejo, mas, como hemos visto anteriormente, se trata de un error de denominación del Reglamento al configurar estos órganos, y hay que deslindar este supuesto del caso del Consejo a que se refiere el párrafo precedente, tanto por lo que se refiere

a nombramiento que en el *e*) es la Junta, mientras en el *d*) es del Consejo, como en el de sus facultades que en el *e*) son diferenciadas para cada órgano, mientras que en el *d*) las facultades de la Comisión o de los consejeros delegados son o pueden ser las mismas que las del Consejo que las confiere, sin que éste quede privado de ellas por la delegación efectuada.

Con lo expuesto podríamos dar por cerrada esta materia de la representación, pero he aquí que el Reglamento comete, a nuestro juicio, un grave error, que ya anticipábamos en el trabajo citado al principio, deslizado en los artículos 108 y 109 que vamos a examinar.

El epígrafe de la sección tercera del capítulo III nos dice «de la elevación a instrumento público y del modo de acreditar los acuerdos sociales». La primera parte de este epígrafe no puede ser más desgraciada, como lo es también el artículo 108 que contiene. De tal expresión parece inducirse que la elevación a instrumento público de un acuerdo es algo distinto al ejercicio del poder de representación. Representar, tanto desde el concepto vulgar como desde el jurídico, es actuar en nombre de otro y cuando se eleva a público un acuerdo no se está actuando en nombre propio, sino en nombre de la sociedad que lo adopta, por cuanto, como ya puso de manifiesto la Resolución de la Dirección General de 3 de septiembre de 1980, las personas jurídicas no pueden actuar si no es a través de la representación, bien a través de sus órganos que ostenten tal representación (representación orgánica), bien a través de la representación voluntaria (apoderamiento). Es claro que para actuar en nombre de una sociedad, *cualquiera que sea el acto a realizar*, lo ha de hacerse en representación de ella en cualesquiera de las dos formas citadas. La orgánica ha quedado estudiada precedentemente y la voluntaria o apoderamiento está recogida igualmente en el artículo 141 de la Ley cuando nos habla de «los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona», y el artículo 94 del Reglamento la reconoce cuando dispone que «en la hoja abierta a la sociedad se inscribirán los poderes generales». La comparecencia ante Notario es, por tanto, siempre en ejercicio de la facultad representativa.

La facultad representativa o poder de representación, según los artículos 9.º y 128 de la Ley y artículo 124 del Reglamento, queda limitada exclusivamente a los administradores. El artículo 128 citado es terminante: «La representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada en los Estatutos», y el 124, que hemos examinado anteriormente, regula el ejercicio de esta facultad representativa sin salirse jamás de la esfera de los nombrados administradores sociales consecuentemente con el artículo citado de la Ley.

Pero veremos cómo el Reglamento infringe claramente los preceptos citados, sin ninguna justificación jurídica ni práctica, dando entrada a una

corruptela bastante extendida y que fue sancionada negativamente por la citada Resolución de 3 de septiembre de 1980 y la de 26 de octubre de 1982, y, lo que es peor, con una extensión desmesurada bastante distinta a los supuestos de hecho que motivaron las citadas Resoluciones (véase nuestro trabajo «El aspecto formal de la representación de las sociedades mercantiles. La ejecución de acuerdos sociales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 593, de julio de 1989, págs. 1159 y sigs.).

Insistimos. Cuando alguien comparece ante Notario para elevar a instrumento público un acuerdo social es claro que no actúa en nombre propio por cuanto los efectos no se producen respecto a él, sino de la sociedad representada, y, por consiguiente, para actuar en nombre de ésta requiere ostentar su representación. El artículo 165 del Reglamento notarial al regular la comparecencia en las escrituras públicas nos dice «cuando alguno de los otorgantes concurra al acto en nombre de una sociedad se expresará esta circunstancia, designando, además de las relativas a la personalidad del *representante*, el nombre de dicha entidad y su domicilio, e *indicando el título del cual resulta la expresada representación*».

Como vimos, tal representación queda exclusivamente limitada a las personas que tengan la cualidad de administradores y dentro de la esfera de éstos a aquellos que, según los Estatutos, ostenten el poder de representación. Sin embargo, el artículo 108 del Reglamento rompe la armonía de los preceptos comentados al disponer: «1. La elevación a instrumento público de los acuerdos sociales corresponde a las personas que tengan facultad para certificarlos. 2. También podrá realizarse por cualquiera de los miembros del órgano de administración con nombramiento vigente e inscrito en el Registro Mercantil, cuando hubiesen sido expresamente facultados para ello en la escritura social o en la reunión en que se hayan adoptado los acuerdos. 3. La elevación a instrumento público por cualquier otra persona requerirá el otorgamiento de la oportuna escritura de poder, que podrá ser general para todo tipo de acuerdos».

Nada tenemos que oponer al apartado 3 del transcrito precepto. Estamos plenamente en el supuesto de la representación voluntaria a que antes aludíamos. No sucede lo mismo con los dos apartados precedentes. Ya el apartado 1 se refiere a personas que tienen facultad para certificar, diferenciándolo del 2, que se contrae a personas que reúnen la condición de administradores, con lo que claramente está previendo que la facultad certificante corresponda a persona distinta de los administradores.

Efectivamente, el artículo 109 nos dice: «1. La facultad de certificar las actas y los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles corresponde: a) al secretario y, en su caso, al vicesecretario del órgano colegiado de administración, *sea o no administrador*». Los restantes supuestos contemplados en el artículo, aunque igualmente plantean algún

tipo de problemas, tienen menor trascendencia, por cuanto en todos ellos las personas facultadas para certificar reúnen la condición de administradores sociales.

Se ha dado entrada aquí a la figura controvertida y poco estudiada de los secretarios y vicesecretarios no consejeros (existe un trabajo de LAURA CANO sobre esta materia pendiente de publicación en el *Boletín* del Colegio, desde hace bastante tiempo, que arroja luz sobre ella). La realidad es que no es pacífica la institución. Ya implica un contrasentido que sea secretario del Consejo quien no forma parte del Consejo; es algo así como si pudiese ser secretario del Juzgado quien no forma parte del Juzgado. La aparición del Letrado asesor creado por la Ley de 31 de octubre de 1975 frenó la existencia de tales secretarios, cuya función era puramente técnica al imponerse a gran número de sociedades la existencia de Letrados que asesorasen la legalidad de las decisiones del órgano administrador, con lo que, de hecho, desaparecía la necesidad de un técnico diferente que redactase las actas y convocatorias en forma ajustada a la Ley, incluso con mención obligatoria de nombre y número del Registro especial para los acuerdos inscribibles. La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas ha suprimido la exigencia de este último requisito, aunque se mantiene la obligatoriedad de su intervención en las sociedades a que se refiere la Ley.

Pues bien, cuando la necesidad es menos acuciante, es cuando se da el espaldarazo legal, por la vía estrecha del Reglamento, a los secretarios del Consejo no consejeros, y, lo que es peor, no con la función técnica que cumplían y era adecuada a su naturaleza, o sea, la de redactar las actas, convocatorias, etc., y certificar de los acuerdos sociales, única esfera de actuación posible para quienes no forman parte del órgano de administración y representación, sino con la de representar a la sociedad en la elevación a público de los acuerdos sociales, tal como dispone el apartado 1 del artículo 108 antes transcrito, a pesar de que tal actuación entra dentro del ámbito de la representación, y, por tanto, contra la prohibición tajante del artículo 128 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Pero es que, además, al Reglamento se le ha ido la mano en su afán de dar entrada a la citada corruptela, pues no ha tenido en cuenta que el apartado 2 del artículo 110 de la Ley dispone que en las Juntas «el presidente estará asistido por un secretario, designado por los Estatutos o por los accionistas asistentes a la Junta», con lo que cuando los Estatutos no determinan quién ha de actuar como secretario (que es el supuesto más frecuente), son los accionistas, sin cortapisa alguna, quienes proceden a la designación del mismo, sin que por tanto requiera condición alguna específica, ni aun la de ser accionista, requisito que sí exige para ser presidente el apartado anterior, y nos encontraríamos con un secretario de la Junta que no puede certificar de los acuerdos adoptados en ella, a pesar de

actuar legalmente, por cuanto el apartado 2 del propio artículo 109 dispone que «en todo caso será necesario que las personas que expidan la certificación tengan su cargo vigente e *inscrito* en el Registro Mercantil», supuesto imposible, en lo que se refiere a la inscripción, por cuanto el artículo 94.4 del propio Reglamento sólo contempla las inscripciones de los «secretarios y vicesecretarios de los órganos colegiados de *administración* y la Junta es un órgano deliberante distinto del órgano de administración, como claramente lo diferencia la Ley asignándole secciones distintas (primera y cuarta) dentro del capítulo V destinado a regular los órganos de la sociedad. En tal caso tendría que certificar del acuerdo de la Junta el secretario del Consejo aunque no sea consejero ni hubiese estado presente en la Junta, ya que el apartado 1 del artículo 109 del Reglamento no se refiere exclusivamente a los acuerdos del órgano de administración, sino a los acuerdos de «los órganos colegiados de las sociedades» y la Junta es órgano colegiado de la sociedad aunque no lo sea de administración. Como vemos no puede darse mayor contrasentido. No puede certificar el secretario de la Junta y puede hacerlo un secretario del Consejo que no forma parte del mismo y que no ha estado presente cuando se adoptan los acuerdos (ver art. 104 de la Ley), con lo que la certificación se convierte en de segundo grado, por cuanto el secretario del Consejo habrá de certificar de lo que certificó el secretario de la Junta.

En este punto poco añade la prestación del visto bueno del presidente de la Junta, por cuanto tal nombramiento, que puede recaer en cualquier accionista según el artículo 110 de la Ley, no es objeto de inscripción en el Registro Mercantil.

Queda claro que en esta faceta del ejercicio de la facultad representativa que supone la elevación a público de los acuerdos sociales el Reglamento queda en abierta contradicción con la Ley, lo que, en buena doctrina jurídica, supondrá la ineffectividad de la norma reglamentaria, habida cuenta del diferente rango de las mismas.

Pero sigamos con el estudio del comentado artículo 108 del Reglamento, en su apartado 2, también transcrito anteriormente. Este apartado faculta para la actuación ante Notario en la elevación a instrumento público a cualquier miembro del órgano de administración siempre que concurren los requisitos siguientes: a) que su nombramiento esté vigente e inscrito en el Registro Mercantil, y b) que hayan sido expresamente facultados para ello en la escritura social o en la reunión en que se hayan adoptado los acuerdos.

Aquí la nueva cuestión a plantear es el requisito de que haya sido expresamente facultado en la reunión en que se haya adoptado el acuerdo, pues si la escritura social le atribuye la facultad de ejecutar los acuerdos, es claro que está concediéndole facultad representativa, y estamos en el

supuesto normal del artículo 9.º, *h*), de la Ley, aunque éste se refiere a los Estatutos y no a la escritura. No sucede así cuando la facultad se le atribuye en la reunión en que se adopta el acuerdo, para lo cual es preciso distinguir según cuál sea el órgano que lo adopta.

Si el acuerdo es adoptado por el órgano colegiado de administración no existe problema alguno, por cuanto cualquiera de sus componentes, designando para ello en la correspondiente reunión, puede llevarla a efecto, ya que el artículo 141.2 de la Ley sólo exige requisitos de forma (escritura pública e inscripción) y quórum reforzado para las delegaciones de facultades de carácter permanente, pero no para las que no tengan tal carácter como la del supuesto que nos ocupa. Mas cuando se trata de la ejecución de acuerdos de la Junta general la cuestión se complica, pues mientras en el supuesto de acuerdos del Consejo es este órgano el que ostenta la facultad representativa, si los Estatutos no la han limitado, y atribuye al consejero designado el ejercicio de tal facultad para el acto concreto, no sucede lo mismo cuando se trata de acuerdo de la Junta, ya que sabido es, y recientemente lo ha confirmado la Resolución de 31 de octubre de 1989 (obsérvese que esta Resolución es posterior a la Ley de reforma de las sociedades anónimas, que es de 25 de julio de 1989), al decir que «no puede desconocerse que la Ley de Sociedades Anónimas exige la existencia de un órgano de gestión distinto de la Junta [*vid.* art. 11.3, *h*), en relación con los arts. 71 y sigs., y 102, *h*), del Reglamento del Registro Mercantil] de carácter permanente», y añade: «Otra cuestión es la de decidir sobre la competencia de la Junta general, constituida ante el Notario, para otorgar directamente en escritura un poder general o revocar el anteriormente concedido por el Consejo, lo que, como ya declara la Resolución de este Centro de 8 de febrero de 1975, debe resolverse en sentido negativo, toda vez que la gestión y representación de la sociedad corresponde por Ley (art. 76.1 de la Ley de Sociedades Anónimas) al Consejo de Administración; es a este órgano al que —como órgano que tiene la representación de la sociedad en juicio y fuera de él— compete en ejecución del acuerdo de la Junta —*que por sí carece de facultades representativas*— comparecer ante el Notario y otorgar las correspondientes escrituras de poder o de revocación».

Clara doctrina que no hace más que refrendar lo que ya se manifestó en anteriores Resoluciones de 3 de septiembre de 1980 y 26 de octubre de 1982, plenamente aplicable a la legislación actual, por cuanto, como hemos visto a lo largo de estas líneas, la Ley actual distingue perfectamente entre los distintos órganos sociales, deliberante o Junta y de gestión y representación, exigiendo el artículo 9.º y confirmándolo el 128 que la función representativa queda limitada a las personas integrantes del órgano de administración que determinen los Estatutos sociales, quedando

excluida, por tanto, la Junta de poder ejercitar tal función. Pues bien, en el supuesto del artículo reglamentario que comentamos nos encontramos que un órgano (la Junta) que carece de la facultad de representación atribuye a un componente de otro órgano (el Consejo) la facultad de representar en la ejecución del acuerdo cuando esta persona designada carece a su vez por sí sola de la facultad representativa, contra el principio jurídico de que nadie puede dar lo que no tiene, pues el precepto permite la ejecución a cualquier administrador facultado en la reunión en que se adopte el acuerdo.

Distingamos para una mayor claridad. La Junta faculta a un consejero para la ejecución del acuerdo y pueden suceder dos cosas: 1.^a El consejero designado es uno de los que, según el artículo 124-2, *d*), tiene atribuida la facultad de representar. La decisión es innecesaria e inútil, por cuanto según el artículo citado, concordante con el 9.º, *h*), de la citada Ley, tal consejero puede actuar por sí sin necesidad de delegación o designación por la Junta. 2.^a La Junta designa a un consejero que carece de tal facultad específica o se trata de un supuesto en que por no existir consejeros designados especialmente para ejercer el poder de representación éste se ejerce colegiadamente por el Consejo. Es claro que tal designación para la ejecución, hecha por la Junta, es contraria al ejercicio legal de la función representativa, ya que si los Estatutos han determinado específicamente qué consejeros tienen el ejercicio del poder de representación, la designación por la Junta de consejero distinto para la ejecución del acuerdo es contraria a los Estatutos, y como reiteradamente nos ha dicho en diversas Resoluciones la Dirección General (*vid.* la citada y la de 20 de abril de 1980), la Junta es la primera obligada por los Estatutos sociales y ha de cumplirlos sin poder infringirlos, sin perjuicio de su facultad de poderlos modificar cumpliendo los requisitos legales. Por tanto, la norma reglamentaria comentada comete dos errores graves: conceder a la Junta la facultad de transmitir una facultad de la que carece (la representación) y que esta facultad se confiera, en contraposición a los propios Estatutos sociales, a persona distinta de la que tenga el poder de representación a pesar de ser la primera obligada a cumplirlos.

Si la representación se halla atribuida al Consejo colegiadamente la infracción es idéntica. La Junta da una facultad de la que carece y la atribuye igualmente a un componente del órgano colegiado que por sí sólo carece de facultad representativa, como ya declaró con absoluta precisión la Resolución de 3 de septiembre de 1980.

La representación colegiada exige la celebración de reunión del Consejo, que será el legitimado para designar, por delegación transitoria, al consejero que ha de ejecutar el acuerdo de la Junta. Lo contrario, o sea, la designación específica por la Junta, implica transformar la representa-

ción colegiada atribuida al Consejo en representación individual atribuida a cada uno de los consejeros.

Pero es que, como decíamos al principio de esta parte del trabajo, el Reglamento ha ido mucho más allá de los supuestos que contemplaron las Resoluciones citadas que excluyen la posibilidad de la figura del *nuncius* para la ejecución de acuerdos sociales, por cuanto en los supuestos de las Resoluciones de 3 de septiembre de 1980 y 26 de octubre de 1982, la facultad de ejecutar los acuerdos se atribuía por la Junta a uno de los administradores, aunque éste por sí solo y como componente de un órgano colegiado carecía de facultad representativa, mientras que ahora el Reglamento permite, incluso, que tal ejecución pueda llevarse a efecto por quien ni es componente del órgano de representación (secretario y vicesecretario no consejeros), ni ha sido designado por la Junta ni por el Consejo, ya que tales personas tienen a su cargo inscrito en el Registro Mercantil según el artículo 94.4 del Reglamento y pueden certificar según el artículo 109.1, a), con lo que reúnen los dos requisitos exigidos para poder elevar a instrumento público los acuerdos.

El supuesto podría plantearse igualmente en el caso de administradores solidarios cuando los Estatutos establezcan una norma de que sólo el de mayor edad, o el de mayor número de acciones, o el de más antiguo nombramiento, etc., ejerza el poder de representación, situación perfectamente permitida por el artículo 9.º, h), de la Ley, aunque el Reglamento, como ya vimos en el comentario del artículo 124, no parezca permitirlo, y lo mismo puede darse en el supuesto de órganos de administración plurales cuando la Junta procede a designar, para la elevación a instrumento público, a persona integrante de los mismos que no sea la que tenga atribuido el poder de representación.

Pero es que, además, tales normas van a crear graves problemas de interpretación que se traducirán en los correspondientes recursos, pues ya en los supuestos de las Resoluciones citadas se argumentaba por el recurrente que había que distinguir entre acuerdos que no requieran más actuación del designado que la de elevarlo a escritura, de aquellos otros en que además se requería una manifestación de voluntad propia. El primer caso es el típico del *nuncius* a que hacíamos referencia y el recurrente sostenía su posibilidad para aquél y no para el segundo, pero el Reglamento no distingue y simplemente se refiere a acuerdos, por lo que si la Junta acuerda enajenar un inmueble, sin determinar comprador, precio y condiciones de la misma, y faculta a quien no ostenta la facultad de representar, aunque tenga la de certificar, o bien eleva a público el acuerdo el secretario o vicesecretario no consejero, estamos seguros que cuando el problema se plantee en la práctica, el designado o secretario comparecerá en la escritura y «legitimado» por la correspondiente certificación del acuerdo hará la

venta sin más cortapisas, compareciendo en la escritura, porque suponer que en tal caso el designado se va a limitar a elevar a escritura el acuerdo de vender para que después el administrador que ostente el poder de representación otorgue nueva escritura, legitimado por la anterior, para fijar las condiciones específicas de la venta, es desconocer la realidad de los hechos, porque la primera escritura no serviría para nada, ya que bastaría incorporar la certificación del acuerdo de la Junta a la propia escritura de venta en que comparece el administrador que ostente el poder de representación.

A esta solución nos llevaría una interpretación estricta de la norma reglamentaria, ya que elevar a instrumento público no es más que eso, sin añadir ni quitar nada, pero en tal caso la escritura no sirve para nada si el acuerdo requiere después una actuación específica, mas ni aun aquella actuación limitada a la simple elevación a público fue permitida por las Resoluciones citadas, por cuanto aun cuando no requiriesen desenvolvimientos posteriores se infringía claramente la función representativa, que es lo mismo que sucede con la norma reglamentaria comentada. Como ya apuntábamos en el trabajo citado al principio ya no podemos hablar de representación orgánica y representación voluntaria, claramente perfiladas por la doctrina, la jurisprudencia y las Resoluciones de la Dirección General, y habrá que añadir una nueva categoría creada por el Reglamento: la de los representantes que carecen de poder de representación.

Pero es que, como decíamos, la postura reglamentaria no tiene fundamentación legal, teórica ni práctica, pues comprobada la imposibilidad de las dos primeras nos resta comprobar la utilidad práctica de tal disposición. En el régimen de la Ley anterior aquella solución podría tener cierta utilidad, ya que en los supuestos de órganos colegiados de representación la ejecución de cualquier acuerdo de Junta requería a su vez una reunión del Consejo para determinar el consejero que había de proceder a su ejecución si no existía consejero delegado o apoderado con facultad de ejecutar los acuerdos sociales o representar a la sociedad en el uso de la firma social, ya que la facultad representativa no podía ejercitarse por parcelas, o sea, por cada uno de los miembros del Consejo de Administración separadamente, mas en el régimen de la legislación vigente en que, no obstante que la administración se confiera a un Consejo, es posible determinar en los Estatutos que el poder de representación lo ostente cada uno de los consejeros separadamente, la previsión del Reglamento carece en absoluto de utilidad, y ello a costa de producir, como hemos visto, una clara contradicción con la Ley, habida cuenta, además, de que el apartado 3 del artículo 108 del Reglamento permite, como no podía ser menos, el otorgamiento de poder general para elevar a instrumento público toda clase de acuerdos. Tampoco se precisa la reunión del Consejo, por cuanto

ahora el artículo 104 de la Ley impone la obligación de asistir a la Junta a los administradores.

Mas cabe preguntarse si ¿es que no puede la Junta general decidir que una persona determinada sea el secretario o consejero o, incluso, cualquier accionista o extraño a la sociedad, ejecute o la represente en la elevación a instrumento público de cualquier acuerdo social? La cuestión no planteaba duda alguna en el Reglamento anterior, por cuanto el artículo 110 del mismo claramente hablaba de «los poderes generales que, en su caso acordare conceder la Junta general», así pues, la Junta podía perfectamente acordar la concesión de un poder, aunque lo que no podía, y lo ha confirmado la Resolución de 31 de octubre de 1989, es concederlo por sí misma, ya que carece de la facultad de representar; por tanto, la ejecución de tal acuerdo era competencia del órgano de representación. Por idéntica razón podía acordar que la representación en la ejecución de un acuerdo determinado la realizase cualquier persona por ella designada, y también de idéntica manera el órgano de representación, cumpliendo el mandato de la Junta, habría de otorgar poder a la persona designada a fin de ejecutar el acuerdo. Mas lo que estaba claro es que tal representación ordenada por la Junta sólo era útil, si no se otorgaba el oportuno poder, cuando se trataba de de acuerdos que no habian de tener acceso al Registro Mercantil, pues para éstos entraba en juego el artículo 1.280.5 del Código Civil, y dado que las certificaciones de los acuerdos sociales no son más que documentos privados con firmas legitimadas, es claro que no revestían la forma adecuada para su acceso al Registro, y así lo sancionaron las repetidas Resoluciones de 3 de septiembre de 1980 y 26 de octubre de 1982.

Mas, como decimos, esto sucedía en el régimen del Reglamento anterior, pero en el actual es lo cierto que ni el artículo 141 de la Ley ni los 149 y siguientes del Reglamento, dedicados a esta materia, hablan para nada de poderes acordados por la Junta general. Ante este silencio, cabe preguntarse si la nueva legislación ha eliminado tal posibilidad. En favor podría argüirse que dado que la Junta es el órgano superior de la sociedad que nombra a los administradores y los revoca, lo mismo que sucede con los liquidadores, es decir, que la función de administración y representación queda prácticamente en sus manos, ya que es la única competente, salvo en los nombramientos provisionales, para designar las personas que han de ocupar tales cargos, podría decirse que no existe razón alguna que impida que pueda designar igualmente apoderados, ya que la actuación de éstos, con las limitaciones que resulten de las facultades concedidas, es similar a la de aquéllos. Sin embargo, en contra se podría señalar a más de la eliminación en los textos legales de tal posibilidad, lo que no sucede con el Consejo según el artículo 141 de la Ley, que la designación de

apoderados generales o especiales implicaría, de hecho, un régimen simultáneo de administración al lado del que compete al órgano legal y estatutario de gestión y representación, con la consiguiente posibilidad de actuaciones contradictorias; que tales apoderados en su actuación quedarían fuera del control del órgano de administración, ya que responderían directamente ante la Junta, por cuanto no puede hacerse responsable al órgano estatutario de actuaciones realizadas por personas no designadas por el mismo; que aun cuando la Junta tenga las facultades de nombrar administradores y liquidadores, sin embargo carece de facultades para intervenir en los actos realizados por aquellos que obligan a la sociedad, quedando limitada su posible actuación a la revocación del nombramiento; que esta postura igualmente se deduce de las Resoluciones de la Dirección General de 8 de febrero de 1975 y 31 de octubre de 1989, por cuanto la actuación de los apoderados es subordinada a la del órgano de administración como impone la unidad de ésta, y la distinción de competencias de los órganos sociales, queda perfectamente determinada en el capítulo V de la Ley, siendo la Junta mero órgano deliberante sin facultad alguna de gestión y representación, y que en el artículo 94 del Reglamento se encuentran dos párrafos distintos —4.º y 5.º—: el primero para nombramientos que sólo pueden ser competencia de la Junta y el segundo para actos del órgano de administración, y entre ellos se recogen los poderes, con lo que nos inclinaríamos por esta segunda postura. (Obsérvese que igual silencio guarda ahora el artículo 11 de la Ley de Sociedades Limitadas.)

Se podrá decir que en el el número 4 se recogen los nombramientos de secretario y vicesecretario que son competencia del Consejo. La cuestión es ciertamente dudosa, aunque si hemos de ajustarnos estrictamente a las normas legales observamos que el artículo 141 de la Ley cuando habla del régimen interno del Consejo sólo habla de «designar al presidente», guardando silencio respecto al secretario, al contrario de lo que sucede en el artículo 110 para las Juntas, y ello a pesar de que su existencia está reconocida en el artículo 142; que la frase «regular su propio funcionamiento», recogida en el artículo 141 de la Ley como competencia del Consejo, no puede referirse a nombramientos, sino al régimen de actuación (convocatoria, deliberaciones, votos, etc.), ya que si tal frase comprendiese también los nombramientos sería ociosa la referencia a la designación de presidente que igualmente quedaría comprendida en la misma, y, por otra parte, la designación de secretario y vicesecretario no consejeros en modo alguno puede incardinarse en la frase «propio funcionamiento», dado que tales personas no forman parte del Consejo, por lo que su posibilidad y nombramiento dependerán de la norma estatutaria. Por contra, el párrafo 5.º comprende actos que en ningún caso pueden ser competencia de la Junta como las delegaciones de facultades, ya que tanto el artículo 141 de

la Ley y los 149 y siguientes del Reglamento las limitan al Consejo, y así lo sancionó igualmente la Resolución de 24 de noviembre de 1981, con lo que de conformidad con la facultad de otorgar poderes el Consejo, recogida en el artículo 141 de la Ley parece que este número 5.º se refiere a actos exclusivos del Consejo. No se nos oculta que la práctica registral ha sido contraria a esta tesis, habiendo sido admitidos los nombramientos de secretarios hechos por el Consejo, pero la consagración de la existencia de los secretarios y vicesecretarios no consejeros con facultades de representación que ha admitido el Reglamento puede hacer reconsiderar el problema. Al menos la duda puede plantearse y ahí queda para los estudiosos. Lo que parece fuera de duda es que los poderes, salvo que los Estatutos prohíban su otorgamiento, deben ser concedidos por el órgano de administración.

Sólo nos resta hacer unas breves consideraciones respecto a los nombramientos y ceses de los componentes de los órganos de administración, y así la primera cuestión que nos plantea esta materia resulta del párrafo segundo del número 4 del artículo 94 del Reglamento antes citado cuando al referirse a los nombramientos de administradores nos dice: «La inscripción comprenderá tanto los miembros titulares como, en su caso, los suplentes».

Nos encontramos con una figura nueva que ni aparecía en la legislación anterior ni en el texto de la Ley actual. El Reglamento añade ahora la figura de los suplentes, y tras esta simple mención se olvida totalmente de su existencia, y la verdad es que si tal existencia de suplentes es posible, lo cual es hartamente dudoso, su falta de regulación plantea diversos problemas. Así, la primera que se nos ocurre es la siguiente: ¿Han de computarse tales suplentes dentro del número máximo de consejeros permitidos por los Estatutos? Es decir, si los Estatutos prevén un número máximo de cinco consejeros, y dentro de ese máximo se nombran tres miembros por la Junta, ¿pueden nombrarse tres suplentes (uno por cada consejero) o sólo dos? Segunda: La suplencia, ¿ha de ser individual para cada consejero o alguno determinado de ellos o cabe uno o varios suplentes para cualesquiera de los consejeros? O, lo que es lo mismo, ¿el suplente sólo puede sustituir al consejero para el que se nombró o puede suplir a cualquier consejero que falte? Tercera: ¿Cuándo pueden actuar los suplentes? Cuarta: ¿La existencia de suplentes designados por la Junta elimina la facultad de los nombramientos del Consejo por cooptación? Quinta: ¿El suplente sustituye también en el cargo (presidente, secretario, etc.) al suplido? Sexta: ¿Puede haber más suplentes que consejeros? Séptima: ¿Qué requisitos debe reunir el suplente? Octava: ¿Quién debe nombrar los suplentes? La práctica, si la figura llega a tener arraigo, planteará bastantes más.

Es claro que ante la falta de regulación no se puede acudir más que a

la lógica del raciocinio individual del intérprete; así, todo lo que se diga en esta materia queda como simple opinión sin fundamento jurídico alguno.

Respecto a la primera cuestión planteada, opinamos que los suplentes no deben computarse dentro del número máximo de administradores previsto en los Estatutos. La razón (dentro de la lógica personal) es que si ello fuese así se coartaría la libertad de la Junta para designar administradores hasta el límite máximo previsto en los Estatutos. La existencia de suplente no modifica el número de integrantes del Consejo, pues cuando actúa el suplente no puede actuar el sustituido.

En cuanto a la segunda, creemos que son posibles las dos posturas planteadas, pues ello dependerá de la situación específica de cada sociedad. Si ésta se configura como sociedad de grupos, lo que claramente resultará si se utiliza en los nombramientos el sistema proporcional regulado en el artículo 137 de la Ley y 140 del Reglamento, parece lógico suponer que cada consejero pueda tener su suplente específico a fin de mantener la dirección ordenada por el grupo que le nombró. Si, por el contrario, la sociedad no es de ese tipo, puede perfectamente designarse un suplente o varios para el supuesto de falta de asistencia de cualquiera de los consejeros, siendo conveniente en tal caso establecer un orden de actuación de los suplentes.

Por lo que se refiere al tercer supuesto, entendemos que los Estatutos deben determinar en los casos de suplencia cuáles son los supuestos en que aquéllos pueden actuar (ausencia, enfermedad, incompatibilidad, interés personal en el asunto a debatir, etc.), así como los requisitos que justifiquen darse la situación señalada.

Referente al quinto punto, creemos que la designación de suplentes no impide la facultad de nombrar por cooptación prevista en los artículos 138 de la Ley y 139 del Reglamento, por cuanto las suplencias hay que entenderlas limitadas a actuaciones específicas motivadas por la imposibilidad del titular, mientras que la cooptación presupone la vacante del titular y el nombramiento con carácter permanente hasta la celebración de la primera Junta general que ratifique o revoque el nombramiento.

En orden a la sexta cuestión, creemos que no existe obstáculo para que haya un número mayor de suplentes que de consejeros e incluso puede ser necesario especialmente en sociedades en que intervienen entes públicos en que la imposibilidad de asistencia de las personas que representan a tales entidades se da con bastante frecuencia y al mismo tiempo se quiere mantener la proporcionalidad de representación de los grupos en el Consejo.

La cuestión séptima es de más dudosa solución, pues si para los nombramientos por cooptación se precisa la condición de accionistas, parecería lógico, al menos, exigir tal requisito para los suplentes. Sin embargo, nos

inclinamos por la solución contraria, salvo que los Estatutos establezcan como requisito para ser administrador tal condición, pues la Ley, en su artículo 123.2, no exige tal circunstancia para ser administrador, y resultaría ilógico que lo que no se exige para actuar permanentemente sea requisito para una actuación esporádica, y porque (y con ello damos nuestra opinión respecto al octavo punto) entendemos que el nombramiento de los suplentes debe ser hecho por la Junta general, ya que tales suplentes son administradores iguales que los restantes, aunque de actuación intermitente, y la Junta puede designar a quien tenga por conveniente, mientras que en la cooptación el nombramiento se realiza por un órgano que normalmente no puede nombrar administradores.

Entrando ahora en los requisitos para los nombramientos de administradores, lo primero que salta a la vista es la diferencia existente entre el artículo 125 de la Ley y el 138 del Reglamento, pues mientras el primero sólo exige el nombre y apellidos, edad, domicilio y nacionalidad, sin embargo el segundo amplía los requisitos en gran manera y no siempre justificadamente. Así, al expresar que «se hará constar la identidad de los nombrados», entra en juego el artículo 38 del propio Reglamento regulador de la identidad, con lo que se amplía la exigencia a la fecha de nacimiento, el documento nacional de identidad y el número de identificación fiscal. Exige también expresar la fecha de nombramiento, requisito totalmente innecesario, por cuanto, habida cuenta de que tales nombramientos sólo pueden ser realizados en la escritura de constitución o en Junta general, el artículo 113 del propio Reglamento exige, como circunstancia general para todos los asientos, la fecha y lugar en que fueron adoptados los acuerdos, lo que hace innecesaria tal expresión específica.

Otro requisito exigido es el plazo del nombramiento, también totalmente improcedente, dado que el artículo 9.º de la Ley, en su apartado h), exige como mención obligatoria de los Estatutos el plazo de duración del cargo, y resulta absurdo que el nombramiento haya de repetir lo que ya dice la norma estatutaria, pues si se consigna el plazo y éste es distinto del estatutario no se podría inscribir por infringir los Estatutos, y si el nombramiento se hace para cubrir la vacante o crear un nuevo puesto de consejero es el propio Reglamento, en su artículo 144, el que da solución a la cuestión, determinando que será «por el máximo legal, salvo que los Estatutos establezcan otro menor», expresión, por otra parte, desafortunada, por cuanto, según hemos visto, siempre ha de existir un plazo estatutario conforme al artículo 9.º, h), y, por consiguiente, por tal plazo será el nombramiento, pues si es menor de cinco años así lo dispone el propio 144 y si es por cinco años porque no será el plazo legal, sino plazo estatutario. Esta redacción incorrecta deriva de haber confundido la prohibición legal de que los nombramientos puedan hacerse por plazo superior

a cinco años con plazo legal de duración de los nombramientos. La Ley no señala ningún plazo a los nombramientos; lo único que establece es la prohibición de que éstos excedan de un determinado tiempo, y la cuestión ya fue resuelta en tal sentido por las Resoluciones de 24 y 26 de noviembre de 1981, por lo que todos los plazos son puramente estatutarios, y si los nombramientos son de cooptación, su duración ya está predeterminada por el artículo 138 de la Ley y por el artículo 145.2 del Reglamento.

Y por último exige el artículo 138 que se exprese el cargo para el que hubiere sido nombrado. Este requisito sólo será preciso consignarlo cuando los Estatutos hayan atribuido a la Junta la facultad de señalar los cargos en el Consejo, pues, como regla general, según el artículo 141 de la Ley, la designación del presidente es competencia del Consejo, siendo discutible, como vimos la de secretario.

No es, precisamente, más acertada la regulación de los requisitos exigidos en los nombramientos por cooptación a que se refiere el artículo 139 del Reglamento, y así, además de los requisitos antes mencionados, exige la constancia de otros también totalmente innecesarios, como la indicación de las vacantes existentes antes de haber ejercitado el Consejo la facultad de cooptación. Y decimos innecesario porque tal circunstancia tiene que resultar del Registro o no será posible tal inscripción, o bien resultará del cese anterior que conste en el propio documento presentado. No olvidemos que se trata de nombramientos hechos por el Consejo para cubrir vacantes; luego si registralmente la vacante no existe, aunque el Consejo nombre administrador por cooptación, no se podrá inscribir sin que previamente se inscriba el cese que produzca la vacante o se aumente el número de consejeros dentro del máximo permitido por acuerdo de la Junta, en cuyo caso el nombramiento compete a ésta, y si el cese se produce por dimisión en la propia sesión del Consejo, supuesto previsto en el artículo 141 de la Ley, es previa la inscripción del cese para acceder al nombramiento y tales circunstancias resultarán de aquél.

Lo mismo cabe decir de los demás requisitos que exige el precepto, pues el nombre y apellidos del anterior titular resultarán de la inscripción del cese, el plazo, de la norma estatutaria y la fecha del cese y su causa, igualmente de la inscripción que motiva la vacante que se trata de cubrir. Se mantiene en estos nombramientos según el artículo 138 de la Ley la necesidad de que recaigan en accionistas de la sociedad.

Por lo que se refiere a los nombramientos por el sistema proporcional vienen regulados en los artículos 137 de la Ley y 140 del Reglamento. El artículo de la Ley reproduce la normativa de la Ley derogada en su artículo 71; sin embargo, el Reglamento, al determinar los requisitos que respecto a tales nombramientos han de constar en la inscripción, creemos que se excede en su expresión, y así exige además de las del artículo 138,

ya examinado, que se consigne que tal nombramiento se realiza por el sistema proporcional «mencionando las acciones agrupadas con las que se hubiese formado el correspondiente cociente, su valor nominal, clase y serie, si existieran varias y la numeración de las mismas».

Habida cuenta de que estas elecciones por sistema proporcional sólo suelen darse en sociedades de gran envergadura en las que la existencia de grupos contrapuestos motiva la necesidad de éstos de tener representación en el Consejo, la enumeración específica del número de tales acciones puede hacer interminable el asiento. Por otra parte se echa de menos que el Reglamento no haya resuelto el problema más grave que planteaban tales nombramientos, o sea, el de quien puede proceder a su revocación y nombramiento subsiguiente para cubrir la vacante, ya que surgen dos posturas contrapuestas. La primera, basada en el artículo 131 de la Ley, al disponer que «la separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier momentos por la Junta general», con lo que ésta puede acordar el cese en cualquier momento, tanto de los administradores que nombró como tal Junta, como de los que fueron nombrados por el sistema proporcional, a pesar de que el nombramiento de éstos no fue realizado por la Junta, sino por accionistas que formaron el cociente exigido por la Ley. La segunda, la de que tales nombramientos sólo pueden ser revocados por los propios accionistas que intervinieron en la designación.

En favor de la primera tesis están los términos tajantes e imperativos con que se pronuncia el artículo 131, así como que el propio Reglamento al regular la inscripción de la separación en el artículo 148 sólo contempla como documentos susceptibles de producir tal asiento los enumerados en el artículo 142 (certificación del acta de la Junta general o, en su caso, del Consejo si lo fue por cooptación, testimonio notarial del acta o copia autorizada del acta notarial de los artículos 101 y siguientes o escritura pública), todos ellos relativos a Junta general, o bien testimonio de la sentencia judicial firme que hubiese decretado la separación. En favor de la segunda postura militan argumentos de sentido lógico y práctico, pues de poco serviría conceder a estos grupos de accionistas la posibilidad de nombrar determinados consejeros si acto seguido la mayoría puede proceder a su separación, con lo que entraríamos en un juego sucesivo de despropósitos. La minoría que alcanza el cociente legal, nombra. La mayoría, separa, y así sucesivamente.

Por otra parte, así puede deducirse también, con una interpretación sistemática, de los preceptos legales, pues si, según el artículo 137 de la Ley, las acciones agrupadas que utilicen esta facultad no pueden intervenir en la votación de los restantes miembros del Consejo, parece evidente suponer que, de hecho, la Junta general sólo se forma por los restantes accionistas que no forman parte de tal agrupación o, lo que es lo mismo,

que en realidad existen dos Juntas: una, integrada por los accionistas agrupados que forman el cociente legal necesario y, otra, la del resto de los accionistas. Igualmente parece corroborar la bondad de esta postura la exigencia de los requisitos contenidos en el artículo 140, pues poca utilidad tendría la necesidad de que conste en el Registro la total identificación de las acciones que motivaron tal nombramiento si no es para que cuando se proceda al cese o separación el Registrador pueda comprobar que quien nombró es quien separa posteriormente, aunque, como decimos, la exigencia de la numeración resulta excesiva.

Resulta, sin embargo, criticable que estas dudas no hayan sido resueltas reglamentariamente, máxime por cuanto la cuestión que no plantea problema en el acto del nombramiento sí que los plantea en el momento de la separación. Así, reunidos en Junta general, que va a proceder a efectuar el nombramiento, se forma el grupo necesario que solicita la designación por sistema proporcional y a continuación los restantes accionistas designan el resto de consejeros. Mas si la separación ha de ser acordada por los que procedieron al nombramiento, ¿cómo se convoca esa minijunta, que en momento determinado está descontenta de la gestión de su representante en el Consejo y quiere proceder a la destitución?, ¿puede nombrar a otra persona en sustitución del separado o, por el contrario, ha de esperar a la existencia de una Junta general en que nuevamente pueda ejercitar tal facultad?, ¿quién certifica de tales acuerdos y quién puede ejecutarlos?, ¿si se produce vacante por fallecimiento, dimisión, etc., entra en juego el derecho de cooptación o debe cubrirla el grupo de accionistas que lo nombró?, ¿por qué plazo se entenderá nombrado el nuevo administrador si éste se realiza por destitución y no por vacante? Son todas ellas interrogantes que quedan por resolver y que se planteaban con la normativa anterior, por lo que se ha desperdiciado una magnífica oportunidad para resolver tales cuestiones.

No sucede lo mismo por lo que se refiere a la exigencia de la aceptación para hacer constar en el Registro el nombramiento de administradores, cuestión ya planteada en la legislación anterior, y a que ya aludíamos en el trabajo citado al principio. Ahora el Reglamento resuelve el problema al disponer en el artículo 141 que «no podrá inscribirse el nombramiento de los administradores en tanto no conste su aceptación». Como ya decíamos en otra ocasión, la inscripción del nombramiento sin constar la aceptación presentaba el inconveniente de dar como administrador a quien realmente aún no lo era, pero presentaba también algunas ventajas, como eran las de que no era precisa la nueva presentación del acuerdo de nombramiento para cada aceptación posterior si los consejeros no habían aceptado en la Junta, y la de que dado que el nombramiento, según el artículo 125 de la Ley, produce efectos desde la aceptación y no desde la

inscripción, la situación registral también puede ser discordante con la realidad en el régimen actual cuando la aceptación se ha producido y ésta aún no ha accedido al Registro, y ello aun cumpliendo rigurosamente el plazo de diez días a que hace referencia la Ley, por lo que quizá hubiese sido más conveniente la solución contraria, habida cuenta de que cuando los Registradores hacían constar en el asientos tales nombramientos cuidaban con celo, a su vez, de hacer constar que los mismos estaban pendientes de la correspondiente aceptación. La solución actual puede dar lugar a situaciones poco correctas. Baste pensar que cuando la sociedad en Junta ha fijado el número de consejeros si parte de ellos no ha aceptado el nombramiento, el Registro publicará un número de consejeros que no corresponderá a tal número e, incluso, publicará un número de consejeros contrario a la Ley si sólo aceptaron el cargo en Junta dos de ellos, habida cuenta de que actualmente el número mínimo de consejeros es tres, situación anormal que desaparecería si todos los nombramientos hubiesen accedido al Registro constando expresamente en éste le falta de aceptación.

Cuestión similar se plantea en el caso de que el administrador o administradores nombrados sean personas jurídicas, por cuanto el artículo 143 del Reglamento dispone que «en caso de administrador persona jurídica no procederá la inscripción del nombramiento en tanto no conste la identidad de la persona física que aquélla haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo». El artículo transcrito ha complicado, a nuestro juicio, excesivamente los nombramientos de administradores personas jurídicas, ya que hubiese sido suficiente la designación de la persona jurídica nombrada con los datos que respecto a la identidad señala el propio Reglamento en su artículo 38, y ello por una razón de lógica jurídica, pues el nombramiento lo es a favor de tal persona y no de un representante orgánico o voluntario, aparte de que ello plantea la exigencia a veces de un requisito innecesario, ya que de la terminología utilizada por el Reglamento se deduce que en todo caso es precisa la determinación de tal persona para poder realizar la inscripción, solución que no podemos admitir, ya que la persona jurídica designada tiene necesariamente un órgano representativo que actúa por ella, y la aceptación del nombramiento realizada por el representante de aquélla no precisa de ninguna designación específica. Baste pensar que la designada administrador tenga como órgano representativo un administrador único, sería absurdo pensar que hubiese de realizar un Junta general para designar la persona física que actuase en la sociedad que le nombró administrador contrariando las propias normas legales reguladoras de la representación social. Tal administrador estaría perfectamente legitimado para aceptar el nombramiento y para ejercer las funciones del cargo sin necesidad

de una nueva designación específica de su propia sociedad, lo que dilataría enormemente su posibilidad de actuación si para cumplir tal exigencia hubiese de convocar Junta general, dejando en tanto sin representante a la sociedad que le designó si aquélla también se rige igualmente por administrador único. Lo mismo sucede en el supuesto de administradores solidarios en que cualquiera de los correspondientes a la sociedad nombrada administrador podría actuar, aceptando sin más requisitos.

Lo que sucede es que el Reglamento ha pensado en un supuesto distinto y ha generalizado sin distinguir supuestos. La solución adoptada resulta lógica cuando la persona jurídica nombrada administrador no va a actuar a través de su representante orgánico, sino a través de un apoderado específico, en cuyo caso es lógico que tal designación se produzca previamente a fin de que quede concretada específicamente la persona que ha de actuar e, incluso, puede resultar útil cuando la designada se rige por Consejo de Administración y sólo uno de los consejeros ha de actuar en la que la nombró, pero resulta perturbador en los restantes casos.

La cuestión, por otra parte, no es nueva ni deja de plantear problemas, como ya los planteaba el régimen anterior, ya que designada la persona física mediante el correspondiente poder si tal designación recae en persona distinta del representante social surge la duda de si ese poder debe hacerse constar en ambas hojas sociales: en una, para legitimar el nombramiento y, en la otra, para que aparezca concedida la facultad de representar. En el régimen anterior ésta era la solución más comúnmente adoptada en la práctica, mas en el actual, desaparecido en el número 5 del artículo 94, la excepción anteriormente existente en el antiguo artículo 86.6 del Reglamento derogado, relativo a poderes para actos concretos *sujetos a inscripción*, parece que debe prevalecer la solución contraria, por lo que no será precisa la inscripción en la hoja de la sociedad concedente del poder.

Otra cuestión es la del posible cambio de la persona física designada, ya que siendo esta designación realizada por la persona jurídica administrador puede cambiar la persona física que la representa en cualquier momento, con el contrasentido que supone que un acuerdo social de una sociedad tenga acceso en la hoja de otra sociedad sin intervención alguna de ésta.

Quizá por todos estos problemas uno de los Anteproyectos de la Ley eliminó la posibilidad de los nombramientos de administradores personas jurídicas, pero la realidad práctica ha podido más que la intención de clarificar el tema, dado que existen multitud de supuestos en que es necesario.

Por lo que se refiere al título inscribible, el artículo 142 del Reglamento ha recogido las formas del derogado artículo 108 del anterior sin más que adicionar la copia autorizada del acta notarial a que se refieren los artícu-

los 101 y siguientes, eso sí, suprimiendo el requisito de que el Notario al legitimar las firmas de la certificación del acta de la Junta diese fe del ejercicio legítimo de los cargos que exigía el apartado b) del artículo 108 anterior y que resultaba de imposible cumplimiento en la práctica, aunque los Notarios con gran valentía se sometían a la exigencia de la norma. Actualmente el artículo 111 cubre en parte la garantía de autenticidad de quien expide la certificación mediante la exigencia de notificar al anterior titular de facultad certificante; la imposibilidad de practicar la inscripción hasta que transcurran quince días desde la presentación, y la posible oposición del titular anterior mediante justificación de haber interpuesto querrela criminal, aunque ello sólo sea aplicable a aquellos nombramientos que impliquen facultad certificante.

En cambio sí se ha preocupado el Reglamento de regular la caducidad, la continuidad de cargos y la dimisión y cese de los administradores, carentes de regulación en el régimen anterior, y así el artículo 145 dispone que «la inscripción del nombramiento de administradores por la Junta general hecho por años caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la siguiente, o haya transcurrido el término legal para la celebración de la Junta general ordinaria».

Por razones evidentemente prácticas se ha cambiado aquí el criterio sustentado por la Resolución de 21 de mayo de 1986, que estableció que el plazo de cinco años del artículo 72 habrá de computarse de fecha a fecha, tal como establece el artículo 5.º del Código Civil, y no cabe computarlo por periodos entre una y otra Junta general, si bien esta doctrina no era terminante, pues la de 18 de junio de 1979 resolvió que vencido el plazo para el que fueron designados los administradores pueden seguir hasta la primera Junta general a fin de evitar la paralización de la sociedad. Del artículo transcrito que opta por esta segunda solución se deduce que la norma sólo es aplicable a los nombramientos hechos por años, que es el supuesto más normal, por lo que los restantes habrán de computarse con arreglo al Código Civil. Sin embargo, lo difícil es aplicar lo dispuesto en el apartado 3 del citado precepto al decir «transcurrido el plazo de un mes desde la caducidad de la inscripción, el Registrador Mercantil la cancelará de oficio mediante nota marginal», y decimos que será difícil la extensión de oficio de tal nota porque el cómputo del mes se ha de realizar a partir de un hecho (la celebración de Junta general) que puede ser desconocido por el Registrador, ya que no todos los acuerdos de Junta han de acceder al Registro, con lo que, de hecho, habrá que esperar al transcurso del término legal para la celebración de la Junta general ordinaria, y aun en este último supuesto resultaría de difícil aplicación mientras no se presente en el Registro algún título relativo a la sociedad.

El artículo 146 ha resuelto el problema de si la reelección como admi-

nistradores hecho por la Junta suponía la continuidad en los cargos que tales administradores ostentaban en el Consejo anterior sin necesidad de un nuevo acuerdo del Consejo que les atribuyó tales cargos, o se requería un nuevo acuerdo de Consejo, en el sentido de mantener la continuidad de los mismos dejando a salvo la posibilidad de revocación por parte del Consejo, y el artículo 147 ha regulado la dimisión que en el régimen anterior sólo se contemplaba en el artículo 77 de la Ley al decir que el Consejo podía aceptar la dimisión de los consejeros. Ahora se regula la inscripción de esta dimisión disponiendo que se practicará mediante escrito de renuncia al cargo otorgado por el administrador y notificado fehacientemente a la sociedad o en virtud de certificación del acta de la Junta general o del Consejo de Administración con las firmas legitimadas notarialmente en la que conste la presentación de dicha renuncia. Sólo es de resaltar la impropiedad de la utilización del término «otorgado» referente al escrito que parece implicar connotaciones notariales y la vaguedad que supone el «notificado fehacientemente» que deja abierta la posibilidad de diversas fehacencias (testigos, correo certificado, con copia abierta, con acuse de recibo, etc.) que debieron quedar concretadas.

En cuanto a los demás supuestos de cese si éste es por fallecimiento se exige siempre la certificación del Registro Civil, con lo que no será posible la inscripción sin tal documento aunque exista un acuerdo de Junta que manifieste que tal hecho ha tenido lugar, lo cual parece excesivo, pues si el acuerdo de la Junta por sí solo podía dar lugar al cese exigir además el certificado de defunción es como exigir la justificación de causa legítima para la separación a pesar de que tal acuerdo no precisa de causa alguna que lo justifique. En los restantes casos si es por acuerdo de la Junta, son suficientes los documentos a que se refiere el artículo 142 antes examinado, y en los de sentencia judicial firme, el testimonio de la misma, habiéndose suprimido en este último caso la certificación que de tal testimonio exigía el Anteproyecto del Reglamento, que resultaba incoherente dada la exclusividad de la facultad certificante judicial que compete a los Secretarios judiciales.

Para finalizar, sólo nos resta una brevísima incursión en los artículos 149 y siguientes relativos a nombramientos y ceses de los órganos delegados. El primero de los preceptos citados ha acabado con la duda existente con anterioridad de si el simple nombramiento del consejero delegado sin más especificaciones implicaba la atribución de todas las facultades del Consejo salvo las legalmente indelegables. Ahora tal posición es imposible, por cuanto el citado precepto impone que tanto la delegación como el nombramiento han de contener la enumeración particularizada de las facultades que se delegan o la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables, sin que en el

supuesto de esta expresión genérica se entiendan delegadas las facultades conferidas como delegables por la Junta del Consejo, que en todo caso requieren una enumeración expresa.

Más confuso es el apartado 3 del precepto citado cuando nos dice «el ámbito del *poder de representación* de los órganos delegados *será siempre* el que determina el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con los administradores». Ya algún compañero nos planteaba la duda de si tal precepto implicaba una contradicción con el apartado 1 del mismo artículo que permite la delegación de facultades determinadas, pues si el ámbito de la representación será siempre la del artículo 129 de la Ley que comprende todas las actividades del objeto social, e incluso, frente a terceros que hayan obrado de buena fe, las que excedan de éste, parece tener poco sentido la forma de delegación de facultades determinadas. Ciertamente la expresión del Reglamento no ha sido demasiado feliz, por lo que hay que interpretar su sentido a fin de evitar la posible contradicción. Así, en primer lugar, habría que atender al tipo de delegación y si ésta es particularizada sólo en cuanto a las facultades delegadas será válida la facultad representativa. En consecuencia, el apartado 3 sólo será aplicable a la delegación genérica de todas las facultades, y aquí es donde entra en juego la remisión al artículo 129 de la Ley, o, lo que es lo mismo, que el órgano delegado tiene en su actuación representativa la misma amplitud que el órgano delegante no sólo, por tanto, las estatutarias, que excluirían la posible ampliación de éstas, sino también frente a terceros con la misma extensión que el Consejo si se produce extralimitación del objeto social, y siendo ineficaces las limitaciones en materias del objeto social aunque consten inscritas en el Registro Mercantil.

Tampoco fue acertada esta expresión del texto de la Ley como ya expusimos en otro lugar, por cuando dado que el contenido mínimo inderogable de las facultades de los administradores lo constituyen las actividades del objeto social, cualquier limitación que afecte a éstas no puede tener acceso al Registro Mercantil, y para ello está la función calificadora del Registrador, mas si por error de ésta tales limitaciones accedieran al Registro entrarían en juego el artículo 7.º del Reglamento y el artículo 29 del Código de Comercio, que disponen que «el contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad». Pues bien; como vemos, el artículo 129 de la Ley establece una clara contradicción con tales preceptos y deja el principio de legitimación bastante mal parado, por cuanto aun cuando el Registro publique determinadas limitaciones éstas se declaran ineficaces sin necesidad de la correspondiente resolución judicial.

Insiste el artículo 150, tal como sucede con los nombramientos de administradores, en la necesidad de que conste la aceptación para la inscripción de la delegación, y el 151 determina la necesidad de la escritura pública para la inscripción de los acuerdos de delegación y nombramientos de consejeros delegados y Comisión ejecutiva, así como para los acuerdos posteriores de modificación, siendo de resaltar el contrasentido que supone el hecho de que la eliminación de determinadas facultades de las concedidas, al suponer una modificación, requiere la escritura pública, mientras que la eliminación total que supone la revocación no precisa tal requisito, por virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del mismo artículo que se remite para tal supuesto a los artículos 142 y 147 antes examinados.

Por último ya quedó constancia anteriormente de la contradicción del último artículo de esta Sección (el 152) con el artículo 141 de la Ley.

De esta breve ojeada a la materia de representación en el Reglamento se llega a una conclusión bastante vieja: la de que los Reglamentos no se limitan a desarrollar las Leyes, sino que las modifican y reforman, excediéndose de su finalidad, lo que en ocasiones da lugar a contradicciones tan insalvables como algunas de las expuestas en estas notas y alguna otra tan irreductible como la del apartado 15 del artículo 174 del Reglamento con el artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, colisión que, tanto en uno como en otro casos, debe resolverse en favor de la disposición de superior rango, pero que en la práctica motivará diferentes formas de actuación entre los juristas que han de aplicarlas hasta que las correspondientes Resoluciones y Sentencias resuelvan las contradicciones planteadas.

EMILIANO CANO FERNÁNDEZ

Registrador de la Propiedad

La informática y sus aplicaciones a la institución registral

SUMARIO: I. LA ETAPA HISTORICA DE LA INFORMATICA: A) SUS VENTAJAS. B) SUS INCONVENIENTES.—II. LA INFORMATICA Y LAS CLASES DE REGISTROS: A) LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS. B) LOS REGISTROS JURÍDICOS.—III. LA INFORMATICA EN EL SISTEMA ESPAÑOL: A) LA FUNCIÓN CALIFICADORA. B) LA RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR.

I. LA ETAPA HISTORICA DE LA INFORMATICA

Cada etapa o momento histórico tiene un matiz que le da un sobre-nombre y le encuadra y clasifica. Generalmente son los inventos que los científicos aportan como la ayuda a la Humanidad, aunque algunos de ellos supongan unos grandes ataques a instituciones, valores y a la misma naturaleza. Ha habido inventos progresivos que han facilitado las relaciones del hombre con sus semejantes, han aportado comodidades, han reducido distancias, han facilitado la información, han servido de difusión de cultura, han permitido visiones retrospectivas de la vida para reconstruir la Historia de los pueblos, pero también han hecho su aparición en los últimos tiempos unos avances tecnológicos que suponen graves atentados a la naturaleza, al hombre y a sus valores y derechos humanos de tal forma, como apunta DELIBES (1) que únicamente empleando la inteligencia y la razón, podremos escapar de la tremenda profecía de Roberto Rossellini cuando dice que «nuestra civilización morirá por apoplejía porque nuestra opulencia contiene en sí la semilla de la muerte».

Si hacemos un repaso muy somero de los *momentos estelares* de la Humanidad donde los inventos permitieron avanzar en una civilización necesitada de evoluciones, veremos las grandes aportaciones que supusie-

(1) DELIBES SETEIM, M.: «El sentido del progreso desde mi obra» (Discurso de recepción como Académico de número de la Real Academia Española, 1975).

ron el invento de la rueda, la imprenta, el teléfono, el telégrafo, la fotografía, el cinematógrafo, la luz eléctrica, la máquina de vapor, el transporte aéreo, etc. Iba a citar también el invento del plástico —era a la que me debo encuadrar— pero el plástico ofrece algunos servicios a cambio de muchos inconvenientes: es un gran elemento contaminador de la naturaleza (2). Frente a estas aportaciones, la tecnología ha llegado a la desintegración del átomo (la era atómica) y el espectacular avance de la informática, que suponen, como dice el autor citado, un progreso bajo el gran deseo de la dominación, pero que de una parte minimizan la consideración del hombre y, de otro, una agresión, un desvalijamiento y un envilecimiento de la naturaleza.

La etapa histórica que estamos viviendo está prácticamente dominada por la informática que viene impuesta por las urgencias de la vida moderna en su afán de subordinar lo importante a lo accesorio y lo urgente, y por la gran pereza que supone adentrarse en el estudio investigador. Bien es verdad que la investigación se hace cada vez más difícil a medida que las publicaciones, los estudios, la normativa y la jurisprudencia desbordan cualquier intento de trabajo serio y documentado.

Lo importante en estos momentos es la aplicación que la informática pueda tener en la institución registral y, para ello, conviene previamente señalar aunque solamente fuera en forma esquemática las ventajas e inconvenientes que puede ofrecer este invento de la tecnología avanzada. No sin antes reconocer la invasión del invento en cualquier medio de la vida social, pues ha logrado introducirse en el propio hogar como juguete y pasatiempo de muchos o como elemento de trabajo de otros.

A) SUS VENTAJAS

Quizá la gran ventaja que la informática lleve consigo es el gran poder que significa el suministrar una información o comunicación rápida y eficaz. En un libro que acabo de leer y cuyo autor es ROMEO CASANOBA (3) se dice por el autor que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación están siendo la fuente de modificaciones estructurales no sólo en nuestra sociedad, sino incluso en la civilización de los dos últimos

(2) Suelo contar cómo una vez compré una especie de tulipa de plástico para ponerla encima del espejo del cuarto de baño, me afeité y cuando miré para ella se había arrugado por el calor. Lo mismo sucede con el invento de la ducha que higieniza, pero como dice J. CERÓN, ya no nos permite distinguir a las personas por el olor. Margino lo del teléfono y el abuso de su uso.

(3) ROMEO CASANOBA, C. M.: "Poder informático y seguridad jurídica" (Premio Fundesco de Ensayo, 1988).

tercios del siglo XX. En efecto, mientras la revolución industrial del siglo XIX permitió sustituir de forma sustancial el trabajo físico del hombre por máquinas, en la presente centuria estamos presenciando el diseño de otra gran transformación radical: reemplazar determinadas funciones intelectuales del hombre gracias a estas nuevas tecnologías. Estamos, pues, sigue diciendo este autor, en la «*sociedad de la información*».

Este mismo autor señala, en el desarrollo y crecimiento de estas tecnología de la información, las siguientes ventajas y utilidades:

a) La ingente potencialidad para el almacenamiento de datos. Se trata de bancos de datos. Cuantos más datos absorba la máquina más robusta será la información.

b) La gran velocidad de sus operaciones, pues procesa los datos a tiempo real. Esta es quizá una de las mayores ventajas, muy de acuerdo con esa necesidad de urgencias en que la sociedad actual se mueve. El dato o los datos —la información, en suma— debe ser tenida en segundos para tomar la decisión, quizá también en segundos... Todavía en España hay regiones —afortunadamente— donde la calma reina sobre la prisa, y la filosofía del saber vivir, prima sobre el agobio de la urgencia.

c) La exactitud y fiabilidad de sus operaciones, siempre que sean correctos los datos de partida. Esta exigencia es fundamental y se enlaza con el gran inconveniente que luego resaltaremos.

d) Su extraordinaria adaptabilidad a las exigencias humanas. La época impone un ritmo de vida distinto al de hace años y el hombre necesita apoyarse en medios que le auxilien, que los ayuden a resolver esos problemas diarios que la vida moderna ofrece.

En esta misma línea y por el autor citado, se destaca cómo gracias a la telemática y otros recursos tecnológicos se han abierto las fronteras de los Estados, mediante el libre influjo transaccional de datos, de información. Los sistemas tradicionales de pagos e intercambio monetario bancario están siendo sustituidos por la «transferencia electrónica de fondos» (dinero electrónico). Igualmente las empresas de muy diversa naturaleza, comerciales y de servicios (Bancos, compañías de transporte de viajeros y mercancías, administraciones públicas, etc.) están utilizando estos medios. Piénsese en las tarjetas de crédito con banda magnética, los sistemas de videotex que van a permitir que desde el hogar se logren servicios de televenta y telecompra, telebanca, transferencia electrónica de fondos, etc. Sus aplicaciones al campo de la medicina (por ejemplo, el sistema de radiografías por el sistema de Scanner) a la fisiología, a la psicología, a la lingüística, etc., son otros tantos ejemplos de la extensión y utilidad del sistema. Una de las ramas de la cibernética, la biónica, se ocupa del desarrollo de equivalentes electrónicos de la neurona y de su utilización en

máquinas computadoras. Actualmente se realizan trabajos con máquinas capaces de interpretar el lenguaje, la escritura, las imágenes visuales e incluso de formular conceptos, según la cita de ALEXANDER BERG (4). Hay máquinas traductoras, reproductoras, calculadoras, correctoras de pruebas, lectoras, etc. YELENA SAPARINA (5) se preguntaba ante estos espectaculares avances tecnológicos: ¿serán las máquinas alguna vez tan «inteligentes» como para aprender a pensar?

B) SUS INCONVENIENTES

Si la información y la comunicación son los dos grandes motores que alimentan el constante perfeccionamiento de estos sistemas tecnológicos, el fundamental inconveniente que ofrecen es el control que sobre la libertad individual ejercen o pueden ejercer. ROMEO CASANOBA, antes citado, se pregunta: ¿Estamos en camino de pasar a convertirnos en ciudadanos «transparentes», a modo de escaparates de uno de los aspectos más preciados de nuestra personalidad? Si esto fuera así hay que tomar medidas urgentes para impedirlo y uno de los instrumentos más importantes para alcanzar ese objetivo —aunque no el único— es el Derecho. Vamos con la enumeración de inconvenientes:

a) Por lo que he podido comprobar uno de los más grandes inconvenientes de la tecnología informática es su vejez prematura. La ciencia, la informática, avanza tan rápidamente que en muy pocos años, quizá tres o cuatro, el sistema elegido se convierte en caduco e inservible. A mí me asombró —por ejemplo— el sistema registral «con apoyo electrónico» que en el año 1972 nos enseñaron con motivo del I Congreso Registral y yo ya —en la ponencia que llevaba y en otra posterior en el Congreso de Madrid— dije que aquel sistema había sido superado por nuevas técnicas y nuevos avances.

b) El uso incontrolado de la tecnología informática, en frase de MARTÍN PALLÍN (6), que afecta fundamentalmente a uno de los aspectos de la personalidad, cual es la vida privada o la intimidad. Pero a su lado el autor de la monografía antes citada, señala la delincuencia informática patrimonial, el fraude informático, manipulaciones en los cajeros automáticos mediante tarjetas provistas de banda magnética, la sustracción o copia de bases de datos o de programas, el espionaje y la piratería de

(4) ALEXANDER BERG, en la Introducción que citamos en la nota siguiente.

(5) YELENA SAPARINA: *El hombre cibernético*, BU Planeta, 1972.

(6) MARTÍN PALLÍN, en el prólogo de la obra de ROMEO CASANOBA, citada en la nota 3.

programas, sabotaje informático y agresiones al soporte material, etc. Este autor resume: la considerable incidencia por un camino u otro en el tráfico social ha puesto de relieve en las décadas pasadas la vulnerabilidad de esta tecnología ante su utilización abusiva como medio de control de los ciudadanos por las instancias poseedoras de las actuales fuentes de información, pero sobre todo, su vulnerabilidad en relación con el sistema de garantías propias de un Estado de Derecho.

c) Las enfermedades de las máquinas. YELENA SAPARINA, antes citada, dedica un capítulo de su obra a la comparación entre las enfermedades de los hombres y las de las máquinas y, con gran sentido del humor, rechaza la posibilidad de que el futuro de la medicina esté en las máquinas de diagnóstico. Pone muchos ejemplos, pero yo quiero destacar cómo el «ojo clínico» del médico es difícil que lo sustituya la máquina, pues si bien la máquina puede almacenar todos los síntomas que permiten detectar el cáncer, por ejemplo, también puede equivocarse. No hay que olvidar que en el campo del Derecho la escuela histórica utilizó el método «*dogmático de inversión*» y, situando en un lado los caracteres de los derechos reales y en otro los de los derechos de obligación, decidía cuándo estábamos ante uno u otro. Lo que sucedió es que esas figuras intermedias como el *ius in re*, *ius ad rem*, arrendamiento, opción, etc., quedaban sin encuadramiento posible.

Al lado de todo ello, hoy día se está detectando la existencia de un «virus informático» o «virus de los errores» que afecta al «diskette», pasando a la memoria y se sitúa en el disco duro contaminándolo. Una vez que se arranca la máquina —realizado el proceso de datos—, el virus se vuelve a instalar en la memoria, actuando de forma aleatoria sobre los documentos que son enviados a la impresora, en los que cambia o altera letras y números. Así lo explica FERNÁNDEZ-RÚA (7) refiriéndose a los especialistas del Instituto IRIS de Tel Aviv.

d) La fácil vulnerabilidad de la máquina y la gran posibilidad de que la información no sea completa y que no contenga los datos completos almacenados. Me aseguran —aunque no lo he experimentado— que introduciendo un imán puede borrarse toda la información, aunque quede, como es lógico, la copia de respeto. Pero aparte de ello existen manipulaciones fraudulentas a la entrada de datos («input»), en el programa, a la salida de datos («output») y manipulaciones a distancia, según nos cuenta ROMEO CASANOBA en su citada monografía.

No he creído nunca en las estadísticas —aunque políticamente en España están dando buen resultado— pues hay que partir de una verdad que normalmente no se dice, como tampoco se suministra a la máquina la

(7) FERNÁNDEZ RÚA, María, en *ABC* del 12 de septiembre de 1989

totalidad de los datos que se solicitan y así es muy difícil que este instrumento sirva, por ejemplo, para adoptar decisiones políticas o basarse en ellos para predecir acontecimientos futuros. Recuerdo que JIMÉNEZ LOZANO en un periódico contaba al filo del último cónclave para la elección de Papa que ningún ordenador americano dio ganador a Wojtyla.

He querido reducir los inconvenientes a cuatro, lo mismo que sus ventajas, pero hay muchos más inconvenientes: el impresionante costo de ordenadores y programas, la inadmisión de los registros informáticos como medios de prueba, salvo que sean reconocidos por el Juez, la deshumanización que el sistema supone, la especialización en la técnica informática, etc. Aunque un posible balance de ventajas e inconvenientes, sin proyectar aun la técnica informática en la institución registral, es evidente que es preciso frenar este considerable avance y concretarlo a sus debidos cauces, para evitar vivir en una sociedad «con apoyo electrónico» ficticio o, por lo menos, con grandes posibilidades de que lo sea. Esta idea, sin embargo, no está en el ánimo del ciudadano y menos en el del científico, pues el primero acepta el sistema con auténtica despreocupación y el segundo varía limitada su «expectativa de ganancia». Desde mi punto de vista contemplo apesadumbrado una posible sociedad futura sin papel, con vídeos y máquinas informáticas, en la que habrá que jugar al mus o al ajedrez en solitario. Eso es desmoralizador. De juguete casero con efectos retroactivos (como leer un periódico atrasado) se ha convertido en punta de lanza de aplicaciones incalculables en el campo electrónico: algo así como «En busca del tiempo perdido». ¡Una lástima!

II. LA INFORMATICA Y LAS CLASES DE REGISTROS

Siendo la institución registral un medio técnico de información y publicidad, lógicamente debería ser una de las más idóneas para la implantación de la informática o establecer la informática al servicio de la institución. No obstante, es preciso partir de las dos grandes clases de Registros, el administrativo y el jurídico, para poder resolver el problema, pues entiendo que no todos los Registros son aptos para aceptar en su integridad esta técnica informática. Puede valer como primera afirmación que no es posible su utilización plena en todos aquellos sistemas registrales en los que el Registro nos brinde una «seguridad jurídica» total a quien inscribe fiado en la publicidad que le ofrece. Es decir, todos aquellos sistemas que en fase evolutiva no hayan alcanzado esa meta, pueden servirse de la informática, pero no los otros. Creo que para ello hay que partir de la diferencia entre los Registros administrativos y jurídicos, aun-

que esta clasificación ha sido negada por muchos en base de razones más o menos aceptables. Mi postura es claramente positiva a este respecto y se apoya no sólo en la Constitución española (art. 105), sino en determinadas disposiciones como puede ser la Ley de Sociedades Laborales, la normativa que regula el Registro de Aguas, etc. Pero el argumento más definitivo que ha esgrimido en otra ocasión es el que se deriva de nuestra vieja exposición de motivos de la Ley de 1861, donde ya claramente se distinguían ambos Registros. Sin necesidad de copiar literalmente todo el párrafo que se refiere a ello, me limitaré a lo esencial:

«Sin negar que los Registros de la Propiedad y de las Hipotecas puedan y deban venir en auxilio de la Administración en las arduas tareas que para beneficio público le están encomendadas, cree que esto debe entenderse sin detrimento de los principios de justicia y sin *desnaturalizar* los Registros distrayéndolos de su verdadero objeto, que es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial y poner coto a fraudulentos engaños. Salir de ese terreno, considerar los Registros principalmente como un *censo de la riqueza inmueble*, dar intervención directa en ellos a la Administración conduce irremisiblemente a desconocer su carácter social, económico y *civil*, y a sacrificar lo principal a lo accesorio.»

Ante estos argumentos la doctrina va cediendo y admitiendo la distinción que hace años apunté en numerosas publicaciones (8) y que espero sea muy tenida en cuenta a la hora de posibles reformas sucesivas en las que el fenómeno informático está haciendo cosquillas a más de uno, que piensa como solución drástica, que eliminaría todo problema, la aceptación de la informática. Ello nos llevaría irremesiblemente a un Registro administrativo.

A) LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS

¿Qué es un Registro administrativo? Es un banco de datos, un fichero, un archivo, un almacén. Pero lo que le distancia del jurídico es que la publicidad o información que ofrece es una publicidad «noticia», que no produce efectos. Sus datos pueden ser un posible medio de prueba, pero desvirtuados por cualquier otro. Resulta curioso cómo la misma Constitución española al hablar de las «asociaciones» en el artículo 22,3 considera que «deben inscribirse en un registro a *los solos efectos de publicidad*». No

(8) Por no citar diversos trabajos presentados en varios Congresos Internacionales y otros estudios publicados en diversas revistas, me remito a mis dos últimas obras: *Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales*, 1987 y *Estudios de Derecho hipotecario*, 2.ª edición, 1989.

creo que a los redactores de la Constitución se les pasase por la imaginación identificar lo que ellos llaman «*solos efectos*» de la publicidad, con la publicidad técnica a que se refiere el artículo 9,3 al garantizar el principio de «*seguridad jurídica*». Hacer público una cosa no es lo mismo que valerse de esa publicidad para que la misma produzca una serie de efectos que garanticen el principio de «*seguridad*».

El Registro administrativo que sólo produce una publicidad «noticial» y que viene a ser una especie de inventario de cosas y personas, es apto a la recepción de un sistema informático que permita las clasificaciones, las correcciones y la salida de datos sin problemas jurídicos que puedan producir efectos negativos en terceras personas. No pasan de ser medios de prueba.

B) LOS REGISTROS JURÍDICOS

Los Registros jurídicos son otra cosa. Están basados en una publicidad «*efecto*» presidida por el principio de seguridad del tráfico jurídico y están asistidos por otros dos principios fundamentales la legalidad con su facultad calificadora y la publicidad que hace que el Registro sea exacto e íntegro, en forma provisional o *iuris tantum* o en forma definitiva *iuris et de iure*.

El objeto de la inscripción que es el dominio y los demás derechos reales exige para su publicación un riguroso control de validez del acto que los genera, lo cual se realiza —sobre todo en el sistema español— por el Registrador y bajo su exclusiva responsabilidad. Este control imprescindible para que los drásticos efectos que la publicidad produce tengan una base sólida en que apoyarse, dificulta enormemente la aplicación de una informática en el que el contenido del historial jurídico de la finca sea recibido en un soporte magnético expuesto a las contingencias que hemos señalado antes al apuntar los inconvenientes que no se entienden compensados con las ventajas.

Ni la máquina puede sustituir al hombre en su función del control de validez, de selección de lo real frente a lo obligatorio, ni en la misma —caso de que se llegase a esa posibilidad— cabrían en ella los múltiples casos que la realidad de la vida jurídica ofrece. Solamente como un «*elemento accesorio*» el sistema informático puede prestar un indudable servicio en la formación de índices, en los cálculos matemáticos de cantidades, en el seguimiento del documento, en la realización sobre los clásicos soportes de los libros de inscripciones los asientos correspondientes, en la formación de las estadísticas, en la rendición de cuentas de impuestos, etc.

III. LA INFORMATICA EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Resulta sumamente difícil decir algo nuevo en esta materia donde ya he aportado a diversos Congresos Internacionales varias comunicaciones (9) en las cuales venía a sentar la misma conclusión: solamente la informática y su técnica caben en el sistema español como «*elementos auxiliares*» de trabajo, pero no pueden sustituir el sistema actual so pena de convertirlo en uno de «transcripción». Creo que en una de las últimas comunicaciones citaba alguna frase o frases de J. PETER (10) que son el reflejo de lo que está ocurriendo en el sistema español: «Lo más difícil de aprender en la vida es qué puente hay que cruzar y qué puente hay que quemar» y aquellas otras que se refería cuando uno va en un caballo a galope y de repente se presenta el precipio: lo prudente es parar en seco el galope del caballo y ver si se puede salvar el precipio. Quizá esta sea la tónica que ha presidido los sucesivos avances de mecanización e informatización del sistema español, que adoptó la escritura a máquina o por otros medios mecánicos, los libros con hojas movibles, la fotocopidora, la mecanización de la publicidad formal, la formación de índices y el envío de los mismos a un Registro Central informatizado, etc.

Han sido avances pensados, graduados y, sobre todo, aceptados tanto en cuanto no pueden dañar la naturaleza del sistema y la esencia del mismo. En la última Asamblea General del Cuerpo del año 1988 se propuso la instalación de un ordenador en todos y cada uno de los Registros con capacidad para realizar las siguientes operaciones auxiliares: índices de personas y fincas, seguimiento de documentos, gestión económica, estadísticas y tratamientos de textos. En el fondo, lo que he apuntado anteriormente. A esto se añadió la instalación de un Telefax en todos y cada uno de los Registros con la intención de que el mismo sirva de vehículo para la presentación de documentos. Aparte de reseñar los diferentes ordenadores que pueden servir para todo ello, se estudian las funciones registrales susceptibles de informatización como son las ya dichas, el tratamiento de recuperación de datos registrales por medios informáticos, la microfilmación, las ventajas del sistema de carpetas, el sistema

(9) CHICO Y ORTIZ, J. M.: «Presente y futuro del principio de calificación registral» (Primer Congreso Internacional, Buenos Aires, 1972), «Base física de la finca y mecanización del Registro» (Segundo Congreso Internacional, Madrid, 1974), «Relaciones entre el Registro y el Catastro» (Cuarto Congreso Internacional, México, 1980), «Tecnología y reconversión registral» (Sexto Congreso Internacional, Madrid, 1985), «Cibernética, Derecho y Registro de la Propiedad» (Conferencia en el Seminario de Derecho hipotecario de Extremadura, 1974, en colaboración con J. GARCÍA VALDECASAS), etc.

(10) J. PETER, Dr. LAURENCE: *El Plan de Peter, El principio de Peter y Las fórmulas de Peter* (Una propuesta de supervivencia), Plaza y Jané, 1984.

digitalizado de conservación de archivos, la conexión entre los distintos Registros y el Servicio Central de Índices, etc.

Como se ve la tendencia es ir aceptando todos aquellos elementos que puedan facilitar y agilizar la realización de las operaciones materiales del procedimiento registral. Estudiar aquí cada una de ellas sería excederse de los límites que me he impuesto y, por ello, entiendo que solamente cabe apuntar alguna idea sobre la pretendida instalación del Telefax. Yo he visto funcionar el aparato y entiendo que puede servir para todo, menos para hacer una presentación documental en el Libro Diario con visos de credibilidad. El Telefax —aparte de que muchas veces cuesta reconstruir lo que pretende transmitir— es una enorme tentación de falsificación documental. Por ello, y por otras muchas razones, creo que el asiento de presentación que pueda practicarse por la documentación que el mismo envía debe ser «*provisional*» con la duración precisa para que pueda confirmarse con la presentación de la documentación original o cancelarse si la misma discrepa de la enviada. El respeto que merece la función calificadora y la posible responsabilidad del que la ejerce así lo aconseja. Y dicho esto pasemos a examinar los dos grandes impedimentos que hacen inviable la aceptación plena del sistema informático: la calificación y la responsabilidad, aparte de la esencia del sistema.

A) LA FUNCIÓN CALIFICADORA

Todos sabemos que la función calificadora en un sistema de *transcripción*, idóneo para ser informatizado plenamente, es mínima o inexistente: el documento se compara con la instancia y si coinciden se transcribe. Esto es en general, pues en sistemas que aceptan esta forma de organizar y llevar el Registro existen algunas variantes. Son Registros que están bordeando el calificativo de «*administrativos*» donde no existe la «inexactitud e integridad registral» ni legitimación, ni fe pública y, por ello, el que adquiere confiado en lo que el Registro publica no es mantenido en su adquisición, como en los jurídicos.

Para que estos drásticos efectos justifiquen el principio de la seguridad en el tráfico jurídico es preciso que tengan el control de la calificación que no puede detenerse en las circunstancias puramente formales del documento, sino que es preciso llegar al fondo del mismo para averiguar la validez del negocio que hace surgir el derecho que ha de inscribirse. No voy a caer en la tentación de tratar de encuadrar la función calificadora del sistema español, pues son muchos los trabajos en los que me ocupo del

tema (11) y de ahí que ahora lo que interesa es averiguar el contenido de esa actividad que constituye uno de los peldaños fundamentales del procedimiento de registración. HERNÁNDEZ GIL (12) apuntó los tres aspectos en lo que se desarrolla la actividad: interpretación, calificación y establecimiento de consecuencias jurídicas. Sin perjuicio de ello y partiendo de que la máquina pudiera dejar de ser «estúpida», convertirse en inteligente y llegar a pensar, sería difícil sustituirla por la labor personal, aun cuando el proceso esté basado en la lógica. Se habla en la actualidad de máquinas capaces de interpretar el lenguaje, la escritura, las imágenes visuales e incluso de formular conceptos, pero así todo en la labor calificadora hay tantos matices y tantas valoraciones que difícilmente la máquina puede abarcar todas ellas. Veamos, en un esquema rápido, la actividad que implica la función calificadora:

a) *Adecuación de la realidad jurídica con la registral.* Frente al documento que contiene el negocio creador del derecho que se va a inscribir la primera actividad del Registrador es averiguar si el mismo figura inscrito y a nombre de quién está. Ello es la gran exigencia que imponen los principios de tracto sucesivo, de legitimación y de especialidad.

Es indudable que estas labores sí pueden ser suplidas por la máquina. Un gran fichero no solamente de personas, sino de fincas permite la identificación de aquéllas y de éstas. En este sentido es importante la actividad informática ya que basándose en ella y trabajando conjuntamente con la institución catastral podría llegarse a un pleno paralelismo entre Registro y Catastro.

La verdad es que esta primera fase se basa en operaciones materiales de identificación y de ahí que, aunque es fundamental y forma parte de la calificación, pueda tener el elemento auxiliar de la informática.

b) *Labor jurídica de fondo y legislativa.* Si en el sistema español jugara el principio del *numerus clausus* y si la vida jurídica no ofreciera la posibilidad infinita de modalidades contractuales y situaciones diferentes, quizá la máquina podría tener su entrada mediante lo que antes apuntamos: el método dogmático de inversión (dadas estas premissas, estas son las consecuencias). No es así. Aquí hay que averiguar, negocio por negocio, acto por acto, la validez de los mismos, la observancia del principio de legalidad y la separación de lo que es real de lo que sólo tiene efecto entre las partes.

(11) CHICO Y ORTIZ, J. M.^a: «La función calificadora: sus analogías y diferencias con otras» (Cuarto Congreso Internacional, México, 1980), «Grandeza y servidumbre de la función registral» (Conferencia en el Ateneo Hispano-Rioplatense de Derecho Registral, 1981) y «Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales» (Madrid, 1987).

(12) HERNÁNDEZ GIL, A.: *El Abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, 1975.

No cabe duda que en esta labor la máquina puede ofrecer un auxilio en materia de legislación, jurisprudencia y doctrina, suministrando los datos precisos a tener en cuenta para la decisión final, basada previamente en una interpretación de todo ello. La decisión final, esto es, el establecimiento de consecuencias jurídicas está fuera del alcance de la informatización, ya que sólo con pensar que los defectos o las faltas pueden ser «*subsanales o insubanales*», hace descartar cualquier intento de acercamiento a la informática, ya que la diferenciación de una y otra por sus efectos es clara, pero no ofrece unos criterios previos, pues la decisión del Registrador se realiza caso por caso y supuesto por supuesto. Los intentos doctrinales para llegar a una «*teoría general*» de la diferenciación entre faltas subsanales e insubanales ha tropezado siempre con la variedad del problema que se ofrece. Es decir, no estamos ante una jurisprudencia de *conceptos*, sino ante una de *problemas*.

c) *Labor creadora*. Aparte de la actividad registral hecha realidad en lo que yo he llamado «*calificación anticipada*» aconsejando la forma y manera en que se debe estructurar el acto para ser inscrito en el Registro y esa actividad de emitir informes acerca de la situación jurídica de una finca, el Registrador al extraer el título que se le presenta a inscripción «*construye*» el asiento que va a reflejar el derecho inscrito. No es una construcción arbitraria, sino una construcción meditada, donde aparte de las circunstancias físicas de la finca y de la titularidad ha de hacer constar —y para ello comprobar— las posibles cargas que afectan al derecho y reflejar en el fondo de la inscripción las diferentes modalidades del negocio jurídico en cuanto puedan tener transcendencia real.

No cabe duda que hay inscripciones u otros asientos que suelen tener semejanza y las variaciones son mínimas, pero a su lado surgen infinidad de casos que exigen una labor minuciosa de selección. A la máquina, para que lo transcriba, habría que darla el modelo, pero como estos son imprevisibles habrá que esperar a que «piense» y «razone». La Resolución de 26 de octubre de 1973 habla de la labor creadora realizada por órganos cualificados como son los Registradores.

Todo ello nos lleva —afortunadamente— a rechazar el uso de la informática. Y creo que incluso en aquellos sistemas donde el asiento se realiza por medio de encasillado, sería difícil la admisión de la máquina. Solamente los que aceptan la «transcripción» del documento son propicios a la total mecanización o informatización. Pero, como hemos dicho, ello acarrearía en el sistema español el tránsito de un Registro jurídico a uno administrativo.

B) LA RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR

Entiendo que el sistema español que impone al Registrador la responsabilidad frente a su actuación es la grandeza de la función, más que la servidumbre de la misma. Y digo esto porque la responsabilidad hace independiente la función y además personal. Ello, por supuesto, exige una especialización y un conocimiento del Derecho para poder sostener su decisión. En esto hay otro gran argumento para señalar diferencia entre los Registros administrativos y los jurídicos, pues en los primeros la responsabilidad subsidiaria del Estado quita «celo» a la actividad del funcionario, aparte de que en ellos no existe función calificadora.

En un esquema muy sintético vamos a ver las diferentes responsabilidades en que puede concurrir el Registrador español en su función calificadora, sobre todo en relación con el proceso informático en su aceptación parcial, como elemento auxiliar. Antes hemos apuntado los dos momentos en los que la máquina juega un papel especial: la introducción de datos y la salida de los mismos. No hace mucho, en una reunión habida en Madrid a la que asistieron muchos Registradores de la Comunidad Europea, hice una pregunta a uno de ellos en relación con la publicidad formal basada en el juego de la informatización. ¿Cómo se regula la responsabilidad del Registrador en la expedición de certificaciones? Y la contestación fue: si presencia la entrada de datos responde. Pero a mi entender creo que es tan importante el control de la entrada, como el de salida. Es más, entiendo que el de la salida es crucial para medir la responsabilidad, pues teniendo en cuenta todos los posibles ataques, agresiones, delitos, manipulaciones, piratería, etc., que sufre la informática, la labor registral tendría que extremarse en el decisivo momento de la salida de la información que es la que va a reflejar la certificación registral. Y si para evitar todo fallo que puede generar responsabilidad es preciso el cotejo y la comprobación, deja de ser útil y aconsejable la informática que remedia urgencias, pero que puede provocar graves consecuencias. En el marco normativo la responsabilidad registral es preciso destacar el artículo 106,2 de la Constitución española donde se concede a los particulares «el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». Apurando un poco la dicción constitucional habría que pensar en que esa responsabilidad no alcance al Registrador, ya que si bien presta un «servicio público», el Registro no es nunca un «servicio público» en contra de lo que ha venido opinando LÓPEZ MEDEL (13), pero partiendo del principio de responsabilidad del

(13) LÓPEZ MEDEL, J.: *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, Madrid, 1959.

artículo 1.902 del Código Civil y rechazando la responsabilidad «*contractual*» y el sistema de responsabilidad «*subsidiaria*», el cuadro que presenta la legislación es el siguiente:

a) *Responsabilidad civil*. Es la derivada de la responsabilidad «*extracontractual*» que exige la existencia de un acto humano, ilicitud y la existencia del daño. Las causas las enumera el artículo 296 de la LM y se basan en los errores, inexactitudes, así como los casos de malicia o negligencia del Registrador (art. 297 LM).

b) *Responsabilidad penal*. Que puede ser exigida al Registrador en base de la existencia de un delito o falta cometidos en el ejercicio de sus funciones. Las causas que pueden dar lugar a esos delitos, por lo que al tema tratado se refieren, son los de falsedad en documento público, infidelidad en la custodia de documentos, etc.

El problema está en si cabe hablar de delito y, por tanto, de responsabilidad penal, en los casos de manipulación de datos o del programa. Parece ser que el delito que más encaja en estos casos es el de falsedad en documento público, según apunta ROMEO CASANOBA en su monografía tantas veces citada. En todo caso —como dice el autor señalado— sería preciso que los datos se incorporen a un soporte (en este caso la certificación registral), que la manipulación deba ser atribuida no al ordenador, sino al autor de la manipulación, que los datos se incorporen al tráfico jurídico y que el delito revista alguna de las modalidades de que habla el artículo 302 del Código Penal (entre ellas está la «aseveración de lo que no es verídico, aunque el documento sea legítimo»). Para la tipificación y existencia del delito se exige un elemento intencional (intención de producir un perjuicio) y la existencia de ese perjuicio. En suma, que en nuestro Derecho positivo no existe una garantía real de incriminación general de todas las conductas de manipulación de datos informatizados.

El problema está en si la responsabilidad penal —caso que se diera el supuesto— es o no personalísima y entendemos que si lo es de tal forma que el Registrador nunca respondería penalmente de la posible actuación de sus oficiales y empleados, pues los artículos 292 y 299 de la LM solamente se refieren a las «*indemnizaciones y multas*».

La verdad es que en las propuestas de la Asamblea General solamente se contemplaba la formación del personal de los Registros a través de unos cursos de informática, sin que para nada se hable del manejo de la máquina por el Registrador, lo cual reduce considerablemente las sospechas sobre el posible autor de la manipulación.

c) *Responsabilidad disciplinaria*. Esta materia que es totalmente ajena al tema que contemplamos está regulada por los artículos 563 a 584 del RM, recientemente reformados por el Real Decreto 1526/1988, de 16 de diciembre.

De todo lo dicho se deduce que la actividad registral a través de la cual se hace efectiva la calificación está íntimamente unida a la responsabilidad y, de ahí, que ésta sirva de acicate para que aquella se ejerza en toda su pureza, fiabilidad y objetividad, pues aparte de que si no fuera así surgiría la responsabilidad, es preciso tener en cuenta que el principio de la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario exige una diligencia extremada en su ejercicio. Si el sistema informático se introduce en su plenitud sería injusto mantener en un Registro «administrativo» de transcripción esa responsabilidad. Y si se mantiene el Registro «jurídico» y se va más allá de lo que permite el sistema brindaríamos grandes posibilidades de que la calificación no fuera viable y que la publicidad formal adoleciese de una serie de lagunas que convirtiesen los pocos casos de responsabilidad en la regla general. Terminemos, por tanto, con la famosa frase de mi paisano MIGUEL DELIBES (14) al considerar que todo avance lleva consigo un retroceso, lo mismo que la escopeta: mata, pero da el culatazo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad

RESUMEN

El trabajo ofrece tres partes en las que se desarrolla la relación de la informática con el Registro de la Propiedad:

— En la primera se estudia el fenómeno de la informática y su influencia en la vida actual, al mismo tiempo que se señalan las ventajas de su utilización y los grandes inconvenientes que ello supone. Todo en una forma general.

— En la segunda parte ya se plantea en forma directa la posible aplicación de la informática en forma plena o menos plena a la institución registral. Para ello se parte de la base de la diferenciación de las dos clases de Registros (administrativos y jurídicos) y la imposibilidad de aplicación a los últimos, salvo en forma auxiliar.

— En la tercera parte se hace una historia de la evolución del sistema español en orden al fenómeno informático y se estudian en profundidad los dos grandes obstáculos que se oponen a su admisión plena: la función calificadora, de difícil sustitución por la máquina, y la responsabilidad personal del Registrador en su triple dimensión: civil, penal y disciplinaria.

(14) MIGUEL DELIBES SETEIM, obra citada en la nota primera.

DICTAMENES Y NOTAS

Capitalismo, burguesía y Código Civil

Se conmemora el centenario de la promulgación del Código Civil. Y al hilo de su significado evocador, trataré de analizar brevemente los presupuestos ideológicos que rodearon su formación.

El Derecho es una categoría instrumental destinada a promover o mantener un determinado orden de convivencia. El modelo social correspondiente a cada etapa histórica es la resultante de la lucha entre las diversas fuerzas que componen las estructuras generales de poder en una sociedad determinada. Estructuras de poder enormemente complejas, que van desde las fuerzas económicas al control político, desde las presiones ideológicas a las pautas morales, desde las posiciones éticas y los sistemas de valores hasta los patrones religiosos y los complejos de creencias.

El orden jurídico, por tanto, traduce y representa la posición relativa de las fuerzas sociales en presencia; se aparece como superestructura de la realidad cultural; y en gran parte es promovido, otorgado o mantenido por las fuerzas sociales dominantes.

En este sentido, la Codificación puede ser definida —siguiendo a TARELLO— como el proceso cultural o histórico que hace posible la tecnificación de la ciencia jurídica y de la actividad profesional de los juristas, mediante la promulgación de un Código. Es decir, de un cuerpo organizado de leyes, de un documento jurídico coherente y sistematizado, dotado de unidad material y con una reglamentación total.

Ideológicamente, el movimiento codificador deriva del iusnaturalismo racionalista. Y políticamente se pondrá primero al servicio del absolutismo ilustrado para pasar más tarde a servir el nuevo orden social impuesto por *las revoluciones liberal-burguesas*.

De aquí que debamos hacer unas breves consideraciones en torno al racionalismo jurídico, para tratar después de distinguir entre las codificaciones del absolutismo ilustrado (Austria, Prusia o Baviera), y las codificaciones liberales de tipo latino (Francia, España, Italia o Portugal).

El iusnaturalismo racionalista —dice ELÍAS DÍAZ—, surge en la praxis histórica como reacción de rechazo frente a los efectos devastadores de las guerras de religión que asolaron Europa. Como búsqueda de un sistema de valores en que todos los hombres pudieran concordar con independencia de su credo religioso. Para ello implicaba secularizar las sociedades, reivindicar una ética libre de condicionantes religiosos, asumir y reconciliarse con la realidad de la naturaleza humana, recabar para el presente una felicidad que la teología remitía a la ciudad eterna, y hacer de la razón —una razón laica y desacralizada, el instrumento fundamental para la convivencia y el progreso humanos.

El orden jurídico se emancipa así del derecho divino. A partir de ahora, será la naturaleza racional del hombre y no la ley eterna su fundamento legitimador. La ley natural —escribe GROCIO—, está siempre presente aún en el supuesto de que se admitiese que no existe Dios o que éste no se cuida de los asuntos humanos, las leyes, para MONTESQUIEU, son, en definitiva, «las relaciones que se derivan de la naturaleza de las cosas».

El racionalismo jurídico implicaba, por tanto, la creencia en un derecho universal e inmutable, fundado en la razón natural y autónomo frente a la voluntad divina. Y los juristas se sintieron lógicamente llamados a descubrir y explicar las leyes universales del derecho natural, y a construir deductivamente a partir de ellas, un sistema jurídico, que desde unos principios generales racionales y evidentes, descendiese hasta abrazar la totalidad del orden positivo legislado.

La codificación, en cuanto proceso de ordenación sistemática del derecho enlaza así directamente con el racionalismo jurídico. La propia Comisión redactora del Código francés afirmaba en el acto de su presentación que «existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas, que no es otro que la razón natural en tanto que gobierna a todos los hombres». En definitiva, como señala LEGAZ: «La Codificación presupone conceder en el campo de la elaboración jurídica una primacía al factor racional e intelectual, descubrir lo que es de razón y darle realización sistemática».

Históricamente, como decíamos, los primeros intentos codificadores, que WEBER tipifica como principesco-patrimoniales, corresponden a las monarquías ilustradas del XVIII. La sociedad estamental y la organización feudal habían provocado un particularismo jurídico exacerbado. El derecho privado sobrevivía confusamente en medio de una complicada trama de privilegios señoriales y municipales, agobiado por multitud de jurisdicciones en conflicto, atrapado por una red inacabable de leyes y disposiciones contradictorias y encontradas.

El absolutismo ilustrado perseguía una política reformista, utilitaria y pragmática, dentro de un marco de coherencia y unidad. Demandaba una

fuerte concentración de poder en manos del monarca y precisaba de una burocracia vigorosa y eficiente. Las codificaciones dieciochescas, por tanto, pretendían fundamentalmente la organización racional del derecho, la selección y sistematización del material legal, la unificación y centralización del ordenamiento jurídico y la simplificación y claridad en los procedimientos de aplicación del derecho. Se piensa, como señala WEBER, que «el derecho debe despojarse de su cualidad profesional y ser estructurado de tal suerte que no sólo los funcionarios, sino principalmente los súbditos, puedan ilustrarse, sin ayuda de nadie, acerca de su situación jurídica. Una administración de justicia, limpia de sutilezas jurídicas y de formalismo, orientada hacia la realización de una justicia material es inherente a todo patriarcalismo principesco».

En suma, las codificaciones ilustradas se diferencian netamente de los textos liberales, en su forma, en su fundamento y en sus fines: En la forma, la variedad de estatutos jurídicos, la pluralidad de sujetos de derecho y la complejidad de la sociedad estamental, les impone una menor racionalidad y un grado más débil de sistematización. Su fundamento será todavía la voluntad soberana del príncipe, porque el tercer estado y la soberanía popular no han hecho aún irrupción en la vida política. Y sus fines serán más limitados porque todavía no ha sido alumbrado el nuevo orden, y sólo se pretenden y desde arriba, reorganizar y reformar una vieja sociedad que se va desmoronando lentamente.

Ello no impide que la codificación ilustrada cuente desde luego con el apoyo incondicional de las clases burguesas. Porque en ella coinciden las ideas ordenancistas y centralizadoras del príncipe y las apetencias de poder de los funcionarios burocráticos, pero también los intereses económicos de la burguesía, que reclama un derecho racional e inequívoco.

Desde finales del siglo XVIII, la sociedad señorial, absolutista y estamental del Antiguo Régimen, irá siendo sustituida por el nuevo modelo social impuesto por las revoluciones liberal-burguesas. Una revolución que se articula jurídicamente a través del estado formal de derecho, se decanta económicamente hacia el capitalismo liberal, y se estructura moralmente a medio del espíritu burgués-capitalista. Analicemos brevemente estos tres aspectos:

El Estado de derecho implicaba la atribución de la soberanía en favor del pueblo, la organización de la vida política a través del esquema funcional de la división de poderes, la garantía por el Estado de la propiedad, la libertad y la seguridad en cuanto derechos fundamentales, y el sometimiento de la comunidad estatal a una ley última y superior representada por la Constitución.

En la realidad histórica, este modelo tuvo una aplicación puramente

formal. El viejo ideal revolucionario de la igualdad fue abandonado en la práctica, los mecanismos electorales excluyeron de la vida civil a grandes masas de ciudadanos y se configuraron al exclusivo servicio de las oligarquías, y la acción tutelar del Estado se centró de hecho en la defensa de la clase propietaria y los detentadores del poder económico.

Ello no obstante, la trama política del Estado liberal supuso una indudable conquista frente a los regímenes absolutistas anteriores y representó un primer paso, y nada desdeñable, en el largo camino hacia la democracia material y el estado social de derecho.

El modelo formal del capitalismo liberal hacia el que se decanta el nuevo orden, se construye en torno al principio de libre empresa y el derecho absoluto de propiedad; un mercado nacional y libre, regido por la regla de la competencia perfecta y la libertad de contratación; una política económica basada en el equilibrio espontáneo del mercado, y prevalencia total de la iniciativa privada, exenta de cualquier injerencia o intervención del estado.

Por último, la configuración moral de la nueva sociedad encuentra sus fuentes primarias en el espíritu capitalista. Un espíritu que SOMBART, concibe como resultado de la asociación del espíritu de empresa y el espíritu burgués: «El espíritu de empresa —nos dice— es una síntesis de codicia, aliento aventurero, afán descubridor. El espíritu burgués se compone de prudencia reflexiva, circunspección calculadora, ponderación racional y sentido de orden y economía. En el tejido policromo del espíritu capitalista —termina— el espíritu burgués representa la trama de algodón y el espíritu de empresa la urdimbre de seda».

El estado liberal de derecho, decíamos, se construye jurídicamente a partir de una norma primaria y superior, la Constitución. Por ello, muy diversos autores han destacado el paralelismo entre la codificación civil y la codificación constitucional.

SOLARI afirmaba que corresponde a los códigos en el campo del derecho privado la misma función que la Constitución asume en el ámbito del derecho público. Si ésta tendía a garantizar la libertad política de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, la codificación tiende a asegurar la libertad civil del individuo en su vida privada contra la indebida injerencia del poder político.

De modo más completo, TARELLO destaca la forma en que este paralelismo es entendido desde las diversas posiciones ideológicas en presencia:

a) Desde el punto de vista liberal, a la Constitución liberal se corresponde un Código Civil vinculado a la tutela del propietario y a garantizar la libre disponibilidad de la propiedad y la iniciativa económica privada.

b) Desde una óptica corporativista se piensa que el proceso constitucional habría tendido a garantizar directamente la libertad política del ciudadano abstracto contra la intervención del Estado, destruyendo los cuerpos o comunidades mediadoras. Igualmente, los códigos burgueses, en el campo del derecho privado, vendrían a tutelar al ciudadano frente a las ingerencias del poder político, eliminando también las sociedades naturales intermedias.

c) Y, en fin, desde una ideología socialista se ha visto asimismo una identidad funcional entre las constituciones y el proceso de codificación civil. La Constitución, a través de las instituciones de derecho público burgués, distribuyen una igualdad política formal; la codificación civil, por medio de las instituciones de derecho privado burgués implica igualmente la distribución de una igualdad civil y económica puramente formal. En ambos casos se enmascara la desigualdad real en que económica y jurídicamente se halla sumida la gran masa de ciudadanos.

De cuanto queda dicho, pueden ya desprenderse las características esenciales de las codificaciones liberales. En mi opinión, pueden resumirse del siguiente modo:

Primera.—Los códigos se presentan como un producto racional, cuyo contenido deriva exclusivamente de la naturaleza y la razón humanas.

El nuevo orden, que ha sido secularizado y que ha roto con el viejo estado, no puede ya fundar su derecho en la tradición histórica ni en la revelación religiosa. Ni siquiera debería hacerlo apoyándose en la voluntad general porque el sistema ha excluido de la vida política a grandes masas de ciudadanos.

El derecho se legitima ahora por sí mismo, en cuanto es expresión de la ley natural entendida como naturaleza y razón, en cuanto se corresponde con la verdad inmutable de la naturaleza y de la lógica. Y de aquí que haya podido hablarse de la «teatralidad epigramática» con que se revisten algunos preceptos de nuestros códigos (así en el español los arts. 348 ó 1.255), que aparecen formulados como solemnes sentencias condenatorias de la irracionalidad de todo lo que a ellas se oponga o contradiga.

Segunda.—La racionalidad aparente de los Códigos es fundamentalmente la racionalidad de la burguesía que protagonizó el cambio social. Esa racionalidad que trata de presentarse como derivada del derecho natural de todos los hombres, representa prioritariamente «el derecho natural de los intervinientes en el mercado como interesados en la aprobación definitiva de los medios de producción». Como denuncia crudamente SALVIOLI, «Los intereses del grupo social más poderoso son proclamados concomitantes del bien general y erigidos en fin último del Estado».

Tercera.—Los Códigos suponen la implantación del modelo de legislador racional. Y de ello pueden deducirse diversas consecuencias:

a) La pérdida del sentido crítico de los juristas, su tendencia a admitir *la legitimidad* de las normas formalmente otorgadas. La codificación —dice TARELLO— conduce a la tecnificación de la profesión jurídica, contribuyendo así a irresponsabilizar en sentido político al jurista, orientándolo a una actividad técnica y no valorativa. Diríamos que el jurista pierde el norte comprometido de la justicia y se entrega cómodamente a la deriva del ordenamiento legislado.

b) La propensión al estudio del derecho en forma dogmática, aceptando acríticamente el derecho positivo y abdicando frente a él de toda discrepancia valorativa.

c) La tendencia al positivismo legalista que reduce el orden jurídico al orden estatalmente legislado, admitiendo como legítimo todo derecho formalmente otorgado.

Estas afirmaciones, no obstante, deben ser matizadas. Es cierto, como veremos, que la codificación ha tendido a evitar la creación judicial del derecho y a reducir a los juristas a una función puramente técnica y artesanal. Pero aún durante las etapas más crudamente positivistas, la sensibilidad de los juristas ha permanecido abierta a los problemas, siempre recurrentes, de la justicia y los valores. Y la voz de jurisconsultos y abogados no ha estado ausente de los movimientos populares, de los procesos revolucionarios o de las luchas reivindicativas.

Más bien ha ocurrido que el racionalismo de los Códigos ha puesto sobre el tapete la cuestión del estatuto científico del derecho. Ha habido una exagerada preocupación por construir una ciencia jurídica y justificar el carácter científico del derecho. Y los juristas, apegados a un específico concepto de ciencia, han huido, por irracional, del mundo ético y valorativo, para refugiarse en la racionalidad neutral del ordenamiento positivo, pensando que con ello podrían conquistar un lugar en el seno de la comunidad científica.

Cuarta.—Los códigos implican la simplificación, la centralización y la estatalización del derecho:

a) La simplificación se hace ahora posible, a diferencia del Antiguo Régimen, porque la revolución liberal permite construir el orden jurídico privado a través de un armazón extremadamente simple: Los individuos, iguales ante la ley, como sujetos de derecho; la familia nuclear proyectada hacia el exterior por medio de su patrimonio; la propiedad como derecho fundamental libre, absoluto y pleno, y el mercado como instrumento de socialización, ajeno a toda injerencia estatal y acogido al principio de libertad de contratación.

b) Los códigos nacen también con una clara vocación centralizadora. GARAGURRI fundamenta el centralismo del estado liberal en el centralismo jacobino, se trata de garantizar las libertades poniéndolas al amparo de las leyes generales del poder central. Pero también es cierto que en esta tendencia centralizadora de los códigos juega un importante papel la necesidad económica de conseguir un mercado único y nacional.

c) Los códigos tratan de asegurar el monopolio del Estado en la creación del derecho, mediante la expulsión de la costumbre y la limitación de los poderes judiciales. Pero esta afirmación, muy generalizada en la doctrina, debe ser a mi juicio matizada. De un lado, hay códigos como el español, cuyo artículo sexto reconocía expresamente la insuficiencia de la ley, y por la vía de los principios generales dejaba un amplio margen a la creación judicial del derecho. Y de otro, y esto es más importante, los códigos liberales, inspirados en el principio de libertad de contratación, facultaban a las partes para convenir libremente los pactos, cláusulas y condiciones que tuvieran por conveniente. Y esto supuso de hecho entregar a los contratantes un poder normativo, añadir al catálogo de fuentes formales una nueva fuente material, representada por la fuerza normativa de los contratos. Fuerza, por cierto, de la que hoy se hace uso constantemente por las grandes empresas a través de los contratos de adhesión y las condiciones generales unilateralmente impuestas.

Quinta.—Los códigos tienden a limitar el estatuto de jueces y juristas. Herederos en definitiva del despotismo ilustrado manifiestan una clara desconfianza hacia las sutilezas jurídicas y la creación judicial del derecho. Los códigos se consideran autosuficientes y demandan un respeto casi reverencial para el texto de la ley y la intención del legislador. Jueces y juristas deben limitarse a subsumir los hechos en la norma, aplicando los preceptos en forma mecánica y bajo un procedimiento deductivo.

Me parece interesante, al respecto, retener tres ideas:

a) Que frente a este limitado estatuto, defendido por la Escuela de la Exégesis, opondrá la Escuela Histórica una concepción dignificadora del jurista, en cuanto intérprete del célebre «Volkgeist», del espíritu popular y la convicción jurídica del pueblo.

b) Que los jueces continentales permanecen fuertemente apegados al esquema de neutralidad preconizado por los códigos: La ley es la ley, como tal debe aplicarse, cualquiera que sea mi juicio acerca de su justicia intrínseca.

c) Que la codificación facilitó la escisión de los juristas en dos castas: La casta dogmática de los juristas académicos y la casta profesional de los juristas prácticos. Lamentablemente ambas siguen aún mirándose con desconfianza.

Sexta.—Los códigos contribuyen decisivamente al logro de la seguridad jurídica, si bien las condiciones sociales y económicas del XIX, hacen de esta seguridad un instrumento y una garantía al servicio de las posiciones de poder.

Conviene aclarar no obstante en este punto, que la codificación no es un proceso técnico que se derive necesaria o superestructuralmente del capitalismo o el liberalismo económico. Como anotaba WEBER comparando el derecho continental con el derecho anglosajón, no codificado, el capitalismo es perfectamente capaz de desarrollarse, y de hacerlo en idéntica forma, bajo ordenamientos radicalmente distintos en su contenido y en su estructura formal.

Séptima.—Los códigos adoptan una posición moderada frente a los radicalismos de la revolución de que traen causa: Herederos ciertamente de la revolución, diríase que la aceptación sólo a beneficio de inventario. Tal es el sentido de la amarga denuncia de SALVIOLI, referida al Código italiano que «ha dejado el derecho privado casi como se encontraba, reformándolo sólo en los puntos que debían servir para la rápida conquista de la riqueza». En realidad se sienten dados para una sociedad estabilizada, cansada de los excesos revolucionarios. Son códigos hechos «para una sociedad fatigada por las utopías de la revolución». Y suelen utilizar como contradictoria coartada el modelo histórico-constitucional, la necesidad de enlazar y conectar con el derecho histórico. Y este es, como veremos, el significado real de la base primera de nuestro Código.

Hemos analizado hasta aquí las líneas generales del proceso codificador. Pasaremos ahora a estudiar esquemáticamente las particularidades ideológicas del Código Civil español.

A lo largo del siglo XIX, desde las Cortes de Cádiz a la Restauración borbónica de 1874, la burguesía española despliega una acción transformadora y revolucionaria, que destruye la organización estamental del Antiguo Régimen y establece un nuevo modelo social, basado en el liberalismo político y acogido a los principios económicos capitalistas.

En este marco se produce la transformación del régimen de propiedad de la tierra y el establecimiento de un mercado nacional y libre del calor de las nuevas libertades económicas.

De un lado el régimen jurídico de la tierra se transforma por medio de la abolición de los señoríos, la política desamortizadora y la supresión de mayorazgos y vinculaciones. Y de otro, se dictarán numerosas disposiciones tendentes a canalizar las relaciones de producción e intercambio, según el modelo formal del liberalismo económico: Protección de la propiedad, restricciones a la potestad expropiatoria, establecimiento de garantías registrales que posibiliten la circulación y el crédito inmobiliarios; libertad de contratación, de cultivos, de precios; supresión de las aduanas interio-

res, y eliminación de las trabas y restricciones que condicionaban la comercialización de los productos y el ejercicio del comercio y la industria.

Pero a la altura de 1874, con la Restauración borbónica, «la burguesía da por terminada su obra revolucionaria, se transforma en una clase conservadora», «y entrará a partir de entonces en la resistencia al cambio, la monotonía institucional y el estancamiento».

La Restauración, el período histórico en el que se produce la promulgación del Código Civil, representa la consagración de un orden burgués conservador y estabilizado. Nos encontramos en una sociedad autosatisfecha y posibilista que «desconfía de la democracia y teme la revolución». Un sistema social, que a cambio de la estabilidad, cierra los ojos con complicidad al falseamiento político-electoral que le sirve de base; y que adormecido en el orden se muestra incapaz de reconocer y asimilar las tensiones sociales en presencia.

El esquema político de la Restauración, a juicio de ARANGUREN, se construye con las siguientes piezas: Una constitución doctrinaria que establece la soberanía compartida de la Corona y las Cortes, y que trata de presentarse como una constitución histórica, derivada de la historia y el ser interno de la nación; el bipartidismo organizado a través del turno y rotación pacífica de dos partidos, ficticios en cuanto carecen de personalidad o infraestructura económica diferenciada; el caciquismo como instrumento de falsificación del sistema electoral; y un positivismo sociológico, encaminado a la «defensa de la sociedad», entendida ésta de hecho, como defensa de la propiedad y protección del orden establecido, en beneficio de los detentadores del poder.

La Restauración constituyó ciertamente una etapa histórica dotada de gran estabilidad, pero las particularidades de su estructura político-social provocaron el divorcio y el alejamiento con la realidad del país, esa doble inhabilidad de que nos habla ARTOLA: La ineptitud para asimilar la sociedad en transformación que discurría al margen de la vida política; y la incapacidad para comprender la importancia de la cuestión social y los nacionalismos, que emergían como nuevos fenómenos necesitados de canalización.

El Código Civil se promulga en el contexto histórico de la Restauración, y se promulga tardíamente. La interpretación tradicional atribuye esta tardanza a la agitación de la vida política y a la cuestión foral. La bibliografía más reciente ha venido, sin embargo, a introducir en el tema nuevas matizaciones.

De una parte, el Código nunca se concibió como una necesidad imperiosa ni urgente, porque la reforma de las estructuras económicas pudo conseguirse sin su concurso, a través de un sistema de leyes especiales. Un buen ejemplo lo suministra, al respecto, la aceptación unánime de la

legislación hipotecaria, que complementando las disposiciones desvinculadoras y desamortizadoras, liberaba a los inmuebles de las hipotecas tácitas y generales, garantizaba su circulación, posibilitaba el crédito y clarificaba una titulación confusa o inexistente. En realidad, el liberalismo económico nunca precisó técnicamente de los códigos. En los países anglosajones, o incluso en territorios forales como Cataluña o Vasconia, el capitalismo industrial alcanzó altos niveles de desarrollo, sin necesidad de contar con un derecho privado codificado.

De otra parte es evidente que en la cuestión foral subyace el problema de los nacionalismos y la defensa de tradiciones jurídicas seculares, arropadas ahora doctrinalmente con el apoyo de la Escuela Histórica. Pero es también muy probable que bajo el ropaje historicista, latiese una preocupación más prosaica: el temor de que la aplicación del derecho castellano codificado pudiese alterar las estructuras económicas de los territorios de derecho especial. En este sentido, resulta sumamente ilustrativa la Memoria de DURÁN Y BAS, cuando después de referirse a la prosperidad de la región catalana, nos advierte que si llegara a destruirse su especial legislación «desaparecerían forzosamente dos cosas: La fisonomía moral del pueblo catalán y la riqueza que, repartida sin grandes desigualdades de fortuna, es el premio de su laboriosidad y buenas costumbres».

Ahora bien, podemos preguntarnos también con relación al Código, qué finalidades podía perseguir una promulgación tan tardía, cuando los cambios fundamentales habían sido ya introducidos con anterioridad. PESET sostiene que el Código representa de acuerdo y un resumen, que actúa como vehículo de divulgación y propaganda. En mi opinión, las razones que, pese a su retraso, justifican la promulgación del Código, serían las siguientes:

Uno.—Supone una operación de prestigio legislativo y una acción política que utilizando el respeto que inspiran los códigos, pretende no sólo codificar leyes, sino codificar y sacralizar a la vez un determinado orden social. Como señala TOMÁS Y VALIENTE «el Código consolida y prefigura el orden burgués» y contine el «retrato imperativo de la sociedad burguesa del último y muy conservador cuarto del siglo XIX».

Dos.—Colabora decididamente en la función estabilizadora de la Restauración. Hay un fuerte interés político en que la seguridad jurídica que proporcionan los códigos, actúe como conservadora y transmisora de los modelos culturales vigentes.

Tres.—Supone un instrumento de justificación legitimadora. El derecho natural que había servido a la burguesía revolucionaria para la conquista del poder, se convierte en derecho positivo. Y este derecho positivo, que sirve ahora unos intereses políticos, sociales y económicos muy con-

cretos, os conviene que sea codificado, para que pueda ser conservado en su beneficio, y para que pueda ser presentado con un ropaje racional y absoluto que le sirva de justificación.

Y cuatro.—El Código complementa el argumento historicista de la Constitución de 1876. Como es sabido, para fundamentar la soberanía conjunta o compartida de las Cortes y el Rey, CÁNOVAS había acudido a la idea de la Constitución interna. Es decir, la existencia de instituciones —como la Corona—, que representan el sedimento histórico y la voluntad histórica de la nación y que como tales han de ser respetadas en forma absoluta, sin que puedan resultar desvirtuadas por el poder constituyente. Y si esto era así en el derecho público, también convenía enlazar formalmente el derecho privado con la tradición jurídica nacional. Y este es el significado de la base primera del Código Civil cuando se remitía al «sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio».

Esta apelación historicista del Código, constituye de hecho un enlace adulterino con los argumentos de la Escuela Histórica, pero produce importantes efectos: Se legitima, al generalizarla en forma congruente, la idea canovista de la constitución interna; se justifica, jurídica y constitucionalmente, la pervivencia de los derechos forales; se disimula el individualismo liberal tras el ropaje de las tradiciones seculares. Y, en fin, se fundamenta la moderación conservadora del Código, porque el tender puentes continuistas al pasado, permite siempre eludir el vacío radical de las revoluciones.

Finalmente, voy a terminar haciendo una brevísima referencia a las particularidades ideológicas del Código en materia de familia, propiedad y mercado.

SOBRE LA FAMILIA

Es sobradamente conocida la crítica tradicional que en esta materia se dirige al Código Civil y que puede resumirse en las siguientes palabras de MARTÍNEZ CUADRADO: «El Código Civil regula la familia bajo un patrón semiquiritario correspondiente a las costumbres autoritarias seculares del varón hispánico y a la visión tan influyente del Código de Napoleón. Pero el Código, aparte de ignorar o postergar a segundo rango a la condición femenina, contempla preferentemente a la familia burguesa y propietaria.»

En realidad, no sería justo juzgar el derecho codificado de familia desde la perspectiva mental de nuestros días. El Código se limita a repro-

ducir jurídicamente el perfil moral de la familia burguesa de su época, todavía entonces fuertemente influida por actitudes patriarcales.

En mi opinión, conviene resaltar los siguientes aspectos:

Primero.—La familia del Código es en efecto la familia propietaria. Y ello equivale a rehuir el tratamiento normativo de los problemas que afectan a las masas desposeídas. Esta concepción patrimonialista aparece claramente formulada en la Filosofía del Derecho de HEGEL: «En cuanto persona —se nos dice—, la familia tiene su realidad exterior en una propiedad, que sólo bajo la forma de un patrimonio, constituirá la existencia de su realidad substancial».

A ello debe añadirse que las facultades de representación, gestión, administración y disposición, se atribuyen al varón en cuanto cabeza de familia. Al marido corresponde la ganancia y la lucha exterior, a la mujer le está reservado un espacio interior, donde puede desplegar, con prudente medida, sus innatas virtudes de orden, economía y ahorro.

En el primer aspecto, el matrimonio ganancial se configura bajo un modelo mercantil-organicista: como una sociedad colectiva, cuya gestión corresponde naturalmente al varón en cuanto cabeza racional. En el segundo, la familia parece interiorizar curiosamente la doble vertiente del espíritu capitalista: el hombre representa el espíritu de empresa, la mujer las virtudes burguesas. Del contacto del varón emprendedor y agresivo con la ponderación reflexiva del hogar, surge, purificado, el concepto jurídico de diligente padre de familia.

Segundo.—El Código contempla fundamentalmente a la familia nuclear. La regulación de las relaciones paterno-filiales y las relaciones conyugales, agotan prácticamente su contenido. Pero considero, a diferencia de lo que sostiene CARBONNIER para el francés, que no hay en nuestro Código demasiadas huellas de hostilidad hacia la familia extensa. Es más existen supuestos en que la familia nuclear resulta claramente postergada en beneficio de la familia patriarcal. En esta línea podemos citar la preferencia que sobre el consorte supérstite se otorgaba en la sucesión intestada a favor de los colaterales de tercer grado y vínculo sencillo; o el trato de desfavor que el reconocimiento de derechos legitimarios en favor de los ascendientes implica para el cónyuge sobreviviente sin prole.

Tercero.—La familia se regula según un patrón autoritario, que excluye las ideas de reciprocidad o solidaridad. En este punto han de reconocerse variadas influencias:

a) La pervivencia del modelo patriarcal, que se ve facilitada por el carácter rural de la sociedad de la época.

b) El interés del poder político en mantener un patrón que fortalece

el papel de la familia, como soporte del orden social y agente socializador de una determinada cultura.

c) La influencia de la Iglesia que favorece el sostenimiento de las «mores» autoritarias, por su concepto de la disciplina familiar, su particular doctrina acerca del matrimonio, su exaltación de la castidad, su proclividad a mantener la sujeción de la mujer y su terminante condena de las relaciones sexuales extraconyugales.

Claro que en la adopción de estos valores no sólo existen implicaciones religiosas, sino también otras motivaciones, frecuentemente estudiadas en sociología. El mito de la virginidad, recreado por la inseguridad varonil, puede constituir un «prius» para acceder al mercado matrimonial, y su culto, en definitiva, tiende a prevenir los peligros de las uniones no deseadas. Tras la adopción por la indisolubilidad matrimonial pueden ocultarse razones de vanidad sexual, temores acerca del porvenir económico o el aumento de la concurrencia erótica, preocupación por la educación de la prole o el mantenimiento de los roles viriles.

d) También contribuye decisivamente a difundir el patrón autoritario, el propio interés de los varones, verdaderos protagonistas entonces de la vida civil, porque la dominación implica control y libertad, facilidad para alcanzar los propios fines, reconocimiento social y apropiación de los roles centrales.

Cuarto.—El Código mantiene una posición solidaria con la moral burguesa: Prohibición de investigar la paternidad, discriminación radical de la filiación ilegítima, permisibilidad social para las relaciones extraconyugales del varón y rígida condena del adulterio de la mujer, al que se atribuye, por infamante, una mayor degradación moral.

En la sociedad burguesa se produce la mercantilización de los valores éticos, bajo el principio de la apariencia.

La virginidad se concibe también como valor de cambio. Y el matrimonio se diseña muchas veces como una operación mercantil. HAUSER, muy lejos del mito del amor romántico, describiendo la sociedad de la época y refiriéndose al realismo de Balzac, nos recuerda cómo «la caza del oro y la ganancia convierte al matrimonio en una comunidad de intereses y al amor en un negocio».

En la honestidad burguesa y en el «vivir correctamente», hay una fuerte connotación comercial, porque toda conducta moral «eleva el Crédito». En la moral de la burguesía prima el principio de la apariencia, la voluntad de aparecer sobre la voluntad de ser. Como sugiere SOMBART, honestidad y moral son vocablos teñidos de cierta hipocresía, desde el momento en que en los negocios basta con ser tenido por honesto.

Y quinto.—El Código adopta una posición antifeminista, relegando a la mujer a una posición de manifiesta inferioridad.

Para ello se apoya en un doble argumento: la debilidad innata o constitucional de la mujer y la superioridad comparativa del varón. Argumento que resume y sintetiza PORTALIS en sus palabras del 16 Ventoso del año XI: «La mujer tiene necesidad de protección a causa de su debilidad; y la preeminencia del hombre, indicada por la misma constitución de su ser, es el origen del poder de protección que la ley reconoce en el marido.»

A la promulgación del Código Civil, eran ya sobradamente conocidos los movimientos feministas de Francia o Inglaterra, y las aportaciones que en este campo habían realizado socialistas utópicos como FOURIER o SAINT SIMON. Las reivindicaciones feministas habían llegado incluso a nuestro país de la mano del krausismo y los institucionistas de primera hora. Sin embargo el Código mantiene una posición radical al respecto. Y los textos de sus primeros comentaristas insisten una y otra vez en justificar la flagrante discriminación de su articulado, presentándonos a la mujer como un espécimen de segundo rango, siempre proclive al error y al apasionamiento, débil e inexperto, impresionable e irreflexivo.

Sensibilidades intelectuales tan dispares como NAPOLEÓN y HEGEL, coinciden en un antifeminismo radical. Napoleón desprecia «la debilidad de su cerebro y la escasa fuerza de sus ideas». Hegel las excluye del universal: «La diferencia entre el hombre y la mujer es la que hay entre el animal y la planta... (porque la mujer) está más cerca al tranquilo desarrollo que tiene como principio la unidad indeterminada de la sensación. El Estado —continúa— correría peligro si hubiera mujeres a la cabeza del gobierno, porque no actúan según exigencias de la universalidad, sino siguiendo opiniones o inclinaciones contingentes».

SOBRE LA PROPIEDAD

El significado de la propiedad en nuestro Código Civil ha sido estudiado en forma exhaustiva. La propiedad se aparece como la institución capital del Código, a partir de la cual se ordena jurídicamente la vida económica privada. Se trata de una propiedad liberal e individualista, concebida como relación esencial del hombre con la naturaleza y criterio central en la imputación de derechos. PESET ha resumido sus características fundamentales: La propiedad liberal es privada, individual y unitaria; absoluta, exclusiva y libre.

Quisiera, sin embargo, en esta materia anotar dos ideas:

Primera.—Que el concepto de propiedad contenido en el artículo 348, no deriva precisamente del derecho romano, a pesar de su coincidencia

con las definiciones de los antiguos comentaristas y postglosadores. La concepción liberal de la propiedad encuentra más bien su fundamento en el enlace esencial y necesario que LOCKE había introducido entre las nociones de propiedad y persona.

En LOCKE, el hombre lleva en sí mismo la justificación de la propiedad, porque en cuanto dueño de sí mismo y propietario de su persona, extiende naturalmente su dominio a los resultados de su actividad y su trabajo. La propiedad privada existe en tanto en cuanto los objetos producidos y las utilidades obtenidas, se entienden como prolongación de la propia personalidad.

Si el derecho a la personalidad individual es un derecho innato e inviolable, la propiedad, en cuanto extensión o prolongación de aquella, se configura también como un derecho natural, y además como un derecho previo y prevalente frente al poder político. Si la sociedad se constituye para garantizar los derechos individuales, el Estado deberá tutelar la inviolabilidad de la propiedad, y además respetar el desarrollo de la personalidad, absteniéndose de limitar su ejercicio.

Y segunda.—Que sociológicamente, las revoluciones burguesas hicieron de la propiedad y la riqueza un elemento capital en la determinación del «status». La propiedad se convierte en un factor decisivo en la formación de las clases y el proceso de estratificación social.

Políticamente este fenómeno encuentra su manifestación más radical en el sistema de sufragio censitario, todavía vigente a la promulgación del Código Civil, por el que el voto quedaba limitado por las condiciones de fortuna. Por entonces, sólo la propiedad convierte al individuo en ciudadano.

SOBRE EL MERCADO

En la sociedad capitalista, los procesos de intercambio se verifican a través de los mecanismos de mercado. La forma y eficacia del intercambio se regula jurídicamente por medio del derecho de contratos.

En la concepción clásica, el Estado se limita a mantener lo que se ha llamado «la infraestructura viaria del tráfico social», se limita simplemente a organizar el mercado, garantizando la obligatoriedad de los contratos, estableciendo normas de derecho dispositivo o configurando tipos contractuales «estandarizados». Pero siempre bajo el principio de autonomía de la voluntad, en virtud del cual las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tuvieren por conveniente.

Este principio de libertad de contratación, esencial en la legislación burguesa, y claramente al servicio de las posiciones de poder, ha tratado

de ocultar su oscuro linaje mediante la conocida argucia historicista, de remitirse a nuestro derecho histórico, intentando emparentar con el Título 16 del Ordenamiento de Alcalá o con el principio *Standum est chartae*, del antiguo derecho aragonés. Pero en realidad, su origen ha de situarse en la apropiación interesada de la construcción iusnaturalista, que hacía del contrato racional libremente pactado, una categoría formal de justicia. Porque de todo ello era fácil deducir que ni el Estado ni la Ley podían limitar o condicionar la libre disponibilidad del individuo sobre su propiedad y su trabajo.

La ética liberal supone que cada hombre es propietario de su propia persona. Los hombres son por tanto originariamente iguales y libres para disponer de sí mismos. La sociedad se convierte de ese modo en un gran espacio de intercambio, donde sus miembros contratan como aparentemente libres e iguales, disponiendo de sí mismos y de sus pertenencias.

La libertad de contratación, la autonomía de la voluntad, se convierten así en un presupuesto ético de la moral burguesa.

Pero ya WEBER advirtió en su tiempo, que esta igualdad y esta libertad eran puramente formales, y que el principio de libertad de contratación contenía «muy fuertes relaciones de clase». Porque, en efecto, los contratantes no acuden al mercado ni libremente ni en igualdad de condiciones. Si la legislación no tutela a la parte más débil, si el intercambio ha de realizarse bajo la presión de un estado de necesidad, la libertad de contratación se transforma en un instrumento al servicio de las posiciones de poder. Como denuncia RADBRUCH: «Cuando los contrayentes se enfrentaron como propietarios y no propietarios, la libertad contractual se convirtió en una libertad de imposición, al dictado de los socialmente poderosos, y en un someterse a ese dictado para los débiles de la sociedad».

El Código Civil consagra el principio de libertad de contratación en los artículos 1.091 y 1.255; y solidario con la ceguera histórica de la restauración, mantiene un silencio cómplice frente a los dos grandes problemas finiseculares: el régimen de tenencia y explotación de la tierra y las relaciones de trabajo.

A fines del siglo XIX la población activa agrícola supera los dos tercios del total. Tres millones de cultivadores directos, propietarios, arrendatarios y hortelanos; dos millones de obreros, braceros, jornaleros y gañanes. Las economías agrarias de subsistencia, los latifundistas y la desamortización municipal y eclesiástica, dan origen a un numeroso proletariado agrícola. Abundan los propietarios absentistas y se especula con los subarriendos. Frente a los contratos consuetudinarios de larga duración, se generalizan los arrendamientos cortos en tierras castellanas, andaluzas y extremeñas. La nueva burguesía propietaria endurece el montante de las rentas. Sobre las tierras de cultivo —escribe ARGENTE DEL CASTILLO para fines de si-

glo— «no quedan más que los arrendamientos exhaustivos y los braceros míseros». MARTÍNEZ CUADRADO resume así la situación: «Escasa modernización, tipos de propiedad anacrónicos, regresivos e irracionales; disfuncionalidad y aleatoriedad de la producción; mecanismos atávicos o abusivos de crédito rural; y situaciones sociales de máxima conflictividad».

Frente a todo ello, el Código mantiene una actitud de neutralidad pasiva.

Naturalmente es impensable que se arbitren formas de acceso a la propiedad, o se subordine radicalmente el dominio a limitaciones o condiciones sociales. Pero es que el Código ni siquiera acepta el tímido reformismo con que la Pragmática y Reales Provisiones del XVIII habían tratado de favorecer la relación arrendaticia.

Los arrendamientos quedan sometidos a la autonomía de la voluntad, y sus normas dispositivas aprovechan únicamente al propietario. Los contratos carecen de estabilidad y las rentas son libres, el desahucio se produce fatalmente, y el viejo problema de la redención de foros y enfiteusis, queda remitido a una ley especial.

La situación de la población asalariada es también lamentable. A los dos millones de operarios agrícolas, han de sumarse ahora ochocientos mil empleados domésticos y un cuarto de millón ocupado en industrias manufactureras, mineras o derivadas. Los salarios y las condiciones de trabajo son unilateralmente dictadas por los empleadores, y no es necesario recordar aquí los sombríos pormenores de su permanente explotación.

Legalmente se considera que la contratación es libre, y que toda intervención del Estado vulnera el principio de autonomía de la voluntad. Pero además ha de hablarse también de la ambigüedad de la moral burguesa del trabajo, que se traduce en un indisimulado desprecio hacia las clases marginales, y en una aceptación acrítica de la desigualdad como componente natural de las sociedades humanas. Dos testimonios bastarán a ilustrar este aserto:

Para COURNOT: «La población obrera ha de soportar —ratificándose o prestándose a una reducción de salarios— las consecuencias del perfeccionamiento industrial, el cual, por otra parte, aumenta los consumos, el bienestar y los placeres de las otras clases.» En nuestro país, el influyente Padre COLOMA, disfraza el mismo pensamiento con una moral pseudoevangélica: «Para mantener el equilibrio necesario a toda sociedad —nos dice—, hizo Dios los pobres y los ricos. A éstos les dio las riquezas y sus peligros, a aquellos la pobreza y sus tentaciones, pero a unos les dio la caridad como salvaguardia y a los otros la resignación como escudo.»

Bajo estos supuestos ideológicos, no puede extrañarnos que el Código

se abstenga de intervenir las relaciones de trabajo, y deje a la población asalariada en la más absoluta indefensión. Pero se trata de un silencio culpable, en cuanto supuso desoir intencionadamente las reivindicaciones de los movimientos sociales y campesinos que acompañaron su génesis y desarrollo.

Así hemos llegado al final de nuestra exposición. Hemos recorrido las líneas generales del proceso de codificación, y los presupuestos ideológicos que condicionaron la formación de nuestro Código. Tal vez como juristas, y en la sociedad compleja del presente, debamos abandonar nuestros reductos académicos para hacer que el Derecho se convierta, por fin, en una fuerza social dominante, capaz de ponerse al servicio de la comunidad, de una comunidad que para ser auténtica, habrá de ser la comunidad de todos.

GERMÁN GALLEG0 DEL CAMPO

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) TRATADOS INTERNACIONALES Y NORMAS COMUNITARIAS

1. *Segunda Directiva del Consejo 89/646/CEE de 15 de diciembre.*—Se refiere a la coordinación de disposiciones relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio. Se ha publicado en el *Boletín Oficial de las Comunidades Europeas* del día 30 de diciembre pasado, donde puede verse su texto.

En el preámbulo se explica que esta Directiva debe constituir el instrumento esencial para la consecución del mercado interior decidida por el Acta Unica Europea y programada en el Libro Blanco de la Comisión, bajo el doble aspecto de la libertad de prestación de servicios en el sector de las entidades de crédito.

Como regla general el artículo 3.º establece que los Estados miembros prohibirán a las personas o empresas que no sean entidades de crédito, el ejercicio, con carácter profesional, de la actividad de recepción de depósitos u otros fondos reembolsables del público. Dicha prohibición no se aplicará a la recepción de depósitos u otros fondos reembolsables por parte de un Estado miembro, las autoridades regionales o locales de un Estado miembro u organismos internacionales públicos de los que sean miembros uno o varios Estados miembros, ni en los casos expresamente contemplados en la legislación nacional o comunitaria, siempre que dichas actividades se encuentren sujetas a las regulaciones y controles aplicables a la protección de los depositantes e inversores.

2. *Informe de la Presidencia al Consejo Europeo.*

(Estrasburgo, 8 y 9 de diciembre de 1989)

Asunto: *Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores.*

Tras un largo y fructífero debate, la Presidencia comprueba que se ha respetado el procedimiento definido por el Consejo Europeo de Madrid para la elaboración de la Carta de derechos sociales fundamentales de los trabajadores.

Sobre la base del proyecto fijado por la Comisión, los días 17 y 18 de

octubre se consultó a los interlocutores sociales, el 17 de octubre se informó al Parlamento Europeo y el 18 de octubre se hizo lo propio con el Comité Económico y Social.

La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores debe expresar la voluntad de los Estados miembros de hacer que el desarrollo económico y el progreso social de la Comunidad vayan emparejados, respetando el principio de la subsidiariedad y, en general, con estricta aplicación de las atribuciones de las instancias comunitarias definidas en los Tratados.

Se han tenido en cuenta las modificaciones presentadas por los Estados miembros y se ha elaborado un proyecto de la Presidencia. Este define en 26 artículos los derechos sociales fundamentales de los trabajadores europeos.

La Presidencia ha tomado nota del acuerdo del Consejo para transmitir al Consejo Europeo, para su adaptación, el proyecto de Carta que se adjunta a la presente.

La Delegación del Reino Unido ha mantenido su reserva general al tener objeciones con respecto a varios artículos de la Carta.

La Presidencia ha tomado nota de que la Comisión tiene la intención de presentar, antes del Consejo Europeo, un programa de acción relativo a la puesta en práctica concreta de los derechos establecidos en la presente Carta.

A tal fin, invita a la Comisión a que tenga en cuenta las solicitudes de varias Delegaciones que se refieren en particular a la determinación de las vacaciones anuales y al pago de los días festivos y de enfermedad, a la protección de los niños y de los adolescentes, a la situación de las mujeres embarazadas y de las madres con niños de corta edad, a la integración de minusválidos en el medio de trabajo normal, a la protección de la salud y de la seguridad en el medio de trabajo, a la orientación profesional, al reconocimiento mutuo de las cualificaciones y al trabajo temporal.

Por otra parte, la Presidencia desea que se respete una verdadera igualdad de trato entre todos los trabajadores, que tenga en cuenta todas las formas de trabajo, y en particular el trabajo precario. Considera necesario garantizar dicha igualdad de trato con los asalariados del país de acogida, teniendo en cuenta la diversidad de las situaciones, a todo trabajador que ejerza un trabajo en otro Estado miembro, en caso de subcontratación o en el marco de la adjudicación de contratos públicos.

Recuerda las prioridades que competen al Consejo en materia de empleo y de formación profesional. A este respecto desea que el Consejo, en su sesión del 30 de noviembre, estudie el proyecto de creación de un observatorio europeo del empleo, así como el programa comunitario de

desarrollo de la formación continuada de los asalariados dentro de la empresa.

Finalmente, pone de relieve la importancia que concede a la continuación del diálogo social, especialmente en la puesta en práctica de los principios definidos en la Carta.

PROYECTO

CARTA COMUNITARIA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

Los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Comunidad Europea;

Considerando que los Estados miembros han convenido, de conformidad con el artículo 117 del Tratado CEE, en la necesidad de fomentar la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores permitiendo su equiparación por la vía del progreso;

Considerando que en la línea de las conclusiones de los Consejos Europeos de Hannover y de Rodas, el Consejo Europeo de Madrid estimó que, en el marco de la construcción del mercado único europeo, es conveniente otorgar a los aspectos sociales la misma importancia que a los aspectos económicos y que, por consiguiente, deben ser desarrollados de forma equilibrada;

Considerando las Resoluciones del Parlamento Europeo de 15 de marzo de 1989 y de 14 de septiembre de 1989 y el dictamen del Comité Económico y Social de 22 de febrero de 1989;

Considerando que la realización del mercado interior y el medio más eficaz para la creación de empleo y para garantizar el máximo bienestar en la Comunidad; que el desarrollo y la creación de empleo deben ser la primera prioridad en la realización del mercado interior, que corresponde a la Comunidad hacer frente a los desafíos del futuro en el plano de la competitividad económica, teniendo en cuenta, en particular, los desequilibrios regionales;

Considerando que el consenso social contribuye a reforzar la competitividad de las empresas y de toda la economía, así como a crear empleo, que, por esta razón, es condición esencial para garantizar un desarrollo económico sostenido;

Considerando que la realización del mercado interior debe favorecer la aproximación en el progreso de las condiciones de vida y de trabajo y la cohesión económica y social de la Comunidad Europea, evitando distorsiones de la competencia;

Considerando que la realización del mercado interior debe suponer para los trabajadores de la Comunidad Europea mejoras en el ámbito social y en particular en materia de libre circulación, condiciones de vida y de trabajo, salud y seguridad en el lugar de trabajo, protección social, educación y formación;

Considerando que, para garantizar la igualdad de trato, es conveniente luchar contra las discriminaciones en todas sus formas, en particular las basadas en el sexo, el color, la raza, las opiniones y las creencias, y que, con espíritu de solidaridad, es importante luchar contra la exclusión social;

Considerando que corresponde a los Estados miembros garantizar que los trabajadores de terceros países y los miembros de su familia que reside legalmente en un Estado miembro de la Comunidad pueden beneficiarse en sus condiciones de vida y de trabajo, de un trato de naturaleza comparada al que reciben los trabajadores de dicho Estado miembro;

Considerando que conviene inspirarse en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y en la Carta Social Europea del Consejo de Europa;

Considerando que el Tratado, modificado por el Acta Unica Europea, contiene disposiciones que establecen las competencias de la Comunidad relativas señaladamente a la libre circulación de los trabajadores (art. 7, 48-51), a la libertad de establecimiento (art. 52-58), al ámbito social en las condiciones previstas en los artículos 117-122 —en particular en lo que se refiere a la mejora de la seguridad y la salud en el medio de trabajo (art. 118A), desarrollo del diálogo entre las partes sociales a nivel europeo (art. 118 B), igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo (art. 119)— a los principios generales para la ejecución de una política común de formación profesional (art. 128), a la cohesión económica y social (art. 130 A a 130 E) y, de manera más general, a la aproximación de las legislaciones (arts. 100, 100 A y 235); que la aplicación de la Carta no puede traer consigo una ampliación de las competencias de la Comunidad definidas por los Tratados;

Considerando que la presente Carta tiene por objeto, por una parte, consagrar los progresos realizados en el ámbito social, por la acción de los Estados miembros, de los interlocutores sociales y de la Comunidad;

Considerando que, por otra parte, tiene por objeto afirmar de forma solemne que la aplicación del Acta Unica debe tomar plenamente en consideración la dimensión social de la Comunidad y que, en este contexto, es necesario garantizar en los niveles adecuados el desarrollo de los derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Europea, en particular de los trabajadores por cuenta ajena y de los trabajadores por cuenta propia;

Considerando que, de conformidad con las conclusiones del Consejo Europeo de Madrid, deben establecerse claramente las funciones de las normas comunitarias, de las legislaciones nacionales y de las relaciones por convenios;

Considerando que en virtud del principio de subsidiariedad las iniciativas que haya que tomar por la aplicación de estos derechos sociales corresponden a los Estados miembros y a las entidades que los constituyen y, en el marco de sus competencias, son responsabilidad de la Comunidad Europea, que esta aplicación puede revestir la forma de leyes, de convenios colectivos o de prácticas existentes en los distintos niveles adecuados y que requiere, en numerosos ámbitos, la participación activa de los interlocutores sociales;

Considerando que la proclamación solemne de los derechos sociales fundamentales a nivel de la Comunidad Europea no puede justificar en el momento de su aplicación, ninguna regresión con respecto a la situación actualmente existente en cada Estado miembro,

Han adoptado la declaración siguiente que constituye la:

«Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores»:

TITULO I

DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

Libre circulación

1. Todo ciudadano de la Comunidad Europea tiene derecho a la libre circulación en todo el territorio de la Comunidad, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, de seguridad pública y de salud pública.

2. El derecho a la libre circulación permite a cualquier trabajador ejercer cualquier profesión u oficio en la Comunidad, en condiciones de igualdad de trato para acceso al trabajo, las condiciones de trabajo, así como la protección social del país de acogida.

3. El derecho a la libre circulación implica asimismo:

- la armonización de las condiciones de residencia en todos los Estados miembros, en particular para la reunificación familiar;
- la supresión de los obstáculos que resulten del no reconocimiento de títulos o de cualificaciones profesionales equivalentes;
- la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores fronterizos.

Empleo y remuneración

4. Toda persona tiene derecho a la libertad de elección y de ejercicio de una profesión, con arreglo a las disposiciones que rigen cada profesión.

5. Todo empleo debe ser justamente remunerado.

A tal fin conviene que, con arreglo a las prácticas nacionales:

- se fije para los trabajadores una remuneración equitativa, es decir, que sea suficiente para proporcionarles un nivel de vida digno;
- se garantice a los trabajadores sujetos a un régimen de trabajo distinto del contrato de trabajo a tiempo completo y por tiempo indefinido un salario de referencia equitativo;
- los salarios sólo pueden ser retenidos, embargados o cedidos con arreglo a las disposiciones nacionales, estas disposiciones deberán prever medidas que garanticen al trabajador la conservación de los medios necesarios para su sustento y el de su familia.

6. Toda persona debe poder beneficiarse gratuitamente de los servicios públicos de colocación.

Mejora de las condiciones de vida y de trabajo

7. La realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea. Este proceso se efectuará mediante la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a la duración y distribución del tiempo de trabajo y las formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido, como el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de temporada.

Esta mejora deberá permitir igualmente desarrollar, cuando sea necesario, ciertos aspectos de la reglamentación laboral, como los procedimientos de despido colectivo o los referentes a las quiebras.

8. Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho al descanso semanal y a unas vacaciones anuales pagadas, cuya duración, en uno y otro caso, deberá aproximarse por la vía del progreso, de conformidad con las prácticas nacionales.

9. Todo asalariado de la Comunidad Europea tiene derecho a que se definan sus condiciones de trabajo por ley, por un convenio colectivo o por un contrato de trabajo según las modalidades propias de cada país.

Protección social

Con arreglo a las modalidades propias de cada país:

10. Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho a una protección social adecuada y, sea cual fuere su estatuto y sea cual fuere la dimensión de la empresa en que trabaja, debe beneficiarse de niveles de prestaciones de seguridad social de nivel suficiente.

Las personas que estén excluidas del mercado de trabajo, ya sea por no haber podido acceder a él, ya por no haber podido reinserirse en el mismo, y que no dispongan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y de recursos suficientes adaptados a su situación personal.

Libertad de asociación y negociación colectiva

11. Los empresarios y trabajadores de la Comunidad Europea tienen derecho a asociarse libremente a fin de constituir organizaciones profesionales o sindicales de su elección para defender sus intereses económicos y sociales.

Todo empresario y todo trabajador tiene derecho a adherirse libremente o a no adherirse a tales organizaciones, sin que de ello pueda derivarse ningún perjuicio personal o profesional para el interesado.

12. Los empresarios o las organizaciones de empresarios, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra parte, tienen derecho en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales a negociar y celebrar convenios colectivos.

El diálogo entre interlocutores sociales a escala europea, que debe desarrollarse, puede conducir, si éstos lo consideran deseable, a que se establezcan relaciones convencionales, en particular a nivel interprofesional y sectorial.

13. El derecho a recurrir, en caso de conflicto de intereses, a acciones colectivas, incluye el derecho a la huelga, condicionado a las obligaciones resultantes de las reglamentaciones nacionales y de los convenios colectivos.

Para facilitar la resolución de los conflictos laborales, es conveniente favorecer, de conformidad con las prácticas nacionales, la creación y utilización, en los niveles apropiados, de procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje.

14. El ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros determinará en qué condiciones y en qué medidas los derechos contemplados en los artículos 11 a 13 son aplicables a las fuerzas armadas, a la policía y a la función pública.

Formación profesional

15. Todo trabajador de la Comunidad Europea debe poder tener acceso a la formación profesional y poder beneficiarse de la misma a lo largo de su vida activa. En las condiciones de acceso a dicha formación no podrá darse ninguna discriminación basada en la nacionalidad.

Las autoridades públicas competentes, las empresas o los interlocutores sociales, cada uno en el ámbito de su competencia, deberían establecer los mecanismos de formación continuada y permanente que permitan a toda persona reciclarse, en particular mediante permisos de formación, perfeccionarse y adquirir nuevos conocimientos, teniendo en cuenta, particularmente, la evolución técnica.

Igualdad de trato entre hombres y mujeres

16. Debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

A tal fin, conviene intensificar, dondequiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional.

Conviene, asimismo, desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares.

Información, consulta y participación de los trabajadores

17. La información, la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollarse según mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros.

Ello es especialmente aplicable en aquellas empresas o grupo de empresas que tengan establecimientos o empresas situados en varios Estados miembros de la Comunidad Europea.

18. Esa información, esa consulta y esa participación deben llevarse a cabo en el momento oportuno, y en particular en los casos siguientes:

- cuando se introduzcan en las empresas cambios tecnológicos que afecten de forma importante a los trabajadores en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo y a la organización del trabajo;

- cuando se produzcan reestructuraciones o fusiones de empresas que afecten al empleo de los trabajadores;
- con motivo de procedimientos de despido colectivo;
- cuando haya trabajadores, en particular trabajadores transfronterizos, afectados por políticas de empleo llevadas a cabo por las empresas en que trabajan.

Protección de la salud y de la seguridad en el medio de trabajo

19. Todo trabajador debe disfrutar en su medio de trabajo de condiciones satisfactorias de protección de salud y de su seguridad. Deben adoptarse medidas adecuadas para proseguir la armonización con el progreso de las condiciones existentes en este campo.

Estas medidas deberán tener en cuenta, en particular, la necesidad de formación, información, consulta y participación equilibrada de los trabajadores en lo que se refiere a los riesgos a los que estén expuestos y a las medidas que se adopten para eliminar o reducir estos riesgos.

Las disposiciones relativas a la realización del mercado interior deben contribuir a dicha protección.

Protección de los niños y de los adolescentes

20. Sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes, en especial las que, mediante la formación, garanticen su inserción profesional, y salvo excepciones circunscritas a algunos trabajos ligeros, la edad mínima de admisión al trabajo no debe ser inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria ni en ningún caso inferior a quince años.

21. Todo joven que ejerza un empleo debe percibir una retribución equitativa de conformidad con las prácticas nacionales.

22. Deben adoptarse las medidas necesarias para adecuar las normas del Derecho laboral aplicables a los jóvenes trabajadores para que satisfagan las exigencias de su desarrollo y las necesidades de su formación profesional y de su acceso al trabajo.

Debe limitarse, en particular, la duración del trabajo de los trabajadores menores de dieciocho años —sin que pueda eludirse esta limitación recurriendo a horas extraordinarias—, prohibiéndose el trabajo nocturno, con excepción de algunos empleos establecidos por las legislaciones o las normativas nacionales.

23. Los jóvenes deben poder beneficiarse, al final de la escolaridad

obligatoria, de una formación profesional inicial de educación suficiente para que puedan adaptarse a las exigencias de su futura vida profesional; esta formación debería tener lugar para los jóvenes trabajadores durante la jornada de trabajo.

Personas de edad avanzada

De acuerdo con las modalidades de cada país:

24. Al llegar a la jubilación todo trabajador de la Comunidad Europea debe poder disfrutar de recursos que le garanticen un nivel de vida digno.

25. Toda persona que haya alcanzado la edad de jubilación, pero que no tenga derecho a pensión y que no tenga otros medios de subsistencia, debe poder disfrutar de recursos suficientes y de una asistencia social y médica adaptadas a sus necesidades específicas.

Minusválidos

26. Todo minusválido, cualesquiera que sean el origen y la naturaleza de su minusvalía, debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer su integración profesional y social.

Estas medidas de mejora deben referirse, en particular, según las capacidades de los interesados, a la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda.

TITULO II

PUESTA EN PRÁCTICA DE LA CARTA

27. La garantía de los derechos sociales fundamentales de la presente Carta así como la puesta en práctica de las medidas sociales indispensables para el buen funcionamiento del mercado interior en el marco de una estrategia de cohesión, económica y social, competen a los Estados miembros de conformidad con las respectivas prácticas nacionales, en particular por vía legislativa y por vía de convenios colectivos.

28. El Consejo europeo invita a la Comisión que presente cuanto antes las iniciativas que entren dentro del marco de sus competencias previstas en los Tratados con vistas a la adopción de instrumentos jurídicos para la puesta en práctica efectiva, a medida que se avanza en la realización

del mercado interno, de aquellos derechos que entren dentro del marco de competencias de la Comunidad.

29. La Comisión elaborará cada año, durante el último trimestre, un informe sobre la aplicación de la Carta por parte de los Estados miembros y de la Comunidad Europea.

30. El informe de la Comisión se transmitirá al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social.

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Reforma del Reglamento Hipotecario.—Informatización.*

Por Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo, que se publica en el *BOE* del 3 de abril, se introducen en el Reglamento artículos adicionales a los 398 y 418, que suponen reformas de cierta importancia en la llevanza de los Registros.

En el artículo 398 *a*) se dispone que:

1. Los índices de personas y fincas de los Registros de la Propiedad habrán de llevarse mediante procedimientos informáticos.

2. Los datos anteriores a la implantación de índices informatizados se incorporarán a éstos de forma progresiva y dentro del plazo que determine la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En los artículos 398 *c*), *d*) y *e*) se establece:

«Art. 398 *c*)

1. El Índice General Informatizado de las fincas y derechos inscritos en todo el territorio nacional y de sus titulares será llevado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

Los Registradores remitirán periódicamente los datos necesarios para la confección del citado índice.

2. Los Registradores a fin de facilitar la publicidad formal, por consulta del índice general informatizado, suministrarán noticia de la existencia de titularidades registrales en cualquier Registro a favor de personas físicas o jurídicas determinadas, siempre que exista interés en el peticionario.

3. En los índices informatizados se incorporarán tanto las referencias catastrales y parcelarias indicadas en el apartado 2 del artículo 398 *b*) como los datos relativos a los domicilios del adquirente y transmitente y la fecha de inscripción registral.

El Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad remitirá periódicamente

dicamente al Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, en soportes magnéticos, la información relativa a las transmisiones inscritas con indicación de los datos identificadores de la finca y de los transmitentes y adquirentes.

Art. 398 *d*)

Los programas informáticos precisos para la aplicación de lo dispuesto en los artículos anteriores deberán ser uniformes para todos los Registros de la Propiedad. La elaboración y suministros de dichos programas correrá a cargo del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Los programas deberán ser aprobados por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Art. 398 *e*)

1. El coste y financiación de las medidas previstas en los artículos anteriores se considerarán como gastos necesarios para el funcionamiento y conservación de los Registros en los términos previstos en el artículo 294 de la Ley Hipotecaria.

2. Los Registradores estarán obligados a contribuir, conforme al criterio de proporcionalidad, a los gastos generales y comunes que ocasionen las medidas previstas en los artículos anteriores y el sostenimiento del servicio registral.»

Otra novedad importante es la posibilidad de presentación de documentos por telecopia, recogida en los artículos siguientes:

«Art. 418 *a*)

Si concurren razones de urgencia o necesidad, cualquiera de los otorgantes podrá solicitar del Registro de la Propiedad del distrito en que se haya otorgado el documento, que se remitan al Registro competente, por medio de telecopia o procedimiento similar, los datos necesarios para la práctica de éste del correspondiente asiento de presentación.

Art. 418 *b*)

El Registrador a quien se solicite la actuación a que se refiere el artículo anterior, después de calificar el carácter de presentable del documento, extenderá en el Diario un asiento de remisión, dándole el número que corresponda, y seguidamente remitirá al Registro competente, por medio de telecopia o procedimiento análogo, todos los datos necesarios para practicar el asiento de presentación, agregando además los que justifiquen la competencia del Registro de destino, el número que le haya correspondido en su Diario y su sello y firma.

2. Seguidamente extenderá nota al pie del documento, haciendo constar las operaciones realizadas así como la confirmación de la recepción dada por el Registro de destino, y lo devolverá al interesado para su presentación en el Registro competente, advirtiéndole que de no hacerlo en plazo de diez días hábiles caducará el asiento.

3. El acuse de recibo que deberá hacerse igualmente mediante telecopia o procedimiento similar, se consignará por medio de nota marginal en el Diario y se archivará en el legajo correspondiente.

Art. 418 c)

1. El Registrador que reciba la comunicación del Registro de origen, previa calificación de su competencia y confirmación de la recepción, extenderá el asiento de presentación solicitado al final del día, inmediatamente antes de la diligencia de cierre. Si fueren varias las telecopias, los asientos se practicarán por el orden de su recepción.

2. Dentro del plazo a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior, el interesado deberá presentar el documento original con la nota antes indicada, haciéndose constar dicha presentación por nota marginal, a partir de cuya fecha correrán los plazos de calificación y despacho.»

Según su disposición final, este Real Decreto entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el *BOE*.

C) NORMAS AUTONÓMICAS

Señalamos como destacables las siguientes:

Canarias.—Ley de 22 de febrero de 1990, de Patrimonio Documental y Archivos en Canarias, publicada en su *Boletín* del 2 de marzo.

— Ley de 22 de febrero de 1990, de Tasas y Precios Públicos en Canarias, también inserta en su *Boletín* del día 3 de marzo.

Cantabria.—Varias Leyes se publicaron en el *Boletín Oficial* de dicha región en el día 9 de abril, en edición especial:

— Ley de 21 de marzo, de Estadística de Cantabria.

— Ley de 23 de marzo, sobre Concentración parcelaria, conservación de obras, unidades mínimas de cultivo y fomento de explotaciones rentables.

— Ley de 26 de marzo, de Pastos en montes de Cantabria.

— Ley de 21 de marzo, de Capacitación agraria.

— Y Ley de 30 de marzo, sobre Ordenación Territorial de Cantabria.

Cataluña.—Hay dos importantes leyes que afectan a la materia civil:

- Ley de 16 de marzo de 1990, publicada en el *Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña* el 28 del mismo mes, sobre los Censos.
- Y Ley de 9 de abril de 1990, sobre modificación de la regulación de la legítima, que supone el desplazamiento del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, ya que en adelante la legítima no dará derecho a un asiento específico en el Registro de la Propiedad. Se publica su texto en el *Diario Oficial* catalán del día 18 de abril. Naturalmente, esta regulación no afecta a otras regiones, donde sí seguirá rigiendo el art. 15, como Baleares.

Navarra.—En el *Boletín Oficial* de esta Comunidad Foral publicó el 2 de marzo la Ley Foral de 26 de febrero, de Presupuestos Generales de Navarra para 1990 y en su título VII, de Normas Tributarias, se contiene la regulación de los Impuestos sobre Sociedades, Actos Jurídicos Documentados y Transmisiones Patrimoniales y también los Tributos Locales.

Valencia.—La Ley de 27 de febrero de 1990, sobre Cajas de Ahorros, se publica en su *Diario Oficial* del 27 del mismo mes.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Academia Matritense del Notariado.*—Ha terminado el ciclo de conferencias sobre sociedades mercantiles en homenaje a don Manuel de la Cámara Álvarez que se venía celebrando en el Colegio Notarial de Madrid.

Durante los meses de marzo y abril pasados se han desarrollado las siguientes:

«Disolución, liquidación y extinción de la sociedad», por don Roberto Blanquer Uberos, Notario de Madrid.

«Publicidad registral de la sociedad anónima», por don Antonio Pau Padrón, Subdirector general de los Registros y del Notariado.

«Aportaciones no dinerarias», por don José Cándido Paz-Ares Rodríguez, Director general de los Registros y del Notariado y Catedrático de Derecho mercantil.

«Sociedad comanditaria por acciones», por don Antonio Ventura Traveset Hernández, Notario de Barcelona.

2. *Ciclo de conferencias en Cáceres.*—Organizado por el Centro de Estudios Hipotecarios de Extremadura y la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Cáceres, se han desarrollado durante los días 5 a 22 de marzo, las siguiente conferencias:

«Una primera aproximación a la reforma del Registro Mercantil y de la Ley de Sociedades Anónimas», por Fernando Cabello de los Cobos Mancha, Registrador Mercantil de Cáceres.

«Casuística en torno a las cláusulas de hipoteca», por don José Luis Conejero Estévez, Registrador de la Propiedad de Trujillo.

«La sociedad de responsabilidad limitada», por don José Manuel Hernández Antolín, Notario de Madrid, Registrador excedente.

«Relación Registro de la Propiedad-Administración de Justicia», por Antonio José Ramos Blanes, Registrador de Coria.

«Organos de sociedades mercantiles», por Juan Pablo Ruano Borrella, Registrador Mercantil de Madrid, Director del Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores.

3. *Visión fiscal de la reforma de las sociedades mercantiles.*—Este seminario, organizado por el Instituto de Empresa, se ha celebrado en Madrid en los días 13 y 14 de marzo pasado.

Las ponencias fueron las siguientes:

«La adaptación a la nueva Ley», por don Guillermo Senén de la Fuente, Profesor de Derecho mercantil.

«Modificaciones en materia de acciones», por don Daniel García-Pita Pemán, Profesor de Derecho mercantil.

«La consolidación de balances, auditoría de cuentas», por don Enrique Fonseca Capdevila, Profesor de la Escuela de Economía.

«Las cuentas anuales», por don José María González González, Inspector de Finanzas del Estado.

«Legislación en materia de fusiones y escisiones de sociedades», por don Federico Sánchez Pinilla, Inspector de Finanzas.

«Otras consecuencias fiscales derivadas de la reforma», por don Ignacio de las Cuevas Miaja, Inspector de Finanzas.

4. *Curso práctico sobre Derecho registral, inmobiliario y mercantil.*

«Comenzó el día 3 de abril este ciclo de conferencias en el Colegio de Abogados de Barcelona con participación de numerosos compañeros que desarrollaron temas de gran interés. La sesión inaugural tuvo el aliciente de estar presidida por el que fuera Director general de los Registros y del Notariado, excelentísimo señor don José María Porcioles, uno de los autores de la vigente Ley Hipotecaria de 1944-46. Inició el acto el que hacía las funciones de Decano del Colegio, que elogió la nueva celebración de este curso y puso de relieve el interés de las materias a desarrollar y el haberse cubierto todas las matrículas disponibles. El Registrador de la Propiedad de Barcelona, nuestro compañero Pedro Avila Navarro, como coordinador del Curso, hizo historia de las cinco versiones del mismo,

destacó la figura de Antonio Miquel Calatayud, que fue el iniciador de los mismos. Explicó cada uno de los temas a desarrollar y las razones de haberse encargado los mismos a ciertos compañeros. Presentó al conferenciante que abría marcha y que era José María Chico y Ortiz, que ofreció a los oyentes una visión general del sistema hipotecario español y la problemática de los momentos actuales. Al final, don José María Porciles, con una memoria portentosa, contó cómo nació el texto de la legislación hipotecaria, sazónándolo con muchas anécdotas y haciendo un gran elogio de la institución registral, sin la que la función notarial no hubiera adquirido la importancia que en la actualidad tiene.».

Las conferencias desarrolladas durante el mes de abril han sido las siguientes:

- «Visión general del Registro de la Propiedad», por don José María Chico Ortiz, Registrador de la Propiedad de San Sebastian.
- «El extranjero ante el Registro de la Propiedad», por don José Antonio Miquel Calatayud, Registrador de Vilanova-Geltrú.
- «La acción comisoria y otras formas atípicas de garantía», por don Fernando Méndez González, Registrador de Tortosa.
- «Cancelación de censos», por don Luis Téllez Codorníu, Abogado.
- «La inscripción y los regímenes matrimoniales», por don Mariano Álvarez Pérez, Registrador de La Bisbal.
- «Cláusulas del arrendamiento financiero inmobiliario», por don Manuel Amorós Guardiola, Registrador de Madrid número 4 y Catedrático de Derecho civil.

Está prevista la continuación del curso durante los próximos meses de mayo y junio. Informaremos de su posterior desarrollo.

5. *Implicaciones jurídicas de las fusiones y escisiones de empresas.*—Es otro seminario, también bajo la organización del Instituto de Empresa, que ha tenido lugar en Madrid en los días 3 y 4 de abril.

Se impartieron las ponencias que siguen:

«Fusión y escisión: Aspectos jurídico-mercantiles», por don Santiago Gastón Iriarte y don Javier Álvarez Cienfuegos.

«Fusión y escisión: Aspectos contables y económicos», por don Jacinto Ruiz Quintanilla.

«Fusión: Aspectos jurídico-fiscales», por don Adolfo Menéndez y don Jaime López Chicheri.

«Fusión desde el punto de vista laboral», por doña Pilar Cavero y don José María Tarragó.

«LBO y MBO: Adquisiciones apalancadas», por don Antonio Sánchez Pedreño.

«La autocartera y las participaciones recíprocas como método de adquisición», por don Tomás Pelayo.

Y «Oferta pública de adquisición de acciones: OPAS», por don Fernando Bertrán Mendizábal.

6. *Homenaje póstumo al Profesor Lacruz Berdejo*.—El *Boletín Oficial de Aragón* publica con fecha 20 de abril un Decreto por el que se otorga el «Premio Aragón» con carácter extraordinario y a título póstumo a don José Luis Lacruz Berdejo, que formó parte de nuestro Consejo de Redacción.

En el preámbulo de la disposición se justifica las más que merecida distinción con las siguientes palabras:

«La extraordinaria personalidad del Profesor Lacruz Berdejo, recientemente fallecido, es claro que sobrepasó con creces el merecidísimo crédito que ya gozaba como uno de los primeros civilistas españoles y, desde luego, como el más destacado de los que consagraron sus esfuerzos al estudio del Derecho Aragonés. El Profesor Lacruz Berdejo supo asumir con desprendimiento y generosidad ilimitados su compromiso social con Aragón, dotando a cuanto hizo dentro y fuera del campo del Derecho de un innegable amor a esta tierra suya sin merma alguna de la universalidad de criterio de que siempre hizo gala.

La Comunidad Autónoma le debía este reconocimiento que justifica el que por vez primera y de forma excepcional se otorgue el Premio Aragón a título póstumo.»

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 19 de enero de 1989.*—RECURSO DE CASACION.—No es preciso expresar los motivos del artículo 1.962 de la LEC, por tratarse de un mero incumplimiento formal, al que el artículo 1.710 de la misma Ley no asocia la sanción de inadmisión.—Sala Segunda.—Ponente: Sr. De la Vega Benayas.

Antecedentes.—1. Doña María del Rocío Sampere Meneses, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de doña María del Carmen Cediel Riol, por medio de escrito presentado el 9 de febrero de 1988, interpone recurso de amparo contra Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1987, notificado el 19 de enero de 1988, que inadmitió el recurso de casación número 983/87, formulado por la recurrente contra Sentencia dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia en fecha 14 de abril de 1987 sobre cumplimiento de contrato.

2. La demanda se basa en los siguientes antecedentes:

a) La recurrente, por medio de su representación procesal, preparó recurso de casación contra la Sentencia citada de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia dictada con fecha 14 de abril de 1987 en el rollo 498/86, dimanante de recurso de apelación interpuesto contra Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Elche, Autos 140/86, en juicio declarativo de menor cuantía seguido con don Francisco Rodes Alonso. La Audiencia Territorial de Valencia tuvo por preparado el recurso de casación y emplazó a la recurrente para que, en término de cuarenta días, compareciera ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en virtud de providencia de 8 de junio de 1987.

b) Por medio de escrito de 25 de julio de 1987, la recurrente formalizó el recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, y, en cumplimiento de los requisitos legales, acompañó resguardo de depósito necesario número 649.492, por 25.000 pesetas, según establece el artículo 1.703 LEC. Por escrito de 10 de septiembre de 1987, la Sala de lo Civil acordó acusar recibo a la Audiencia de Valencia de la certificación de votos reservados, del rollo y de los autos, así como tener por parte al Procurador, al tiempo que ordenaba la entrega en Secretaría de Gobierno para su custodia del resguardo de la Caja General de Depósitos antes mencionado.

Por diligencia de ordenación de 30 de octubre de 1987, el Tribunal Supremo ordenó entregar al recurrente el dictamen que el Ministerio Fiscal había formulado con fecha 20 de octubre de 1987, y acordó que fueran pasados los autos al Magistrado Ponente. En fecha 18 de diciembre de 1987, la Sala Primera del

Tribunal Supremo dictó Auto declarando no haber lugar a la admisión del recurso de casación, de conformidad con la regla segunda del artículo 1.710 LEC, por no ajustarse a las formalidades del artículo 1.710 del mismo texto legal.

3. La demanda invoca la vulneración del artículo 24.1 CE e interesa la nulidad del Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictado con fecha 18 de diciembre de 1987, recaído en el recurso de casación, rollo número 983/87, y que interpuso la demanda contra Sentencia dictada con fecha 14 de abril de 1987 por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, rollo número 498/86, en autos de juicio ordinario civil seguidos con don Francisco Rodes Alonso, así como todas las actuaciones posteriores del citado Auto del Tribunal Supremo, reconociendo expresamente el derecho del recurrente a que se acuerde por el Tribunal la tutela judicial efectiva en sus intereses legítimos para no producirle indefensión, con sustanciación y vista del recurso de casación en su día interpuesto ante el Tribunal Supremo».

8. El Fiscal, en escrito presentado el 6 de marzo de 1988, después de exponer los hechos, indica que el Auto encuentra su fundamento y responde a viejos conceptos formalistas, que en el momento actual están excluidos en toda interpretación jurídica, acorde con los principios constitucionales, cuya finalidad es la desaparición de todo obstáculo procesal artificialmente creado. La doctrina del Tribunal Constitucional es constante en materia de formalismos al prohibir que la forma impida el acceso al proceso o al recurso legalmente establecido. El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface cuando se obtiene una respuesta a las pretensiones deducidas frente al órgano jurisdiccional. Esta respuesta tiene que estar fundada en Derecho y puede ser inadmisión siempre que concurra una causa legal y así lo acuerde el Tribunal en aplicación razonada de la misma.

Sería contrario a este derecho fundamental, dado que el recurso de casación constituye un instrumento de los que el recurrente puede servirse para ejercitar el derecho a la tutela judicial efectiva, que se denegara el acceso a dicha vía en atención a una causa legal inexistente o en aplicación no justificada ni razonable de alguna de las causas legales de inadmisión. Pues bien, una cosa es el rigor formal derivado de la naturaleza y contenido de la impugnación casacional y otra un excesivo formalismo que produzca la obstrucción y la dificultad de utilizarla como remedio procesal establecido por la ley.

En este supuesto concreto la recurrente, en el escrito de interposición y formalización del recurso de casación, no expresa normativamente «el motivo o los motivos en que se ampara», pero sí cita las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que considera infringidas por la Sentencia.

Es decir, de las dos exigencias que constituyen el contenido del artículo 1.707 de la LEC la actora no expresa una de ellas.

Pero, sostiene el Fiscal, la falta de expresión en el escrito de interposición del recurso de casación del motivo o motivos en que se ampara no lleva legalmente la consecuencia de la inadmisión.

La causa que produce la inadmisión, cuyo contenido es la limitación del derecho de acceso al recurso, tiene que estar específicamente determinada en la Ley, sin que el Tribunal pueda, mediante una interpretación extensiva del precepto, incluir en la norma causas no establecidas por ella.

Hay que reconocer, añade, que en el escrito de formalización no se expresa nominalmente el motivo del artículo 1.692 de la LEC en que se ampara el recurso, aunque en el resguardo del depósito que acompaña al citado escrito consta con claridad que el recurso se interpone por infracción de ley.

La simple lectura del escrito indica que el motivo en que se ampara el recurso

es la infracción de ley, es decir, el número 5 del citado artículo 1.692 de la LEC. De ese modo, el escrito de interposición, dada la forma en que está redactado, no podía inducir a confusión ni al Tribunal ni a la otra parte, porque ambos conocen con claridad por el escrito que el recurso se interpone por infracción de ley. Los motivos en que se basa el recurso están especificados y anunciados y del contenido de su enunciado se deduce, sin duda, el carácter o clase de recurso que se interpone, aunque no se cite el número 5 del artículo 1.692 de la LEC.

Esta consideración permite afirmar que la respuesta de inadmisión del Tribunal por la omisión de la actora, defecto formal advertible y subsanable, es desproporcionada y por ello contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Por todo ello, el Ministerio Fiscal interesa del Tribunal Sentencia estimando la demanda de amparo.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Estimar el recurso interpuesto por doña María del Carmen Cediel Riol, y en su virtud:

1.º Anular el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1987, recaído en el recurso de casación, rollo número 983/87.

2.º Reconocer al recurrente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Se basa para ello en los siguientes

Fundamentos jurídicos.—Primero.—La recurrente en amparo sostiene que el TS 1.ª a 18 diciembre 1987 vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 24.1 CE, en cuanto que para rechazar e inadmitir el recurso de casación que interpuso en tiempo y forma, adornado con todos los requisitos legales, no se funda en una causa legal preestablecida. Argumenta al efecto que el rechazo del recurso sólo pudo fundarse en la «no expresión de los motivos (del art. 1.962 LEC)», que es un mero incumplimiento formal al que el artículo 1.710 LEC no asocia dicha sanción, pues sólo se refiere con tal trascendencia, entre otros supuestos que no afectan al presente caso, a la falta de cita de las normas que se reputan infringidas, cuya mención y análisis sí se hizo en el escrito presentado. Además de que, por otra parte, en el resguardo del depósito acompañado al escrito de interposición se decía «para responder del recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra Sentencia dictada...».

En el Auto impugnado, en efecto, se dice como único fundamento que «de conformidad con la regla 2.ª del artículo 1.710 LEC y lo informado por el MF, procede la inadmisión del recurso de no ajustarse a las formalidades del artículo 1.707, so pena de convertir la casación en trámite de subsanación por el Ponente de las faltas y omisiones cometidas por los recurrentes». Por su parte, el MF había propuesto la inadmisión por no expresarse en el escrito de formalización los motivos del artículo 1.692 LEC en que se ampara, que es carga de la parte.

Segundo.—Corresponde, pues, a este Tribunal determinar si la interposición y aplicación que se ha expuesto, respecto de las reglas de admisión del recurso, vulneran o no el derecho fundamental aludido.

Dentro del amplio espectro de la tutela judicial se comprende no sólo el que podría calificarse de primer escalón en el ejercicio del derecho a la prestación judicial, es decir, el del acceso a la jurisdicción y a la admisión de toda pretensión fundada, sin perjuicio de su rechazo también fundado, sino también el derecho a los recursos y sucesivas instancias cuando esos remedios procesales procedan según lo dispuesto en la Ley que prevé tanto los recursos ordinarios como los

extraordinarios, entre éstos el de casación en el orden civil, como es aquí el caso.

En este último supuesto, como es notorio, por tratarse de un recurso que atiende tanto a finalidades privadas (de defensa del *ius litigatoris*) como públicas (defensa de la Ley y de la uniformidad jurisprudencial, igual a seguridad jurídica), son más precisas y exigentes, se diría que restrictivas, las reglas legales exigibles para la admisión. Pero ello no supone en modo alguno que se deba conceder prevalencia a una finalidad sobre la otra o en perjuicio de la otra, antes bien conjugarlas y armonizarlas para evitar en todo caso lo que la CE no quiere, es decir, la indefensión del ciudadano. No es sólo que las normas restrictivas no se han de interpretar o aplicar con rigor (*odiosa sunt restringenda*), ni extremar el rigor con más dificultades, sino que sobre toda interpretación del Derecho ha de primar la aplicación de la regla de la eficacia y protección de los derechos, no ya con la concesión o denegación del sustantivo que se impetra, sino, al menos, en principio, con la apertura de la vía del proceso para su consideración judicial, siempre, y eso es claro, que la pretensión procesal no choque del modo directo, frontal, insubsanable, con una regla sin excusa. En tanto no sea así, si es que no se quiere causar indefensión, lo adecuado será evitar el rigor y exceso (formulismo) del formalismo que a veces la Ley, por exigencias de seguridad y uniformidad, impone, interpretando sus reglas de acuerdo con su fin y sin convertir el presupuesto procesal en obstáculo insalvable, insuperable, «en fuente de incertidumbre e imprevisibilidad para la suerte de las pretensiones deducidas», como se dijo en STC 49/1987, de 23 de abril. Sólo, pues, si la causa legal de inadmisión se da, interpretada del modo expuesto, sería posible la desestimación del recurso.

Tercero.—El Auto impugnado se refiere al incumplimiento de las formalidades del artículo 1.707 LEC sin concretar cuáles sean, ya que el precepto alude a la expresión de los motivos, a la cita de las normas o jurisprudencia infringidas, a la identificación de los documentos o informes que demuestren el eventual error en la apreciación de la prueba y, en fin, a la exigencia de razonar y fundamentar los motivos. Parece ser, y eso hay que inferirlo por la remisión del Auto al dictamen fiscal, que la falta que funda la desestimación consiste en no expresar los motivos del artículo 1.692, entre ellos, por tanto, el ordinal 5.º (infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia).

Conviene recordar, abundando en la doctrina antes expuesta, que la CE no impone la existencia o procedencia del recurso de casación en materia civil y, dado su carácter de extraordinario, el legislador es libre de determinar los casos en que procede, limitar las causas o motivos de impugnación y prescribir las demás exigencias materiales y formales para su admisión y tramitación, pero es contrario al indicado derecho a la tutela judicial efectiva denegar el acceso a dicha vía del recurso en atención a causa legal inexistente o en aplicación no justificada ni razonable de alguna de las causas legales de inadmisión.

Por otra parte, si bien la interpretación y aplicación de las normas procesales corresponden al TS (arts. 117 y 123 CE), este Tribunal puede revisar dicha interpretación y aplicación cuando sea manifiestamente carente de fundamento o justificación, ya que en tal caso la inadmisión del recurso de casación equivale a la denegación de la tutela judicial efectiva (SS 17/1985, de 9 de febrero; 57/1985, de 29 de abril; 110/1985, de 8 de octubre; 139/1985, de 18 de octubre; 81/1986, de 20 de junio, y 139/1986, de 29 de octubre, entre otras).

Cuarto.—En la redacción de la LEC anterior a la reforma introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, el artículo 1.720 establecía que en el escrito interponiendo el recurso de casación se había de expresar el párrafo del artículo 1.692 en que se hallara comprendido, citándose «con precisión y claridad la ley

o doctrina legal que se crea infringida, y el concepto en que lo haya sido», y si fueran dos o más los fundamentos o motivos del recurso debían expresarse en párrafos separados y numerados. El incumplimiento de esta exigencia suponía la inviabilidad del recurso, conforme al artículo 1.729,4, habiéndose elaborado en torno de esta causa de inadmisión una abundante jurisprudencia que, partiendo de la esencialidad del requisito, se pronunció casuísticamente con un excesivo formalismo.

La mencionada Ley de reforma mantiene en el nuevo artículo 1.707 la carga de expresar el motivo o los motivos (del art. 1.692 LEC) en que se ampare el recurso, pero no establece expresamente sanción a su incumplimiento, ya que no figura entre las causas de inadmisión del artículo 1.710.2 LEC que, sin embargo, sí menciona la ausencia de cita de las normas reputadas infringidas.

En consecuencia, es diversa la trascendencia del doble requisito establecido en el artículo 1.707, acorde con la nueva regulación del recurso de casación y la doctrina de este mismo Tribunal sobre la interpretación de los requisitos formales, cuando en dicho precepto se establece que en el «escrito de interposición del recurso de casación se expresarán el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas».

De una parte, no cabe olvidar la unificación del procedimiento de los cinco motivos de casación, desempeñando éstos sólo una finalidad limitada del recurso, conforme a su naturaleza extraordinaria, y para la concreción del conocimiento del órgano judicial, referido sólo a los que en concreto se aduzcan por los recurrentes. De otra, la exigencia se orienta a la correcta ordenación del debate y a asegurar, en atención al juzgador y a la parte recurrida, la mayor claridad y precisión en la comprensión de los motivos articulados, que han de estar referidos a los apartados del artículo 1.692 LEC. De tal modo que si esta exigencia resulta cumplida, porque el escrito de interposición no induce a error, una inadmisión acordada por el mero incumplimiento del primer inciso del actual artículo 1.707, es decir, la «expresión del motivo o los motivos en que se ampara», con independencia de su falta de consignación expresa en la Ley como tal causa de inadmisión, representa una interpretación formalmente impositiva para el recurso y como tal, contraria a las exigencias del artículo 24.1 CE.

En el presente caso, el escrito de interposición, aunque no señala en el encabezamiento de los «motivos» que numera la indicación de que se amparan en la infracción de normas del ordenamiento jurídico (art. 1.692.5 LEC), no deja lugar a dudas sobre este particular, mencionando en tal sentido, entre otros, los artículos 618, 632, 633, 1.467, 1.129 y 1.505 CC, como normas infringidas por la Sentencia recurrida, contra cuya violación dirige el recurso. Se entiende así que la interpretación y aplicación hecha de las normas procesales que regulan el recurso de casación se compadece con la finalidad de dichas reglas ni con la reiterada doctrina al respecto de este Tribunal, que ha propugnado siempre la interpretación favorable a la mayor efectividad de los derechos constitucionales fundamentales. La demanda, pues, debe ser estimada.

2. *Sentencia de 3 de abril de 1989.*—ARRENDAMIENTOS.—Es inadmisibile la consignación de rentas pendientes mediante cheque bancario al interponer un recurso.—Sala 2.^a—Ponente: Sr. Rodríguez-Piñero.

Hechos.—La demanda impugna en vía de amparo el Auto de 24 de julio de 1987 dictado por la Sección 4.^a de la AP formulado por el solicitante de amparo contra la Sentencia del JD Madrid número 20, en autos sobre resolución de

arrendamiento urbano, y firme la resolución judicial impugnada, por estimar no debidamente cumplida la exigencia establecida en el artículo 148.2 LAU —consignación o pago de las rentas debidas como presupuesto previo para el acceso al recurso— al haberse realizado la consignación por el recurrente al interponer el recurso en el Juzgado de Guardia, no en metálico, sino mediante un cheque bancario librado por la propia entidad emisora contra sí misma y a favor del Secretario del Juzgado *a quo*. Según el solicitante de amparo esa decisión habría vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en su vertiente de acceso a los recursos legalmente establecidos, y, en concreto, al de apelación interpuesto contra la Sentencia de instancia.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido otorgar el amparo solicitado y en su virtud:

1. Reconocer que el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante implica el derecho a que no se le inadmita el recurso de apelación formulado contra la S. de 3 de septiembre de 1986 del JD de Madrid número 20, por haber consignado las rentas adeudadas por medio de un cheque bancario.

2. Anular el Auto 43/1987, de 24 de julio, de la Sección 4.^a de la AP de Madrid (rollo 99/87).

El fallo se razona en los siguientes

Fundamentos de Derecho.—Segundo.—Este Tribunal ha venido afirmando reiteradamente que el acceso a los recursos forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, que constituye una de sus vertientes, y que, además, el contenido de ese derecho no se agota en el acceso al recurso, sino que comprende el derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada, que puede limitarse, sin embargo, a declarar la inadmisión del recurso en el caso de que no se den los requisitos legalmente establecidos (TCSS 37/1982, 19/1983, 68/1983 y 93/1984). Al mismo tiempo ha dicho que, aunque el legislador goza de un amplio margen para la regulación de tales requisitos, como los mismos constituyen una limitación al ejercicio del derecho fundamental, no pueden ser fijados arbitrariamente, sino que han de responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifiquen su existencia y que «por la misma razón las normas que las contienen han de ser interpretadas teniendo siempre presente el fin pretendido al establecerlos, evitando se conviertan en meros obstáculos procesales» (STC 46/1989).

Por ello, los órganos judiciales están obligados a interpretar las disposiciones procesales en el sentido más favorable para la efectividad del derecho que consagra el artículo 24.1 (STC 90/1986), evitando la imposición de formalismos enervantes, contrarios al espíritu y finalidad de la norma y el convertir cualquier irregularidad formal un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, al margen de la función y sentido de la razón y finalidad que inspira la existencia del requisito procesal (SSTC 69/1984 y 90/1986). Ello significa que al examinar el cumplimiento de los requisitos procesales, el órgano judicial está obligado a ponderar la entidad real del vicio advertido, en relación con la sanción del cierre del proceso y del acceso a la justicia que de él pueda derivar y, además, permitir en lo posible la subsanación del vicio advertido (STC 49/1989). Si el órgano judicial no hace posible la subsanación de un defecto formal que pudiera considerarse como subsanable o impone un rigor en las exigencias formales más allá de la finalidad a que la misma responda sería incompatible con la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial que tutela el artículo 24.1 CE.

Aunque la interpretación y aplicación de los presupuestos procesales en ma-

teria de recursos corresponde a los órganos judiciales, puede este Tribunal revisar este proceso constitucional si la interpretación dada por el órgano judicial a los requisitos procesales ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente. En este concreto proceso nos corresponde examinar si la interpretación dada por la AP a la exigencia del artículo 148.2 LAU, y que ha llevado a la inadmisión del recurso de apelación del solicitante de amparo, ha lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva.

Tercero.—Este Tribunal no ha considerado contrario a la CE el requisito establecido en el artículo 148.2 LAU —consignación o pago de las rentas debidas como presupuesto necesario para el acceso al recurso— justificado por su objeto de evitar que el arrendatario se valga del pleito para dejar de satisfacer la renta durante la tramitación del mismo (STC 104/1984). El precepto supone que en todo proceso arrendaticio el inquilino o arrendatario que pretenda recurrir debe inexcusablemente continuar abonando el pago de la renta, evitando que la continuidad en la ocupación de la vivienda, dilatando el cumplimiento de la Sentencia recurrida, tenga lugar, sin el efectivo pago de la renta, en perjuicio de quien obtuvo la Sentencia en su favor. Pero al ser precisamente un obstáculo al ejercicio de un derecho fundamental, el de la apelación, ese presupuesto procesal ha de ser interpretado, a partir de la CE, en un sentido menos rígido del que tradicionalmente había venido exigiendo nuestra jurisprudencia civil, y buscando (como ya señaló la STC 59/1984), un necesario equilibrio entre la exigencia legal de aplicar el presupuesto, cuyo cumplimiento no puede dejarse, obviamente, al arbitrio de cada una de las partes y la necesidad de que dicha normativa sea entendida en la forma que resulte más favorable a la efectividad del derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 CE y de acuerdo con la *ratio* y finalidad que inspira su existencia.

No es ocioso recordar, además, que este Tribunal, en relación con las consignaciones obligatorias para recurrir en otros procesos distintos al arrendaticio, ha afirmado con reiteración que el derecho a la tutela judicial efectiva exige una mayor flexibilidad en la aplicación del correspondiente precepto legal para evitar que ese requisito, en principio constitucionalmente legítimo, pueda convertirse en un obstáculo desproporcionado, sobre todo en aquellos casos de imposibilidad o de extraordinaria dificultad del cumplimiento del deber de consignar en metálico para recurrir (SSTC 3/1983, 97/1983, 14/1983, 20/1983 y 142/1985), habiendo incluso admitido la posibilidad del ofrecimiento de medios alternativos de garantía (STC 76/1985), insistiendo así en la consecución de la finalidad de garantía que supone el requisito, más que en la forma concreta de su cumplimiento. De este modo las exigencias de consignación y depósito que las leyes procesales establezcan para interponer recursos, para ser compatibles con el artículo 24.1 CE, no deben constituir obstáculos irrazonables ni impedimentos o dificultades extraordinariamente gravosas que en la práctica hagan imposible o extremadamente difícil el acceso a la jurisdicción en sus diversas instancias. A partir de la promulgación de la CE, la concordancia práctica entre el cumplimiento del requisito procesal, que protege a una de las partes, y el acceso a la jurisdicción, que constituye el derecho fundamental de otra, exige una revisión de interpretaciones excesivamente rigurosas que pueden tener su fundamento en el texto de los preceptos legales, pero no en la necesaria interpretación de los mismos, a la luz del artículo 24.1 CE.

Cuarto.—La AP Madrid ha basado su decisión en una interpretación, que ella misma califica de rigurosa, de la exigencia del artículo 148.2 LAU, en el que se habla de tener satisfechas las rentas en el momento de interponer el recurso, lo

que para la Sala significaría una equiparación absoluta entre el pago y la consignación, el cual habría de tener el «mismo efecto liberatorio del pago propiamente dicho, tanto en eficacia como en disponibilidad, sin condicionamiento alguno directo o indirecto que merme, limite o retrase la repercusión inmediata y solución de esa alternativa, y sin que, en consecuencia, la modalidad elegida u observada para llevarla a efecto, se canalice mediante la emisión de una orden a tercero para que efectúe el pago, lo afiance o lo tenga en depósito..., pues ninguno de tales supuestos comporta el que pueden quedar subsumidos en el concepto jurídico legal del pago, según entiende el artículo 1.157 CC, ni, por otra parte, cubran o garanticen la exigencia temporal de ser efectuados precisamente dentro del plan legal para recurrir». En consecuencia, estima que la consignación de las rentas adeudadas mediante el cheque bancario presentado en el Juzgado de Guardia el último día del plazo para recurrir, no ha podido satisfacer la «rigurosa exigencia» del artículo 148 LAU.

La cuestión se centra así en la aceptabilidad de la modalidad elegida, un cheque bancario, para la consignación de la renta, en sí la utilización de ese instrumento, en vez de la consignación en metálico, en un vicio procesal insubsanable y de tal entidad que no permite otra decisión que la de inadmisión del recurso.

El solicitante de amparo basa su argumentación en la validez de la consignación realizada mediante el cheque bancario, dada la naturaleza de este instrumento, y dado, además, que diferencia del artículo 148.2 LAU, el artículo 1.566 LEC distingue con toda claridad entre el tener satisfechas las rentas debidas de su consignación en el Juzgado o Tribunal, en cuyo caso dicho órgano judicial requerirá al arrendador demandante «para que reciba dichas rentas», necesariamente en un momento posterior, produciéndose sólo entonces el efecto liberatorio del deudor. Sin embargo, no resulta necesario pronunciarse en este proceso si una interpretación de dichos artículos a la luz de la CE debe suponer, con carácter general, la validez de la consignación de las rentas realizada mediante cheque bancario. Dadas las circunstancias concurrentes en el supuesto planteado no basta examinar sólo si aun considerando inaceptable tal forma de consignación en el presente caso la utilización de dicha forma podría no ser imputable a la parte, ni ser de tal importancia y entidad, en realidad con la consecución de la finalidad que cumple el requisito, como para justificar la pérdida del derecho al recurso.

Quinto.—Para resolver la cuestión así planteada resulta necesario analizar las circunstancias que han llevado a la consignación por medio de cheque bancario, y cómo la utilización de esa forma de consignación a disposición inmediata de esas rentas al arrendador desde el momento de la interposición del recurso.

El proceso de origen trataba de la resolución de un contrato de arrendamiento por cesión inconstituida, y en el que la propiedad ha venido negando al solicitante de amparo, ocupante de la vivienda, la condición de inquilino, y por ello no ha aceptado la percepción de las rentas correspondientes. Para cumplir el requisito del artículo 148.2 LAU el recurrente se ha visto así forzado a acudir al procedimiento de consignación judicial, al que el artículo 1.566 LEC concede el mismo efecto procesal en cuanto a posibilitar el acceso al recurso de apelación, que el pago directo de las rentas. La consignación no ha sido en este caso una modalidad elegida voluntariamente por la parte, sino una modalidad a la que se ha visto obligada por la actitud, por lo demás legítima, de la parte demandante.

El recurso, además, se presentó por la parte del último día de plazo y ante el JI en funciones de guardia, el cual, según reconoce el órgano de instancia, no

admite, por razones que no son del caso, consignaciones en metálico. El Juzgado de Guardia rechazó el recurso de reposición contra la providencia que tuvo por interpuesto el recurso de apelación y hecha válidamente la consignación, precisamente por estimar que en una interpretación de la normativa procesal a la luz de la CE la no admisión de consignaciones en metálico por el Juzgado de Guardia «no puede ser imputable a la parte recurrente ni, lógicamente, causarle un perjuicio». La elección de la modalidad de pago, sustitutiva de la del metálico, no fue, por tanto, debida tampoco a una decisión voluntaria de la parte, sino a una exigencia del órgano procesal en el que, legítimamente, se presentó el recurso y se realizó la consignación. La escasa cuantía de la cantidad objeto de consignación (22.380 pesetas) en relación al interés de la parte a mantenerse en el uso de una vivienda abonando una renta mensual ínfima (372 pesetas), hace muy poco verosímil estimar una voluntad reticente de la parte en el abono regular de las rentas vencidas, frente a la sí reticente voluntad de recibir las de las propietarias. El solicitante de amparo ha actuado así con la debida diligencia para cumplir el requisito procesal, y además ha elegido para ello, dentro de las modalidades sustitutivas del pago en metálico, que no le admitía el órgano judicial, lo que mejor podía cumplir la finalidad perseguida por la norma, no la de un mero talón librado contra su cuenta corriente, sino un cheque bancario dirigido al Secretario del Juzgado, con efectividad inmediata y atendible en el acto sin necesidad de comprobación alguna de la existencia de fondos.

Una tercera circunstancia a valorar es la de que el órgano judicial de instancia, al margen del retraso con que actuó y en el que insiste la Audiencia pero que en modo alguno es imputable a la parte recurrente, en la correspondiente providencia admite el escrito de la parte, tiene por interpuesto el recurso de apelación, hecha la consignación en forma, ordena que se ingrese el cheque en la cuenta provisional de consignaciones del Juzgado y requiere al actor para que retire el dinero consignado. Es decir, ha puesto a disposición de los arrendadores inmediatamente la cantidad objeto de consignación, aunque la representación de éstas se retrasa unos días en retirar las rentas consignadas puestas a su disposición. A su vez la entrega de esa cantidad se hace no en metálico, sino por medio de un talón del Juzgado contra una entidad bancaria. En lo que aquí interesa ha de resaltarse que, a efectos de la percepción por la parte de las rentas consignadas, ha sido totalmente indiferente el que la consignación se haya realizado no en metálico, sino por cheque bancario, dada la conocida práctica judicial de ingresar las consignaciones en metálico en una cuenta bancaria y pagarlas a la parte correspondiente mediante talón bancario. El ingreso del cheque bancario en la cuenta del Juzgado ha tenido aquí el mismo efecto que si el ingreso se hubiese realizado en metálico, y ha permitido la inmediata puesta a disposición de la cantidad correspondiente en favor de la otra parte. Las razones que da la Audiencia para rechazar esa consignación en metálico, son abstractas, carecen de toda viabilidad en el caso concreto dada la intermediación, por la práctica judicial, del ingreso en cuenta corriente de la cantidad consignada, lo que ha permitido, sin problema alguno, el cumplimiento de la exigencia del artículo 1.566.2 LEC, es decir, el requerir al demandante para que éste reciba las correspondientes rentas.

Un último elemento a tomar en consideración es el de la actitud reticente de la actora y, luego recurrida, en cuanto a su falta de voluntad, también después de la consignación, para recibir las rentas consignadas. Desde un primer momento, y frente a unas rentas ya puestas a su disposición, ha tratado de evitar su recepción, impugnando la modalidad elegida para la consignación, siendo así

que la misma, según se acaba de decir, no le ha supuesto por sí mismo perjuicio o retraso alguno para la recepción efectiva de las rentas.

Examinadas todas estas circunstancias fácticas en conjunto, resulta claro que ni es imputable a la parte la modalidad elegida, diversa a la de en metálico, para la consignación de las rentas que exige el artículo 148.2 LAU y el artículo 1.566 LEC, ni la utilización de esta modalidad ha supuesto en el caso concreto obstáculo alguno para el cumplimiento de la finalidad del precepto, posibilitar la recepción inmediata del arrendador de las rentas asignadas.

Dadas estas circunstancias la decisión de la AP supone un excesivo rigor en la exigencia del requisito formal más allá de la finalidad a que el mismo responde, por lo que ha de considerarse contrario a la efectividad del derecho consagrado en el artículo 24.1 CE y, por ende, vulnerador de tal derecho, por lo que el recurso ha de ser estimado.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA y
FERNANDO CANALS BRAGE

PROPIEDAD HORIZONTAL: COMUNIDAD FUNCIONAL (NAVARRA). AGRUPACION PARCIAL DE LOCALES PERTENECIENTES A DISTINTOS EDIFICIOS. MODIFICACION DEL REGIMEN CONSENTIMIENTO ANTICIPADO PARA AGRUPAR, SEGREGAR Y DIVIDIR (RESOLUCIÓN DE 27 DE MAYO DE 1983).

SUMARIO: A) SUPUESTO DE HECHO. B) NOTA DE CALIFICACIÓN. C) INFORME DEL NOTARIO. D) INFORME DEL REGISTRADOR. E) AUTO DEL PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA. F) APELACIÓN DEL NOTARIO. G) RESOLUCIÓN. DOCTRINA Y COMENTARIO: 1. *Comunidad funcional (Navarra):* El propietario de cinco locales independientes destinados a garaje e integrados en tres edificios distintos puede constituir una comunidad permanente, que se caracterice por excluir la acción de división y los derechos de preferente adquisición de los comuneros, establecer sus causas de extinción y fundamentar su existencia en el principio jurídico de «paramiento fuero vienza» y en la necesidad funcional impuesta por un destino común, mediante la enajenación simultánea de cuotas indivisas sobre la finca. 2. *Agrupación impropia:* facultados por sendas cláusulas estatutarias, los propietarios actuales y futuros de los locales del sótano para agruparlos entre sí o con otros de edificio colindante, es posible llevar a cabo la agrupación de cinco locales destinados exclusiva y permanentemente a garaje e integrados en tres edificios contiguos, con la subsistencia de las fincas de procedencia dentro de su respectiva propiedad horizontal, coexistiendo los antiguos folios registrales con el nuevo. 3. *Modificación del régimen:* la agrupación practicada no altera el régimen de propiedad horizontal. No hay división, ni nuevos locales, ni aumenta el número de propietarios con derecho a voto. Es de aplicación el artículo 14 y no el 16.2 de la LPH. 4. *Consentimiento anticipado para agrupar, segregar y dividir:* no infringe el artículo 16.2 de la Ley de Propiedad Horizontal la cláusula estatutaria que autoriza para realizar tales actos sin consentimiento de los demás propietarios.

La Resolución de 27 de mayo de 1983 recoge la posibilidad de las agrupaciones temporales de fincas independientes con destino común, integradas en edificios contiguos sujetos a regimenes autónomos de propiedad horizontal, siempre que los estatutos respectivos contemplen dicha situación, e incluso la operatividad de la cláusula sin necesidad de la aprobación de las respectivas Juntas de propietarios. El fundamento jurídico de esta atípica figura se encuentra, según la

DG, en la insuficiencia normativa de la LPH, que no contempla «un fenómeno social posterior», cual es el de las distintas situaciones que la realidad económica va creando al margen de la previsión legal —urbanizaciones privadas, complejos inmobiliarios, garajes intercomunitarios—, provocándose un «vacío legal» que el Centro Directivo ha intentado llenar a través de distintas resoluciones.

A) SUPUESTO DE HECHO

El supuesto de hecho es el siguiente: 1.º Las escrituras de declaración de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal de tres edificios contienen una cláusula idéntica «que faculta a los propietarios actuales y futuros de los locales de sótano para dividirlos, segregarlos, agregarlos o agruparlos entre sí, con otros colindantes, de la propia casa o de otra colindante». Presuponemos que dicha cláusula está inscrita y que admite su ejercicio sin el concurso de la voluntad de los copropietarios de los edificios de referencia (así se deduce del penúltimo considerando). 2.º La propietaria única de cinco locales, subterráneos y colindantes, que forman parte de las tres mencionadas edificaciones, procede a su agrupación y a la constitución de una comunidad sobre la finca agrupada. 3.º En la escritura de agrupación se hace constar que las cinco fincas independientes forman un sólo y único garaje, una «unidad económica de explotación»; que la agrupación registral «se entiende sin perjuicio de que los locales del sótano sigan integrados en las respectivas comunidades en propiedad horizontal»; que el acto no afecta a las comunidades existentes, para las que se tiene por no realizado; y que la nueva comunidad constituida excluye la acción de división y el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, y sólo se extinguirá por acuerdo unánime de los comuneros.

B) NOTA DE CALIFICACIÓN

El Registrador deniega, por su parte, la inscripción solicitada, en base a los siguientes defectos: 1.º La agrupación quebranta el principio de unidad de edificio —art. 8 LPH. 2.º Su finalidad, mancomunidad de uso, no tiene cabida en los artículos 8.2 de la LH y 44.4 de su Reglamento, pues no se trata de una explotación industrial. 3.º Atipicidad de esta nueva entidad hipotecaria —la agrupación es y no es a un tiempo. 4.º Contraviene el artículo 16.2 de la LPH, ya que aunque las cuotas permanezcan intactas, el número de propietarios del local si se ve alterado. 5.º La comunidad constituida vulnera la imperatividad de los artículos 372 y 374 de la Compilación de Navarra y 400 y 1.522 del CC.

C) INFORME DEL NOTARIO

El recurrente, por su lado, entiende que deben practicarse los asientos que el documento contiene, porque: 1.º La agrupación no altera la unidad de edificio, que subsiste como si ésta no existiera. 2.º Que la unidad económica y jurídica de explotación y destino que se crea, agrupación excepcional o menos plena, se caracteriza, a efectos registrales, por la coexistencia del nuevo folio con el independiente del local afectado. 3.º Que la alteración del número de propietarios en modo alguno afecta a la propiedad horizontal, siendo inaplicable el artículo 16.2

de la LPH. 4.º Que el sistema de fuentes del Derecho Civil Foral de Navarra, en general —«paramiento fuero vienza»—, y del régimen de comunidad establecido en el artículo 371 de la Compilación, en concreto, afirman el principio de la prevalencia de la voluntad privada sobre las propias disposiciones forales. 5.º Que la misma Compilación da cabida a comunidades atípicas, y los garajes en comunidad son una modalidad de las denominadas comunidades funcionales, voluntarias, organizadas y permanentes. 6.º Que resultado de esa permanencia y organización —comunidad social— es la exclusión de los derechos de adquisición preferente y de la acción de división, interpretando que el artículo 401.1.º del CC también excluye la división material, económica y jurídica.

D) INFORME DEL REGISTRADOR

En consecuencia, el Registrador en el informe preceptivo entiende: 1.º Que para la legislación hipotecaria lo que existen son agrupaciones, sin graduación alguna de plenas y menos plenas, y que tal operación supone el cierre de los folios registrales de las fincas agrupadas. 2.º Que el artículo 44.1.º del RH prevé la agrupación de fincas colindantes que físicamente constituyan un solo edificio o casa-habitación. 3.º Que la pretendida asimilación de este supuesto al contemplado por los artículos 8.2.º de la LH y 44.4.º de su Reglamento, es evidente, aunque no se empleen en la escritura los términos «explotación industrial», caso ante el que no nos encontramos. 4.º Que la admisión de esa atípica comunidad colisiona con el principio de especialidad y acarrea perturbación y confusión en el orden práctico. 5.º Que de la imperatividad del artículo 8 de la LPH se deduce la nulidad de la cláusula. 6.º Que la comunidad constituida es una comunidad ordinaria de tipo romano, divisible en cualquier caso, conforme a la Ley 274 de la Compilación, y que cuando ésta quiere excluir dicha acción lo hace expresamente. Lo mismo que ocurre, asimismo, con el retracto. La Ley 372 lo impone.

E) AUTO DEL PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA

El Presidente de la Audiencia, confirma en Auto la nota de calificación, por análogas razones a las que atiende el Registrador.

F) APELACIÓN DEL NOTARIO

Y el Notario recurrente apela a la DG, que resuelve el 27 de mayo de 1983.

G) RESOLUCIÓN DOCTRINA Y COMENTARIO

La doctrina de la DG —habida cuenta que el plan de reparcelación y proyecto de urbanización señala como único destino, exclusivo y permanente, de los locales de sótano el de garaje, que éste en la realidad es único, que algunas plazas están a caballo y que cuenta con licencia municipal de apertura— es la siguiente (1):

(1) Puede observarse la tendencia de la DG en la actualidad a fundamentar las Resoluciones en la realidad extrarregistral —del primer considerando no resulta que su

1. *Comunidad funcional (Navarra): El propietario de cinco locales destinados a garaje e integrados en tres edificios puede constituir una comunidad permanente, que se caracterice por excluir la acción de división y los derechos de preferente adquisición de los comuneros, establecer sus causas de extinción y fundamentar su existencia en el principio jurídico de «paramiento fuero vienza» y en la necesidad funcional impuesta por un destino común, mediante la enajenación simultánea de cuotas indivisas sobre la finca*

La insuficiencia normativa que la DG y la propia doctrina y jurisprudencia advierten en el articulado de la LPH es evidente. A los veintinueve años de su vigencia, la realidad social impone su desarrollo y adaptación, dando nuevo cauce a situaciones nuevas, nacidas de la voluntad privada en el desenvolvimiento económico de las instituciones. El problema no es ése, sino el de la atemperación de las soluciones prácticas a la normativa vigente. Se puede crear derecho, pero, en tanto el legislador encauza la realidad, debe hacerse por la aplicación analógica, si es posible, antes de recurrir a la atipicidad. La atipicidad, bajo la amenaza de la nulidad judicial, es un terreno resbaladizo. Son necesarias Instrucciones y no Resoluciones para resolver el problema, reformas reglamentarias con la viveza que la sociedad reclama. La seguridad jurídica debe imperar.

Tendríamos que preguntarnos si la LPH y el CC no permiten una solución analógica distinta de la comunidad funcional y de las adscripciones de uso, si cada comunero puede ejercitar en todo momento, la que podríamos llamar acción de división horizontal. Si la indivisibilidad del garaje, como unidad económica y jurídica, impide la división material de éste, formando nuevas fincas independientes, con una serie de elementos comunes —acceso y viales— que hagan factible el ejercicio de la propiedad separada, fuera ya del posible fraude de Ley —civil y fiscal— que tal vinculación atípica puede materializar. La comunidad funcional es un «ex-abrupto», donde confluyen la comunidad ordinaria por cuotas ideales y la comunidad «pro-diviso» en el uso exclusivo de las plazas individuales. Sería, quizá, más sencillo admitir la acción de división horizontal. Como indica el TS, la indivisibilidad de cosa, según destino, no obliga necesariamente a la enajenación en pública subasta, si cabe su división en régimen de propiedad horizontal —ver arts. 400 y 401 del CC: S. de 9 de mayo de 1988 (2). La acción de subdivisión, en este caso, evitaría los problemas de la atipicidad comunitaria, sin tener que recurrir a la exclusión de los derechos de preferente adquisición y de la acción de división. El garaje por destino será indivisible, pero el aprovechamiento puede dar lugar a una sólida titularidad dominical, más allá de la simple adscripción, apoyada, hoy por hoy, en un simple artículo reglamentario, que más obedece en su fundamento a resolver un problema de mecánica registral que de derecho sustantivo. Analogía y no atipicidad.

(Sobre comunidad funcional, hay que tener en cuenta, además, las Resoluciones de 18 de mayo de 1983 y 20 de febrero de 1989, objeto de comentario en otro lugar.)

contenido se incluya en el documento presentado—. Destacamos con mayúsculas la doctrina extraída y añadimos un breve comentario.

(2) *RCDI* núm. 591, pág. 517: La venta en pública subasta de un edificio común está supeditada a que no sea posible la adjudicación de pisos o locales independientes, mediante la formación de los correspondientes lotes entre los comuneros y la constitución, en suma, del régimen de propiedad horizontal (STS 9 mayo 1988).

2. *Agrupación impropia. facultados por sendas cláusulas estatutarias, los propietarios actuales y futuros de los locales de sótano para agruparlos entre sí o con otros de edificio colindante, es posible llevar a cabo la agrupación de cinco locales destinados exclusiva y permanentemente a garaje e integrados en tres edificios contiguos, con la subsistencia de las fincas de procedencia dentro de su respectiva propiedad horizontal, coexistiendo los antiguos folios registrales con el nuevo*

La excepcionalidad de ciertas agrupaciones, recogida en los artículos 8.2 y 44 de la Ley y Reglamento Hipotecarios (las denominadas fincas funcionales), a diferencia de esta agrupación impropia, más atiende al problema físico de la no colindancia que al problema jurídico de la unidad: la finalidad da una estructura organizativa y económica a la diversidad de elementos que componen un todo —a veces—, parece un patrimonio separado. Los actos de división, segregación, agregación o agrupación son actos formales que persiguen dar carta de naturaleza a un nuevo objeto jurídico. El nuevo objeto forma un todo, y la independencia de los elementos que lo componen desaparece. Es por ello que esta agrupación es más impropia de lo que parece. La finalidad o destino es común. Las fincas agrupadas subsisten. La singularidad, a diferencia de las agrupaciones temporales de empresa, no está en la titularidad. Incluso en éstas lo determinante es la comunidad que entre ellas forman, la participación indivisa de cada una, ya que la agrupación en sí no tiene personalidad jurídica (3). La singularidad, pues, de esta agrupación excepcional está en el objeto. Se crea un nuevo objeto. No se pueden agrupar físicamente elementos independientes integrados en edificios contiguos. La especial naturaleza jurídica de la propiedad horizontal lo impide. El destino puede ser común, pero el objeto físico no. Los locales en planta baja participan necesariamente de los elementos comunes de cada edificio, y en concreto del suelo. Física y jurídicamente los locales siempre dependerán en determinada medida de su edificio matriz.

En definitiva, la DG lo que hace es reconocer la existencia de una finca nueva de carácter formal —el Registro se lleva por fincas—, que carece de autonomía, sin sustantividad física ni jurídica, dependiente de la subsistencia y régimen de tres comunidades horizontales, a través del establecimiento de la excepcional reglamentación de una comunidad atípica, a caballo sobre esas tres. Propiamente, no hay agrupación, el folio se abre para dar cabida al estatuto jurídico, en orden a la administración y disposición, de cinco locales poseídos *pro indiviso* con destino común. Luego, ¿para que agrupar? Hubiese bastado hacer constar en los folios respectivos ese especial estatuto jurídico y el régimen de servidumbres recíprocas existente entre los mismos. La razón, pues, del nuevo folio no puede ser otra que clarificar —¿?— el contenido del Registro, a la hora de practicar las «segregaciones» de las plazas de garaje adscritas a las cuotas, o facilitar la venta de cuotas sin determinar el local y edificio en que se concreta, ya que en

(3) ¿Qué ocurrirá entonces con los embargos?, ¿debe dirigirse la demanda contra la agrupación, aparente titular, o contra cualquier empresa? Es indudable que la adjudicación a un tercero de la participación de un empresa desnaturaliza la especial relación que la unión crea. Los partícipes no son sustituibles. Teniendo carácter temporal la agrupación, tal vez, cabría entender que es necesario que la demanda se dirija contra la agrupación por deudas de uno de sus miembros, o que la adjudicación a un tercero de la participación lo único que arrastra es la exclusión del patrimonio separado común de dicha participación, subsistiendo la relación especial preexistente.

todo caso habrá una equivalencia o proporcionalidad entre esa cuota y la cotitularidad de los cinco locales. El «dueño» de una plaza de garaje será comunero sobre los cinco locales, con independencia de su situación física. Si estas fincas no desaparecen, alguien será su titular, no creo que la comunidad funcional tenga personalidad jurídica. Y los titulares serán todos los comuneros, si no la adscripción tendría el mismo efecto que el pleno dominio sobre la plaza, resultado de la división. De esta forma cualquier copropietario puede instar judicialmente la readscripción, ya que a igualdad o superioridad de cuota usa una plaza de menos valor —superficie, situación—. El vendedor transmite cinco cuotas sustantivas, una funcional y adscribe una plaza de garaje. Desde luego, no es el camino más corto para vender una plaza de garaje. Bastaría con la subdivisión horizontal de cada local y el establecimiento de servidumbres recíprocas, con su correspondiente previsión estatutaria. Subdivisión horizontal más acorde con la Resolución de 4 de abril de 1980 (4) que esta impropia agrupación innecesaria. O con la creación de cinco elementos procomunales, en utilidad y servicio de los comuneros respectivos, interdependientes por razón de un único destino o estableciendo servidumbres recíprocas interpretando la palabra «todos» del artículo 4 de la LPH como todos los comuneros y no todos los copropietarios del edificio (5). O bien pudo recurrirse a la figura de la titularidad *ob rem* recíproca entre los cinco locales.

En la subdivisión horizontal, entiendo analogía, en el establecimiento de un elemento procomunal, interpretación, y en la agrupación impropia, atipicidad. Ante la insuficiencia normativa de la LPH, el TS sigue y la DG suele seguir el camino de la analogía y no el de la atipicidad, salvo en este caso. Razones: vacío legal, necesidad social, unidad orgánica del garaje, agrupaciones excepcionales existentes —reguladas, arts. 8 y 44 de la L. y RH, y no reguladas, Resolución 2 de abril de 1980, coexistencia de regímenes jurídicos —propiedad horizontal, comunidad funcional—. Problemas: transcendencia substantiva de la agrupación, de la comunidad funcional y de la adscripción de uso —impugnación, nulidad.

La siguiente cuestión que plantea esta agrupación es la de la hipoteca y el embargo de las cuotas. ¿Dónde deberá practicarse el asiento?, ¿en los folios de las fincas independientes, en el de la matriz o en el de la adscripción?, ¿sigue el folio de los cinco locales «entreabierto» a estos efectos, o el historial debe continuar exclusivamente en el filial de la adscripción?, ¿deben ponerse notas de relación en la agrupación y en los folios correspondientes?, ¿y si el mandamiento persigue la cuota sobre un local independiente, habría que denegar?, ¿y si se persiguen y se ejecutan gastos comunes impagados de un local, cediéndose el local a un tercero, se extingue la comunidad sin más sobre local? —éste responde individualmente por el artículo 9 de la LPH. Como vemos la cuota de equivalen-

(4) Imaginamos que el considerando 5.º de la Resolución de 27 mayo 1983 alude a la Resolución de 2 abril 1980 sobre urbanizaciones privadas en cuanto admite otra agrupación excepcional, puesto que no es lo mismo la superposición de propiedades horizontales —analogía: sistema de la muñeca rusa—, que la desviación a folio separado —finca independiente— al régimen jurídico de determinada comunidad, generando una situación atípica en la forma —agrupación— y en el fondo —comunidad funcional.

(5) Para POVEDA el elemento procomunal es un elemento común accidental, calificación que, si la seguimos, plantea el problema de la titularidad —todos—, aunque no del uso, que puede atribuirse exclusivamente a señalados copropietarios (v. POVEDA DÍAZ, J.: *Los elementos procomunales en la propiedad horizontal*, ed. CEH, Madrid 1983, págs. 55 y sigs.

cia es necesaria y la adscripción de uso en folio separado debe contener la expresión del local donde se ubica la plaza, de otro modo surge la duda del lugar donde debe practicarse el asiento, sobre todo si subsiste la responsabilidad individual de la finca independiente por el artículo 9, ya que la Resolución dice que esta agrupación en nada afecta a las respectivas propiedades horizontales. O el contrato pormenoriza todos estos extremos o la confusión nace. Las cuotas de la comunidad funcional responden por un lado —folio de la agrupación o folio de la adscripción—, y los locales por otro —dentro de su propio régimen—. El nuevo objeto de tráfico jurídico se desdobra. Si se ejecuta y adjudica a un tercero un local situado en el medio del garaje, el destino común no puede desarrollarse, ¿qué adquiere el adjudicatario: un local en dominio o las cuotas equivalentes?, ¿le vincula la comunidad funcional?, ¿y se anota y ejecuta el local por la responsabilidad legal tácita del artículo 9...? El mismo problema plantearía la destrucción de un edificio, o la extinción del régimen de propiedad horizontal de otro por la ejecución de una carga preferente —hipoteca, embargo—, o por expropiación forzosa. Si no se sabe o no se puede determinar la titularidad equivalente a cada local, la duda surge, ya que la extinción de cualquiera de las propiedades horizontales constituidas arrastraría a la propia comunidad funcional, ¿qué ocurriría con las adscripciones de uso correspondientes al local desaparecido?, ¿dónde depararían las cuotas de los comuneros afectados, adjudicadas todas las plazas?, ¿se tratará de cuotas sin derecho de uso?, ¿por qué?: todo ello lleva a la ilícita exclusión singular de un comunero en el aprovechamiento de la cosa común, a la acción judicial correspondiente y a la subdivisión horizontal o a la enajenación en pública subasta, al margen de la previsión estatutaria del acuerdo unánime como único medio de extinción de la comunidad.

3. *Modificación del régimen. la agrupación practicada no altera el régimen de propiedad horizontal. No hay división, ni nuevos locales, ni aumenta el número de propietarios con derecho a voto. Es de aplicación el artículo 14 y no el 16.2 de la LPH*

Si la agrupación practicada sólo vincula jurídicamente a los titulares de los locales que los conforman, y en nada afecta a la situación física y jurídico-registral de las tres comunidades horizontales respectivas, deberá existir, como apuntábamos, una correspondencia proporcional entre la cuota indivisa sobre toda la comunidad y la cuota de cada local, para que en orden a la representación no se altere el régimen autónomo de los edificios, patentizándose la accesoriidad formal de la adscripción de uso, ya que los titulares de las adscripciones correspondientes a un local determinado no son los únicos titulares *pro indiviso* del mismo. No se vulnera el artículo 16, dice la DG, porque no hay división material ni nuevos locales, pero se disocia abiertamente el uso o aprovechamiento y la titularidad. Habrá copropietarios que no tengan derecho alguno de utilización y aprovechamiento de un local determinado, exclusión que le faculta para ejercitar el contenido de su derecho en otro local distinto, pero que supone una importante excepción al régimen general de la propiedad horizontal, acercándose al del negocio indirecto. Si la adscripción no divide materialmente, sí divide el aprovechamiento, y determinados propietarios estarán representados en la junta de un edificio del que no participan, haciendo cesión de los beneficios y no de las cargas.

De la Resolución de referencia no resulta el régimen representativo, ni la equivalencia o proporcionalidad entre la cuota de la comunidad funcional y la

de cada local, aspecto al que —entiendo— alude el defecto número 4 de la nota de calificación. Del recurso no queda claro si afecta o no afecta la nueva cotitularidad a las comunidades horizontales autónomas. La única interpretación posible es la de la cotitularidad equivalente, disociada de las adscripciones de uso (6).

4. *Consentimiento anticipado para agrupar, segregar y dividir: no infringe el artículo 16.2 de la Ley de Propiedad Horizontal la cláusula estatutaria que autoriza para realizar tales actos sin consentimiento de los demás propietarios*

Esta cláusula, que, por su habitualidad en el tráfico jurídico, se ha convertido en casi cláusula de estilo, ha arrastrado tras sí numerosos pronunciamientos jurisprudenciales. La doctrina se muestra, en principio, recelosa a admitirla sin cautelas. ROCA SASTRE (7) se manifiesta favorable a su admisión por su gran utilidad, sobre todo tratándose de locales de negocio, en la mayoría de los casos diáfanos, y sujetos a la demanda económica de los particulares, en cuanto a su ubicación y superficie. MONET, por su parte, también se muestra a favor de su licitud; JOSÉ LUIS ALVAREZ opta por una ratificación en primera junta, y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA entiende, con buen acuerdo, que siendo el interés protegido legítimo, si se admite la reserva del derecho de vuelo, que es lo más, debiera admitirse ésta, que es lo menos, apuntando, a su vez, la diversa situación que se produce según la amplitud de la cláusula y el momento en que se ejercita, e inclinándose por su aplicación a los locales en construcción, y no aquellos pisos o locales perfectamente delimitados y acabados (8). Es de advertir que estos criterios se expresaron cuando a la materia se refería únicamente una STS, sin consideración, entonces, de doctrina legal.

La jurisprudencia del TS se pronuncia, en primer término, en contra de la cláusula, amparando su nulidad en los artículos 5, 8, 11 y 16 de la LPH y en la imperatividad de la propia Ley. Así, las SSTSS de 30 de diciembre de 1975, 7 de febrero de 1976 y 31 de enero de 1987. Singularmente, la segunda de ellas, objeto del comentario de GARCÍA GARCÍA y la más reciente, en cuanto la confirma, han vuelto a dar actualidad a este tema. Existen, sin embargo, fallos a favor, pudiendo citarse las SS. de 14 de marzo de 1968, de 5 de mayo de 1986 y, últimamente, la de 30 de octubre de 1988, que al ocuparse de los límites de la facultad de dividir locales comerciales no cuestiona la validez de la cláusula estatutaria que autoriza

(6) La equivalencia proporcional puede hallarse por una simple operación matemática —regla de tres—. Ahora bien, ¿serán de aplicación a este supuesto la necesaria determinación porcentual de las cuotas correspectivas, como, con carácter general, pregona la jurisprudencia hipotecaria, en contra del predicado del CC, que expresa que las participaciones se entenderán iguales si no se indica otra cosa? Entendemos que no, que si por operación matemática puede hallarse, no es necesaria su expresión. Lo que sí sería necesario, y del recurso no resulta, es la clara determinación de esa correspondencia equivalente; en otro caso, la duda y la obscuridad ensombrece la claridad que preside el sistema registral.

(7) ROCA SASTRE, R.. *Derecho Hipotecario*, ed. Bosch, Barcelona 1979, tomo II, págs. 393 y sigs.

(8) PONS GONZÁLEZ/ARCO TORRES: *Régimen jurídico de la propiedad horizontal*, ed. Comares, Granada 1987, págs. 17-18.

la división sin autorización de la comunidad, confirmando la Sentencia de 1.^a Instancia que su licitud declara. Tan sólo limita objetivamente la facultad: los locales así formados deben tener acceso independiente —art. 396 CC—, no alterar la estructura, seguridad, configuración, estado exterior del edificio o de algún elemento común, y no perjudicar los derechos de otro propietario —arts. 7.1.^o y 11 LPH (9).

La DG, en reiterada jurisprudencia, por su lado, manifiesta la oportunidad y validez de esta cláusula, sin dar carácter imperativo a todos y cada uno de los preceptos contenidos en la LPH, y en especial el artículo 8. La propiedad horizontal —dice— se rige «por la voluntad de los interesados salvo cuando las disposiciones legales especiales impongan con carácter imperativo otro régimen», y éste no es el caso. Las razones de la DG son obviamente prácticas. Pueden verse las Resoluciones de 7 de abril de 1970, 31 de agosto de 1981, 27 de mayo de 1983 y 26 de febrero de 1988, particularmente esta última, que analiza la cláusula a raíz de la más reciente jurisprudencia —STS de 31 de enero de 1987—; y ello, no obstante el penúltimo considerando de la de 21 de octubre de 1980, donde declara la necesidad del acuerdo comunitario, sobre el presupuesto —claro está— de la ausencia de cláusula estatutaria al respecto (10).

Podría fundamentarse su ilicitud, además, con la opinión de AMORÓS GUARDIOLA, al comentar la Resolución de 7 de abril de 1970 (11). Pero, a la luz de

(9) SSTSS de 30 diciembre 1975 y 7 febrero 1976: resumen, CAMY B.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo IV, pág. 241.

— STS. de 7 febrero 1976: GARCÍA GARCÍA, J. M.: *RCDI* núm. 519/1977, págs. 438 y sigs. Resumen, PONS/DEL ARCO (8, pág. 18).

— STS de 31 enero 1987. Aranzadi 329/1988.

— SSTSS de 14 marzo 1968 y 5 mayo 1986: *BCNR* 243/1988, pág. 610.

— STS de 5 mayo 1986: *RCDI* 577/1986, pág. 1860.

— STS de 30 octubre 1988: *RCDI* marzo-abril 1989

(10) *BCNR* respectivo. Ver AMORÓS/PAU: *Jurisprudencia registral*, ed. Tecnos, Madrid 1986, págs. 306 y sigs. (R. 21/1980), 370 y sigs. (R. 31 agosto 1981) y 579 y sigs. (R. 27 mayo 1983).

(11) Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ed. CEH-CNRPYM, págs. 197 y sigs. (reserva estatutaria del derecho de vuelo).

AMORÓS GUARDIOLA muestra en sus comentarios a la Resolución de 7 abril 1970 serias objeciones a su admisibilidad, siendo partidario de una fórmula intermedia caracterizada por la validez de la cláusula —art. 16.2 RH— y la nulidad el consentimiento anticipado. Una vez ejercitado el derecho de sobreedificación —al de subedificación puede aplicarse la misma doctrina—, la modificación del título deberá aprobarse por la comunidad.

Plantea AMORÓS, en primer término, el tema de la naturaleza jurídica de este derecho, y lo considera un derecho de vuelo, distinto de la superficie, regulado directamente por los artículos 11 de la LPH y 16.2 RH. —si entendemos a que este artículo vigente, tras la LPH—, y supletoriamente por las demás normas civiles e hipotecarias; y en segundo lugar rechaza el consentimiento anticipado por las siguientes razones: 1.^a El apoderamiento, como poder de legitimación voluntario, debe conferirse por cada propietario individualmente —escritura pública, no por adhesión a unos estatutos en los que no interviene. 2.^a La revocación del poder puede tener lugar en cualquier momento —si se contiene en los estatutos se requerirá el consentimiento unánime de los demás, extraños a la relación personal—. 3.^a El pacto de adhesión que supone la inclusión en los estatutos de esta cláusula contraviene la esencia del poder, son incompatibles. 4.^a

la jurisprudencia, sólo cabría recomendar *ex lege ferenda* y hoy día, en todo caso, la solución apuntada: admitir la cláusula, inscribirla en el Registro, instar a que tengan la precaución los vendedores de que los adquirentes acepten expresamente los estatutos y en concreto esta facultad al tiempo de realizar las ventas, y hacer constar tal aceptación en la inscripción que se practique en el folio de la finca enajenada y por nota al margen de la inscripción de la propiedad horizontal, para que en el momento de su ejercicio resulte del propio Registro el reconocimiento de su virtualidad por todos los propietarios, aplicando la doctrina de los actos propios, y evitando los problemas que pueda plantear la acción judicial de nulidad por infracción de Ley o de doctrina legal. La eficacia de esta prevención se ve potenciada por la calificación como pacto de adhesión de la aceptación de los estatutos preexistentes por parte de los compradores de los pisos y locales, que hace la STS de 7 de febrero de 1976, ya que dichos adquirentes —entendemos— al comprar no pueden rechazar una cláusula estatutaria o los propios estatutos inscritos, salvo tacha de nulidad. Los estatutos inscritos producen efecto frente a tercero, aunque en el contrato nada se diga. Y es precisamente por esto, por lo que se advierte la conveniencia de su transcripción en la escritura de venta y su aceptación expresa doctrina de los actos propios y de la convalidación, que acerca a la cláusula al terreno de la anulabilidad, substrayéndola del campo de la nulidad absoluta o *ipso iure*.

En este caso, además, el tema se complica. De un acto voluntario del propietario único de los locales radicantes en tres edificios autónomos va a resultar la vinculación permanente de los mismos sin mediar los acuerdos unánimes de las respectivas comunidades. Vinculación que supone la creación de un local único, sin paredes divisorias, alterándose la estructura interna de los mismos. En este aspecto, la agrupación formal sí trasciende física y jurídicamente. Físicamente, por abrir un nuevo acceso al edificio, en detrimento de su seguridad e independencia. Jurídicamente, por entrar de lleno en el ámbito del artículo 16, a pesar del texto del penúltimo considerando. ¿No son las paredes divisorias o medianeras entre los edificios elementos comunes? (12). Creemos que sí, la estructura interna se ve afectada. No se trata ya de agrupar o dividir elementos individuales en virtud de una autorización estatutaria, creando o suprimiendo éstos. Ahora se entra de lleno en el patrimonio común de los copropietarios. La cláusula rechina aún más, si cabe.

LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA

Registrador de la Propiedad
(CEH de Canarias)

Podría suponer dicha reserva y facultad un fraude de ley, al fijar el propietario único los porcentajes cuotas, aunque se prevenga genéricamente la proporcionalidad, e implicaría, asimismo, la renuncia anticipada y genérica de un derecho futuro e indeterminado en toda su extensión y límites.

(12) CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, ed. Aranzadi, tomo IV, pág. 241. STS de 21 octubre 1976: «...Apertura de hueco para comunicar dos garajes de distintos edificios, la servidumbre de paso constituida por el propietario único de dos fincas colindantes respecto a los sótanos destinados a plazas de garaje, para cuando se produjera la enajenación a terceros, carece de transcendencia real, pues no cabe la constitución unilateral de servidumbres afectantes a elementos comunes del edificio, teniendo sólo alcance de una simple proyección de futuro».

CARGA REAL Y PREFERENCIA CREDITICIA EN LAS EJECUCIONES INMOBILIARIAS.

Comentario a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contenida en las Resoluciones de:

27 de julio de 1988 (*BOE* del 21 de septiembre), que declara que no procede la cancelación de asientos posteriores en el procedimiento judicial sumario en tanto no se acredite el depósito oportuno a favor de los titulares de los asientos a cancelar de la diferencia entre el precio del remate y el crédito del actor hipotecariamente garantizado.

29 de abril de 1988 (*BOE* del 7 de junio), que declara que no procede la cancelación de las cargas anteriores a la anotación preventiva de embargo causada en la ejecución de un crédito salarial al no haberse notificado el estado de apremio a los titulares de aquéllas.

22 de noviembre de 1988 (*BOE* del 21 de diciembre), que declara que procede la cancelación de la anotación preventiva de embargo causada en la ejecución de un crédito salarial en el procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca anterior.

I. INTRODUCCIÓN

La virulencia de los combates colectivos desarrollados a finales de los setenta y principios de esta agotada década dejó a todos los contendientes tan exhaustos que al fragor de la gran batalla ha sucedido la sutileza de la guerrilla. El botín más desamparado y la retirada a los cuarteles de invierno. Los concursos, suspensiones de pagos y quiebras provocaron tal sangría en la solidaridad crediticia, que ésta se quebró en un sálvese quien pueda más gratificante cuanto más individualista.

Si las instituciones jurídicas previstas largo ha para dar armonía al caos universal resultaron bastante malparadas por su ineficacia ante la avalancha, idénticamente parecen resultar los procesos individuales de ejecución.

La jurisprudencia —hay que ver la cantidad de Sentencias y Resoluciones producidas sobre el tema en los dos últimos años— se apresta a remendar algo cuya deficiencia intrínseca consiste precisamente en ser un producto de parcheo. Y en el ojo del huracán la anotación preventiva de embargo.

Un sector doctrinal —importante por su contenido: J. M. GARCÍA GARCÍA, ALVAREZ CAPEROCCHI, FRANCO ARIAS, OSSORIO SERRANO— se apresta ante la impetrita jurisprudencia a la defensa del crédito, mediante una radicalización del valor de la anotación preventiva como carga real. Frente a los subversivos o subversores la ortodoxia ha encontrado un sorprendente paladín en JUAN REY, antes de unir mi voz al coro jeremixco.

En el intento de aprender de todos ellos emprendí este comentario, y mi particular paradoja al concluirlo es que, discrepancias aparte, creo que las soluciones verdaderamente renovadoras están en la doctrina de la Dirección General.

Sirven de pretexto tres de las muchas Resoluciones recaídas, que sugieren una línea de estudio común: el valor de la anotación preventiva respecto del crédito y su valor intrínseco como carga, y singularmente en aquellos casos en

que el privilegio crediticio sea superior al que la propia anotación le pueda otorgar. Poco importa pues a estos efectos que la segunda de ellas haya sido objeto de un magnífico y sugestivo comentario por E. RODRÍGUEZ CEPEDA.

Para no hacer excesivamente largo el trabajo voy a recoger exclusivamente los Fundamentos de Derecho, en los que están suficientemente sintetizados los supuestos de hecho; pudiendo el lector interesado observar las alegaciones de las partes en los respectivos *Boletines Oficiales del Estado*.

II.1. Resolución de 27 de julio de 1988:

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1.º y 131, reglas 5.ª, 15, 16 y 17 de la Ley Hipotecaria, y 100 del Reglamento Hipotecario

1. En el supuesto de hecho que motiva el presente recurso concurren las siguientes circunstancias:

Seguido el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria para la ejecución de determinada hipoteca, concluye con auto probatorio del remate en favor del actor por la cantidad de 4.200.000 pesetas, no exigiéndosele desembolso alguno por cuanto su crédito, después de liquidados los intereses y las costas, ascendía a 5.682.258 pesetas (claramente superior al valor de lo vendido). Se ordena, asimismo, en el citado auto la cancelación de los asientos relativos a ciertas cargas que se especifican por ser posteriores y no preferentes a la hipoteca que se ejecuta.

De la inscripción de la hipoteca ejecutada resulta que la misma se había constituido en garantía de un préstamo de 2.300.000 pesetas, de sus intereses de dos años al 20 por 100 anual y de 500.000 pesetas para costas y gastos. Los intereses moratorios, pese a la invocación del recurrente, no quedan garantizados hipotecariamente, según manifiesta el Registrador a la vista de los libros a su cargo.

El citado préstamo hipotecario se escrituró el 9 de abril de 1980 y, ante el incumplimiento de las dos primeras amortizaciones, el acreedor procedió inmediatamente al trámite de ejecución requiriendo de pago al deudor el 4 de diciembre de 1980 e interponiendo a continuación la demanda de ejecución por el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que fue admitida a trámite el 23 de febrero de 1981. Algunas de las cargas posteriores y no preferentes cuya cancelación se ordena estaban consignadas registralmente al tiempo de iniciarse la ejecución (en cuanto lo había sido con las siguientes fechas: 30 de junio y 3 de noviembre de 1980).

El Registrador suspende la práctica de las cancelaciones ordenadas, por cuanto la liquidación de intereses y costas no se ajusta a lo garantizado con la hipoteca ejecutada.

2. Debe tenerse en cuenta:

a) Que dada la naturaleza del procedimiento de ejecución hipotecaria previsto en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, sólo la parte del crédito del actor que esté garantizada por la hipoteca ejecutada puede ser pagada con cargo al

precio del remate; el resto deberá obtenerlo el acreedor por la vía oportuna, pero, en ningún caso, con cargo al sobrante del precio de remate por más que el mismo, a falta de otros interesados, correspondiere al deudor (art. 131, reglas 5.ª, 15, 16 y 17, LH).

b) Que la culminación de la ejecución hipotecaria no implica necesariamente la extinción de las cargas y gravámenes posteriores y no preferentes a la del actor, pues si bien éstos dejan de afectar al bien realizado, pasan a recaer directamente sobre el exceso del precio del remate respecto al crédito hipotecario. Ciertamente que la transformación objetiva de estas cargas justifica la cancelación de sus respectivos asientos registrales; mas la debida protección dispensable a los derechos inscritos impone su no cancelación en tanto no se hayan adoptado en el proceso correspondiente las precauciones convenientes, a fin de asegurar la efectividad de la vinculación del remanente. En este sentido se pronuncia el artículo 131, regla 17, al exigir el depósito en establecimiento público destinado al efecto, del sobrante, si lo hubiese, a disposición de los titulares de cargas y gravámenes posteriores y no preferentes a la del actor, que hayan de ser cancelados.

c) Que la calificación de los documentos judiciales no se limita como invoca el recurrente a su congruencia con el procedimiento en que se dicta, sino que se extiende entre otros extremos al examen de compatibilidad con la situación registral (art. 100 RH), en función de la salvaguardia jurisdiccional de los asientos del Registro (art. 1.º LH) y de la eficacia y protección de los derechos inscritos.

d) Que dada la configuración de la hipoteca ejecutada, la cantidad con ella asegurada no puede exceder, en ningún caso, de 3.720.000 pesetas (el capital, más la cantidad fijada para costas, más dos anualidades de intereses, al tipo estipulado, sobre el total del préstamo), cualquiera que fuere la forma de amortización, gradual o de una sola vez al vencimiento, los períodos de devengo del interés, etc.

Tales consideraciones determinan la imposibilidad de despachar el mandato judicial cancelatorio presentado, [en tanto no se acredite el depósito oportuno a favor de los titulares (de los asientos a cancelar) de la diferencia entre el precio del remate y el crédito del actor hipotecariamente garantizado].

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto revocando el auto apelado y confirmando la nota del Registrador.

II.2. Resolución de 29 de abril de 1988:

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución; 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 1, 17, 32, 40, 92 y 131 de la Ley Hipotecaria; 1.490, 1.520 y 1.532 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 175, 2.º, 225 y 233 del Reglamento Hipotecario; Decretos de Competencia de 2 de febrero de 1979, y 14 de mayo y 27 de agosto de 1982; las Sentencias de la Sala de Conflictos de 5 de julio de 1966 y las dos de 28 de enero de 1983; las Sentencias de la Sala de lo Civil de 27 de octubre de 1983 y 25 de septiembre de 1985; la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 28 de septiembre de 1977 y las Resoluciones de este Centro Directivo de 20 de marzo y 28 de septiembre de 1968, y 24 de marzo de 1986.

1. En el presente recurso y con ocasión de la ejecución de un crédito salarial correspondiente a los treinta últimos días de trabajo, una finca, justipreciada en 247.984.000 pesetas, fue adjudicada, libre de cargas, al Fondo de Garantía Salarial en 3.892.624 pesetas. Se pretende la cancelación ordenada judicialmente en las actuaciones laborales de dos inscripciones de hipoteca practicadas con anterioridad al embargo causado en dichas actuaciones: Una en favor del Banco de Crédito Industrial, en garantía de 48.000.000 de pesetas por principal y otra cantidad por intereses, costas y gastos (consta que se entabló la ejecución de esta hipoteca en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, por lo que se desprende de la nota marginal de 15 de julio de 1977, en la que se refleja la correspondiente expedición de la certificación de cargas); otra, a favor del Banco Hipotecario en garantía de 40.000.000 de pesetas más otra cantidad por intereses, costas y gastos (consta que se entabló su ejecución en procedimiento judicial sumario por la nota de 27 de julio de 1982 de expedición de la correspondiente certificación de cargas). Se pretende, también, la cancelación de una anotación de embargo acordada, en favor de una tercera entidad, en un juicio ejecutivo por mandamiento dictado en 28 de febrero de 1981; la anotación se practica con anterioridad a la anotación correspondiente al crédito laboral respecto del cual el mandamiento judicial es de fecha 27 de mayo de 1981.

De las diligencias para mejor proveer resulta que las entidades titulares de los derechos de hipoteca y de la anotación de embargo no han sido citadas ni notificadas de ninguna actuación de este expediente y en las diligencias publicadas en los periódicos oficiales, ni siquiera se alude a que la finca cuya subasta se anunció estuviera afectada a cargas o que las que tuviera habrían de quedar canceladas.

2. Son varias las razones alegadas por el Registrador para oponerse a las cancelaciones ordenadas, entre ellas la falta de notificación a los titulares de las cargas a cancelar, y puesto que ésta, como se verá, es decisiva para confirmar la denegación de aquéllas, es improcedente e inútil resolver sobre los demás motivos recurridos.

3. Efectivamente, no es preciso, para la resolución del presente recurso, la previa determinación de la naturaleza y alcance del denominado superprivilegio salarial contenido en el artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores, tarea que, por otra parte, se halla enormemente obstaculizada si se tienen en cuenta: a) La falta de un adecuado desarrollo normativo de esta figura; b) las dificultades de interpretación de un precepto legal que sitúa en el mismo plano jurídico la preferencia del crédito —que por muy absoluta que sea no es sino una cualidad del mismo, que no trasciende su naturaleza personal, que únicamente provoca una anteposición en el cobro en caso de concurrencia con otros créditos y que sólo puede hacerse valer en las hipótesis de ejecución colectiva o en la ejecución individual instada con anterioridad por otro crédito contra el mismo deudor a través de la correspondiente tercería de mejor derecho— con los derechos reales de garantía (prenda e hipoteca) que generan una vinculación directa e inmediata entre el crédito garantizado y el bien gravado, de manera que el valor en cambio de éste, en la cuantía estipulada, ha de considerarse, en caso de impago, fuera del patrimonio del deudor; c) la desarmonía que el citado precepto guarda con los principios básicos de nuestro sistema hipotecario, cuales son los de publicidad y especialidad, que al consolidar la seguridad de las garantías reales han hecho posible el desarrollo del crédito y la mejora de sus condiciones, contribuyendo innegable y decisivamente al crecimiento de la economía nacional; d) las paradójicas conclusiones que se desprenden de esa norma (piénsese en las distintas

soluciones a aplicar según que la hipoteca ya constituida al devengarse el crédito salarial lo fuera en garantía de una deuda propia o de una deuda ajena al empresario-propietario del bien gravado; o en cómo la pretendida prevalencia del crédito salarial sobre una hipoteca anterior en garantía de una deuda del empresario se esfumaria, dada su falta de reipersecutoriedad, si éste vende el bien gravado antes de la traba efectuada en garantía de los salarios, con la consiguiente revitalización de la hipoteca), etc.

4. Aún cuando se sostenga que por la fuerza del crédito salarial a que se refiere el artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores la ejecución subsiguiente lleva consigo la cancelación de cualesquiera cargas recayentes sobre el bien ejecutado, incluso las constituidas con anterioridad al devengo de aquél, ello no puede llevar al desconocimiento de los derechos que a los titulares de esas cargas han de corresponder en las actuaciones procesales encaminadas a lograr la efectividad del crédito salarial; sin prejuzgar ahora sobre el concreto alcance de tal intervención —lo que no puede resolverse sino en consideración del principio constitucional de garantía jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (art. 24 de la Constitución Española); de los principios registrales de salvaguardia judicial de los asientos (art. 1 de la Ley Hipotecaria), de prioridad (art. 17 de la Ley Hipotecaria) y de tracto sucesivo (arts. 20, 40 y 82, 1.º de la Ley Hipotecaria) y de las soluciones legalmente adoptadas para supuestos análogos, como los de fiador, que no puede sufrir ejecución en sus bienes, aun cuando fuere solidario, si no ha sido previamente condenado al pago (arts. 1.144, 1.822, 2.º, y 1.834 del Código Civil); o el del tercer poseedor en los casos de los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria; o el de los titulares de hipotecas expresadas anteriores a la anotación de embargo en favor del Estado para la efectividad de contribuciones amparadas por hipoteca legal tácita (arts. 1.923, 1.º, del Código Civil, y 168, 6.º, en relación con el 194 de la Ley Hipotecaria), en los casos en que aquéllas han de quedar reducidas y que han de ser notificados en el procedimiento de apremio administrativo, concediéndoles un plazo de treinta días, a fin de que puedan impugnar el acto administrativo por el procedimiento que establecen los artículos 179 y siguientes del Reglamento General de Recaudación (regla 97, Instrucción General de Recaudación y Contabilidad) y que, además, cuando no se acepte su impugnación en vía administrativa, pueden entablar proceso de tercería ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria (art. 183 del Reglamento General de Recaudación) es indudable que por aplicación de la normativa general en materia de ejecuciones, al menos, debería haberse notificado el estado de apremio a los titulares de las cargas recayentes sobre el bien a ejecutar que constara en el Registro al tiempo de iniciarse aquél y que se estimasen pospuestas al crédito salarial del actor, para que, si les conviniese, o bien pagaren el crédito del actor con la siguiente subrogación, o bien interviniesen en el avalúo y subasta del bien (arts. 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 131, regla 5.ª, de la Ley Hipotecaria, y 235, regla 4.ª, del Reglamento Hipotecario).

Debe tenerse en cuenta, por último, que, de conformidad con el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, el Registrador ha de calificar respecto del mandamiento cancelario el cumplimiento de las garantías que la legislación hipotecaria impone para la cancelación de derechos inscritos con anterioridad al comienzo de la ejecución en la que se despachó aquél.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y declarar que no procede practicar las cancelaciones pretendidas ni puede accederse a la consignación en el asiento extendido a favor del Fondo de Garantía Salarial de la expresión «libre de cargas».

II.3. Resolución de 22 de noviembre de 1988:

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1, 3, 17, 20, 38, 40, 131, 5.^a, 8.^a, 13.^a y 17.^a, y 132 de la Ley Hipotecaria; 175, 2.^a, 225, 227 y 233 del Reglamento Hipotecario; el artículo 32, 1.^o, del Estatuto de los Trabajadores, y los artículos 1.271, 1.272, 1.275, 1.381, 1.520 y 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1. Ejecutada determinada hipoteca por el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y dictado el mandamiento cancelatorio previsto en su regla 17.^a, el Registrador suspende la cancelación de dos anotaciones posteriores al crédito hipotecario del actor, que son también posteriores a la nota marginal, acreditativa de la expedición de la certificación de cargas solicitada en dicho procedimiento, en tanto no se acredite ante Juez competente que los créditos garantizados por aquéllas, que tienen carácter salarial, no reúnen los demás requisitos exigidos por el artículo 32, 1.^o, del Estatuto de los Trabajadores, para gozar de la preferencia que esta norma proclama.

2. Solamente la transposición al embargo anotado de la preferencia sustantiva de la que, conforme al artículo 32, 1.^o, del Estatuto de los Trabajadores podría gozar el crédito reflejado, permite sostener la consideración de las anotaciones cuya cancelación se suspende como cargas preferentes, aunque posteriores, a la hipoteca ejecutada y justificar la calificación ahora impugnada.

Ahora bien:

a) Es claro que el artículo 32, 1.^o, del Estatuto de los Trabajadores únicamente atribuye al crédito que reúna los requisitos en él especificados, una preferencia para el cobro, la cual no es sino una cualidad del crédito que no altera su naturaleza personal y que exclusivamente determina una anteposición en el pago en caso de concurrencia con otros créditos; y ello aun cuando se defina dicha preferencia de un modo tan absoluto que pueda operar, incluso, frente a los créditos hipotecarios o pignoratícios diluyendo la vinculación directa e inmediata existente entre éstos y los bienes gravados. El que la hipoteca y la prenda pudieran quedar desnaturalizados como consecuencia de la formulación del artículo 32, 1.^o, del Estatuto de los Trabajadores (lo que ahora no se prejuzga), de ningún modo permite sostener que dicho precepto atribuya algo más que una pura preferencia para el cobro y en ningún caso puede verse en él el establecimiento de una hipoteca legal, tácita, general y absolutamente prioritaria, pues, además de contradecir los principios básicos del sistema cuales son los de publicidad y especialidad, al implicar una restricción del contenido ordinario del derecho de dominio, no puede presumirse sino que reclamaria un establecimiento legal indubitado.

b) La preferencia de los créditos carece de operatividad fuera de la hipótesis de concurrencia de créditos. Prescindiendo ahora de los procedimientos de ejecución colectiva, cualquier crédito puede provocar la ejecución individual sobre los bienes del deudor obteniendo satisfacción con cargo al importe realizado, por más que pudieran existir otros créditos preferentes contra el mismo deudor; ese o estos otros créditos, si les interesa hacer valer su preferencia, a quienes incumbe la carga de acudir a la ejecución ya iniciada e interponer en ella la oportuna terceraía, el Juez no puede apreciar de oficio esa preferencia, ni ello sería conforme con la naturaleza rogada del proceso civil, ni halla respaldo en la

legislación vigente (arts. 1.520 y 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por tanto, el solo conocimiento de una ejecución ya iniciada de la existencia de un crédito preferente contra el mismo deudor, derivado de la anotación posterior provocada por dicho crédito, carecerá de relevancia alguna al efecto de alterar aquella ejecución o sus consecuencias. Incluso, cuando la ejecución individual contra el deudor se verifique por el procedimiento judicial sumario, en virtud del carácter hipotecario del crédito perseguido, existe vía procesal adecuada para anteponer en el pago, con el cargo al importe realizado, los créditos que pudieran ser preferentes al del actor sobre el mismo bien hipotecado, cual es la interposición del oportuno juicio declarativo previsto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria.

c) Debe distinguirse entre el crédito perseguido y el embargo que trata de protegerlo. El embargo no vincula el bien trabado al crédito que lo determina sino al proceso en el que se decreta, al efecto de facilitar la actuación de la justicia y asegurar la efectividad de la ejecución, independientemente de cuál sea el crédito que en definitiva resulte satisfecho, bien el del actor, bien el de un tercero que interpuso y venció en la correspondiente tercería; se trata de una medida cautelar que confiere al órgano judicial poderes inmediatos sobre las cosas, que pueden ser actuados aun sin la mediación de su dueño y que restringe las facultades dominicales en cuanto que sólo es posible la enajenación respetando el embargo y que el dueño de los bienes embargados no puede darlos en hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento; esta eficacia real deriva exclusivamente de su finalidad cautelar y en tal sentido debe ser valorada; por ello, cuando el embargo entre en colisión con otras mutaciones jurídico-reales, esta concurrencia ha de regirse por la regla del *prior tempore* respecto a los actos constitutivos de aquél y de éstas —sin perjuicio de la modalización que el mecanismo registral opere—, sin que puedan interferirse los planos personal y real trasvasando a los embargos las preferencias entre los créditos respectivos; así lo impone, además, tanto el objeto de la institución registral (las situaciones jurídico reales inmobiliarias, arts. 1 y 2 de la Ley Hipotecaria), como su inadecuación a la protección de las preferencias credituales, pues sobre desenvolverse éstas en la esfera personal regida por la posibilidad de concurrencia, y no por la exclusión, dependen de criterios muy dispares —no sólo la antigüedad— y precisan para su actuación de una declaración judicial que las reconozca (arts. 1.271, 1.272, 1.275, 1.381, 1.520 y 1.543 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por tanto, ni el embargo altera la naturaleza personal del crédito que lo motiva convirtiéndolo en real, ni éste confiere a aquél su preferencia, sino que cada uno conserva la suya propia que se desenvolverá en su plano respectivo y por las vías al efecto articuladas en el ordenamiento jurídico vigente.

3. Por consiguiente, sin prejuzgar el carácter salarial y la concurrencia de los demás requisitos exigidos por el artículo 32, 1.º, del Estatuto de los Trabajadores, en los créditos reflejados por las anotaciones cuya cancelación se suspende y cuya preferencia —según los antecedentes del recurso— no se hizo valer por el cauce adecuado, la ejecución de la hipoteca determinará conforme a los principios registrales de prioridad y legitimación (arts. 17 y 38 de la Ley Hipotecaria) la cancelación de toda carga posterior y no preferente, y entre ellas las anotaciones ahora cuestionadas.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso de apelación y confirmar el auto apelado.

III. COMENTARIO

Primero.—Pudiera pensarse que si bien las dos últimas Resoluciones plantean claramente el juego de la carga real respecto de la preferencia crediticia, la primera es ajena a nuestro cometido. Nada más lejos de la realidad, pues ésta nos permite desentrañar el valor como carga de la anotación preventiva de embargo.

MORELL Y TERRY presumía —y no le faltaban ni razón ni ejemplos— de ser el único en preocuparse del tema resuelto. La solución a su juicio debía de ser la contraria a la hoy acordada, pues si bien en el artículo 120 LH pudiera entenderse que el anotante es “tercero” no perjudicable, no lo es con arreglo al artículo 121 LH, que habla del que «haya adquirido algún derecho real» en la misma finca.

Bien es cierto que la cita por el Registrador de los artículos 120 y 121, pensados para regular los efectos de la distribución de responsabilidad entre las diversas fincas hipotecadas, no se ajusta propiamente al caso resuelto en el que no existía esa pluralidad de fincas; y no pasa desapercibido a la Dirección General que —quizá por ello, quizá porque la solidaridad es un punto débil en la configuración de la anotación preventiva como carga real— no los menciona ni tan siquiera en el Vistos, a pesar de que vinieran citados expresamente en la nota de calificación.

No es menos cierto, sin embargo, que se echa en falta un precepto semejante al del artículo 120 LH cuando sea una sola la finca hipotecada. Quizá pareciera demasiado obvio legislar que la hipoteca no asegura más allá de la cifra garantizada por ella misma, pero al mismo tiempo preocupa la extensión voluntaria de aquélla hacia los «flecós» de la estricta obligación garantizada. De la regulación del procedimiento judicial sumario (art. 131 regla 15 LH) pudiera deducirse que la acción real únicamente se concede respecto al «crédito y los intereses asegurados con la hipoteca» y «el importe de las costas hasta la cantidad asegurada por la hipoteca». Por una parte quizá sea un importante argumento de economía registral el amalgamamiento en el mismo asiento de nuevas hipotecas de máximo en garantía de prestaciones colaterales; pero por otra no debe olvidarse que el interés de demora no deja de ser un interés remuneratorio con cláusula penal (art. 1.108 CC). Respecto de éstos parece lógico pensar que la determinación que las partes realizan del contenido de la garantía en la escritura de hipoteca, lo es en cumplimiento de la exigencia legal de fijación de límites en perjuicio de terceros, pero que no se quieren cuando tales no existen, garantizándose de una forma natural con la hipoteca todas las consecuencias de la obligación asegurada. (Viene esto a propósito de que según la letra a) del fundamento segundo de Derecho la conclusión de la Dirección hubiera sido la misma de no existir otros interesados).

Por todo ello, la cita de los artículos 120 y 121 LH no resulta tan intempestiva. De hecho el Reglamento Hipotecario bajo la rúbrica «Distribución del crédito hipotecario», regula supuestos que pudiéramos llamar de contenido natural de la obligación asegurada con hipoteca (arts. 219 y 220), ajenos a toda idea de pluralidad de fincas.

Lo que nos interesa ahora es tratar de indagar qué circunstancias han provocado que la lógica de MORELL Y TERRY se haya transformado con el correr de los tiempos en la lógica irrefutable de la Dirección General. El paso de la anotación preventiva de embargo de mero reflejo de acción personal a carga real.

1. El artículo 71 LH de 1861 disponía, y sigue haciéndolo: «Los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación».

Hoy se utiliza, a mi entender con escaso fundamento, para demostrar que la anotación preventiva no perjudica a la transmisión operada con anterioridad inscrita posteriormente, entonces sirvió para discutir el alcance de aquella como prohibición de disponer, llegándose a afirmar que «se limita a consignar que los bienes anotados pueden enajenarse o gravarse y no dice que pueda inscribirse la enajenación o gravamen».

Yo creo que era la exacta expresión de la filosofía de la Exposición de Motivos de nuestra primera Ley: la anotación preventiva no pesa sobre la finca sino sobre la persona de su titular; el cambio de éste haría inoperante aquella si no fuera por tal declaración expresa.

Por ello, la RDG de 25 de noviembre de 1875 declaró la prevalencia del artículo 20 LH sobre el 71 de la misma. en el caso de venta voluntaria posterior al embargo el principio de tracto sucesivo impide la inscripción de la venta judicial. GALINDO Y ESCOSURA la explicaban así: «si bien declara que la venta de la finca embargada hecha por el dueño impide la inscripción de la venta judicial, no por eso se perjudica al derecho del embargante que permanece íntegro contra el comprador. Este queda responsable de la cantidad que garantiza la finca..., el gravamen sigue siempre y el derecho del anotante se conserva en toda su integridad, aunque el realizarlo ha de costarle la molestia de un nuevo pleito». Esta necesidad de nueva acción contra el inscribiente posterior fue confirmada además por STS de 22 de enero de 1869, 25 de marzo de 1874, 17 de junio de 1875 y 30 de diciembre de 1876, y por RDG de 12 de mayo de 1886 y 22 de marzo de 1889.

Prueba de ello es que el artículo 5 del Proyecto de Ley de Reforma Hipotecaria aprobado por el Senado en 1890 y que —lamentablemente para la RDG de 30 de junio de 1889— por disolución de las Cortes no llegó a discutirse en el Congreso, reformaba el artículo 71 estableciendo, para la cancelación del asiento posterior, una notificación «al que durante el litigio hubiese adquirido tales bienes o derechos»; la notificación, que podía producirse incluso después de la Sentencia firme de adjudicación tenía por contenido el de «librar los bienes pagando la cantidad consignada en la anotación para principal y costas».

Parecidos problemas aquejaban a la hipoteca, pues si su valor de derecho real era unanimemente reconocido y el TS (S. de 6 de diciembre de 1876) afirmaba que «la venta judicial de la finca hipotecada anula de derecho las demás inscripciones, pasando al comprador la finca libre», esto no obstante, matizaba la DG (R. de 22 de octubre de 1879), para la cancelación de las segundas inscripciones de hipoteca deben cumplirse los artículos 82 y 83 LH: «consentimiento del titular registral o juicio ordinario».

Probablemente en esta contradicción encuentra su origen el RD de 20 de mayo de 1880 que clasifica en dos grupos a las inscripciones hechas en virtud de escritura pública para determinar los requisitos que ha de preceder a su cancelación: «o la existencia del derecho inscrito depende de la voluntad de las partes o tiene un límite fijado por la ley».

En consecuencia, disponía el artículo 2, segunda: «Cuando por consecuencia de la prelación consignada en el número 4 del artículo 107 de la Ley, en favor del primer acreedor hipotecario, se enajene judicialmente la finca o derecho gravado, las inscripciones de crédito hipotecario extendidas a favor de segundos o posteriores acreedores se cancelarán a instancia del que resulte dueño del in-

mueble gravado con sólo presentar mandamiento en que la cancelación se ordene, en el cual deberá expresarse que el importe de la venta no bastó a cubrir el crédito del primero, o que el sobrante, si lo hubo, se consignó a disposición de acreedores posteriores».

Este RD inspira inmediatamente el artículo 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada menos de un año después (RD de 3 de febrero de 1881). Con escasa fortuna, sin embargo, pues parece limitarse a los dos artículos que lo preceden: ejecución a instancia de segundo acreedor hipotecario (art. 1.516) o en virtud de títulos al portador existiendo otros con igual derecho (art. 1.517).

Por ello la RO de 10 de diciembre de 1883, dictada de conformidad con lo informado por la Sala de Gobierno del TS, se vio en la necesidad de declarar:

«1.º Que lo expresamente dispuesto en los artículos 1.518 y 1.519 LEC respecto a la hipoteca es aplicable a toda clase de gravámenes o derechos reales inscritos con posterioridad a la hipoteca en virtud de la que se hubiera despachado la ejecución.

2.º Que los mismos artículos son también aplicables a las anotaciones preventivas en los mismos términos».

Esta RO no se cita en posteriores ediciones de la LEC, pasándose por alto su contenido —incluso por la misma DG en las recientes Resoluciones de 30 de junio y 7 de julio de 1989— aunque parece fundamental para interpretar el artículo 1.490 de la misma Ley. Bien es verdad que la STS de 30 de mayo de 1903 acordó que únicamente los acreedores con segundas y posteriores hipotecas no canceladas tienen derecho a intervenir en el avalúo y subasta de los bienes embargados, sin que sea extensivo este derecho a acreedores que no se hallen en dicha circunstancia. Aunque en el mismo sentido se manifestó la RDG de 23 de noviembre de 1912, lo fue sin referencia alguna, por tratarse de un ejecutivo incoado con anterioridad, a la Ley de Reforma Hipotecaria de 21 de abril de 1909; después de ésta, la RDG de 3 de diciembre de 1925, en un supuesto de procedimiento judicial sumario, pero con argumentos que se pretenden de eficacia general, como la tenía el nuevo sistema de purga establecido, estableció la necesidad de notificación a los titulares de anotaciones preventivas.

Aunque la reproducción hecha del punto segundo de la RO de 1883 es literal, los considerandos de la misma más parecen pensar en la aptitud de la anotación preventiva para ser cancelada que en su eficacia cancelatoria. Por ello, la reforma reglamentaria de 1915 se limita a recoger casi textualmente aquel precepto del RD de 1880, sin más que añadir en un segundo inciso su extensión a la anotación preventiva (art. 151, regla 2.ª). Fueron, nos dice MORELL Y TERRY, la jurisprudencia y la doctrina quienes recurrieron al principio general de artículo 150 RH para entender que el derecho inscrito con posterioridad a la anotación preventiva tenía un «límite fijado por la Ley», y por tanto aplicar la virtualidad cancelatoria contenida en aquel precepto al supuesto de ejercicio de una acción personal constatada tabularmente.

De todos modos me parece suficiente en este estado evolutivo legislativo, el entendimiento de la anotación preventiva como carga necesitada de cancelación en los propios términos que la hipoteca. Afirma así su propia autonomía y su desvinculación de la mera sujeción personal. Y me parece suficiente porque la idea de rango es algo entonces escasamente atisbado. Si nos remontamos al artículo 107, 4, LH, vigente en aquellos momentos —precepto en el que como hemos visto antes encontraba tanto el RD de 1880 como el precepto reglamen-

tario de 1915 la causa y razón de la eficacia cancelatoria de la hipoteca—, dicha regla admitía la hipoteca de «los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar, siempre que quede a salvo la prelación que tuviere para cobrar su crédito aquel a cuyo favor estuviere constituida la primera hipoteca».

Habremos de esperar a la reforma de 1944 para el cabal entendimiento de que el rango no lo otorga la voluntad, sino el lugar ocupado en el folio registral.

2. El valor de la ubicuidad, lo anterior y lo posterior, es el resultado final de la revolución operada por la Ley de Reforma Hipotecaria de 1909 en las ejecuciones inmobiliarias. Si los juzgados, según es conocido, tardaron más de doce años en percatarse de que el sistema de extinción de cargas que practicaban había quedado derogado, ochenta años después reina la misma sensación de desconcierto.

El sistema que formalmente pervive en la LEC —pues a pesar del tiempo transcurrido tan sólo el artículo 1.517 sigue derogado expresamente por el artículo 155 LH— desconoce por completo el valor de la carga.

En esencia, del importe del remate se rebaja solamente «el capital de censos y demás cargas perpetuas» (art. 1.511), con la diferencia se abonará el importe de los créditos hipotecarios preferentes, después se satisfará al ejecutante (art. 1.516), salvo que haya sido declarado preferente otro crédito en virtud de ejecutoria (art. 1.520). El remanente queda a disposición del deudor, a no ser que se halle retenido judicialmente para el pago de otras deudas o que pesen otras responsabilidades sobre el inmueble (art. 1.516). Procede la cancelación de las hipotecas a que estuviere afecta la finca vendida (art. 1.518). Tan sólo, en el caso de haberse adjudicado la finca al ejecutante en pago de su crédito, se entenderá sin perjuicio de las hipotecas anteriores a la suya (art. 1.519).

La anotación preventiva de embargo no existe para la LEC. Ello es lógico desde la perspectiva de que es un simple reflejo de una situación personal; no es carga, no tiene valor de subsistencia, el titular del crédito únicamente podrá alegar su preferencia al cobro (tercería de mejor derecho art. 1.532), pero no una vinculación real, su acción no ha mudado de naturaleza. Me recuerda poderosamente a las situaciones de «incapacidad» del titular registral; operada la transmisión de la finca —obviamente con el cumplimiento de los requisitos que aquélla imponga— su pervivencia, cuando no es expresamente cancelada, innecesario por otra parte, provoca un desasosiego inexplicable, traduciéndose a veces en una carga de la finca: «gravada con la anotación de suspensión de pagos...», cuando nada obsta a que continúe el reflejo de una situación personal aplicable a un antiguo titular. Probablemente el mismo desasosiego, aunque con motivo más fundado, lleva al camino de la vinculación real entre finca y proceso en que se obtuvo la anotación.

Tampoco respecto de la hipoteca se entendía el valor de la carga real al modo en que hoy sin esfuerzo se nos ofrece:

1. Porque en todo caso, incluso en la de ejecución de créditos hipotecarios posteriores, venía expuesta a desaparecer, aunque fuera por vía del vencimiento anticipado del crédito, planteándose un problema insoluble cuando el remate no alcanzara a cubrirlo.

2. Porque al subsistir las cargas perpetuas, entre las que habían de incluirse los derechos reales como las servidumbres, quedaba el acreedor hipotecario expuesto a desvalorizaciones de la finca.

Esta era la situación cuando la Ley de 1909 no sólo introduce el llamado procedimiento judicial sumario para la ejecución de las hipotecas, sino que además añade que lo dispuesto respecto a aquél «en cuanto a la subsistencia de las hipotecas y demás gravámenes anteriores o preferentes al crédito del ejecutante será también aplicable a aquellos casos en que se ejercite cualquier acción real o personal que produzca la venta de bienes inmuebles».

El problema, pues, es doble; no sólo que la posible derogación es de una ambigüedad desoladora, sino también que el propio sistema de subsistencia y purga instaurado dista mucho de ser claro.

Se suele explicar el sistema introducido en 1909 acudiendo a las reglas 8.^a y 10.^a del artículo 131 que, tanto al referirse a las condiciones de la subasta como a la adjudicación al acreedor, expresa la subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores y las preferentes si las hubiere, subrogándose el rematante o el adjudicatario en la obligación de satisfacerlas. No deja de llamar la atención la obsesión del legislador de condicionar la posible existencia de cargas o gravámenes preferentes —«si las hubiere», repite por dos veces—; parece querer referirse no a un hecho indubitado resultante del propio Registro, sino a una posibilidad que la lógica del procedimiento no puede excluir de una manera absoluta, lo que conlleva que la subasta se produce a riesgo y ventura del adjudicatario obligado a subrogarse en las responsabilidades que pudieran existir.

Tal interpretación podía venir avalada por la exigencia de perfecta determinación de las inscripciones y anotaciones a cancelar como consecuencia del ejecutivo, salvo las posteriores a la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de cargas (art. 233 RH) e incluso por la pervivencia del trámite de liquidación de cargas (art. 1.511) (STS de 7 de febrero de 1942), cargado ahora de un contenido no previsto como el de la determinación de la subsistencia.

Sin embargo, los peligros más graves en el desentendimiento del valor de la carga no proceden de los textos legales, confusos desde luego, cuanto de la pretensión de ordenar los asientos hipotecarios conforme a criterios de privilegio crediticio. Es inevitable aquí, aunque luego haya de tratarse con más cuidado, pronunciarse enérgicamente contra la mezcla de elementos tan dispares. Pero en cualquier caso la fuerza de los hechos, la evolución natural, ha conducido irremisiblemente al principio de que las cargas no subsisten por ser preferentes, sino que son preferentes porque subsisten, y la subsistencia es un problema de colocación, de anterior o posterior, conforme a la idea, soterrada pero inevitable, de que una carga sólo es oponible desde su publicación y únicamente le serán oponibles las cargas previamente publicadas.

Son pues razones pragmáticas, o mejor empíricas, las que llevan a o explican el proceso; pero en todo caso expresan que la lógica de los principios está por encima de la fuerza del olvido.

Porque, en primer lugar, puede decirse que el legislador admite la posible existencia de cargas preferentes, pero en todo caso ordena la subsistencia de las anteriores y exclusivamente la cancelación de las «inscripciones y anotaciones posteriores» (regla 17), titulares éstos que han de sufrir la purga, únicos que han de ser notificados de la advertencia del procedimiento (regla 5), estableciéndose entonces un paralelismo absoluto entre ubicuidad y subsistencia, lo que viene a confirmar el artículo 225 RH, cuando tras de una enumeración, de enojosa memorización, concluye en que es el «rango» de las inscripciones el que provocará su extinción o permanencia.

Porque —y aunque otra cosa sostuvieron GUASP y JERÓNIMO GONZÁLEZ— el rematante o adjudicatario no se convierte en deudor personal, sino que en todo caso puede hablarse de asunción o descuento del importe de la carga, con lo que ésta manifiesta su autonomía, pudiendo venir a garantizar una deuda distinta de aquella que la originó (art. 231 RH).

Porque en nuestro sistema las tercerías de mejor derecho no son tercerías de subsistencia, y si tal se entendiera —como pareció hacer IPIENS— el mismo apuntó la paradoja de que la no suspensión del ejecutivo por la interposición de aquella plantea el problema irresoluble de su culminación, desconociéndose qué carga haya de subsistir.

Porque si se entiende que anterior-preferente y posterior-no preferente no son términos sinónimos, y se entiende a la vez que toda apreciación de preferencia precisa un declarativo (RR. de 20 de marzo y 28 de septiembre de 1968), debe concluirse en que toda cancelación de inscripciones posteriores ordenadas por el Juez encierra un juicio de preferencia incompatible con el ejecutivo.

Porque existen titulares posteriores cuya posterioridad es tan suma que pueden ser absolutamente desconocidos en el procedimiento sin consideración alguna a su posible preferencia. Son los inscribientes posteriores a la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de cargas. Esta se convierte a la postre en el árbitro de la subsistencia: determina lo anterior, determina lo posterior, e incluso su inevitable silencio sobre el futuro permite el «desconocimiento» procesal de cualquier alteración registral. En justicia puede negarse a estos últimos el calificativo de terceros, pues ninguna de las normas hipotecariamente previstas en su protección resultará aplicable a aquellos que no existen para el proceso.

Puede pues sin grave enojo admitirse la pervivencia del trámite de liquidación de cargas establecido por el artículo 1.511 LEC, como declaró la STS de 7 de febrero de 1942 y recuerda hoy la STS, Sala 1.ª, de 9 de marzo de 1985 curiosamente en una cuestión laboral. (Digo curiosamente porque la STCT, Sala 2.ª, de 22 de marzo de 1988, confirma el desconcierto imperante cuando declara que «la liquidación de cargas —antes contenida en el art. 1.511 LEC— es ahora una actuación judicial no exigible ni practicable, por cuanto el precepto aludido hay que entenderlo derogado por el art. 131 LH».) Aquella Sentencia del Supremo declaró nada menos que la nulidad de la escritura de compraventa otorgada por la Magistratura de Trabajo por «indeterminación del precio», al no haberse practicado tal liquidación, «exigencia de todo punto indispensable en el procedimiento ordinario para rebajar del precio del remate el importe de las que subsistan —pagadero en su día—, y señalar la cantidad de pago inmediato, mientras que en el procedimiento sumario carece de finalidad la liquidación de cargas»; y carece de finalidad no por otro motivo —es obligado recordar la discusión parlamentaria de la reforma de 1909— que la previsión, ficticia o no, de que las partes al determinar el precio en que tasan las fincas (art. 129 LH) ya cuentan y descuentan las cargas preferentes.

Claro es que ese trámite se convierte en un problema insoluble si, como pretende FRANCO ARIAS —extrañamente después de criticar con razón la normativa hipotecaria por comparar a efectos cancelatorios «cargas» y «créditos»— se utiliza para la determinación de preferencias, en la que además se involucra:

- La eficacia frente a terceros del embargo.
- Idem de la anotación preventiva, sin explicar la contradicción con la regla anterior.

- El conocimiento que el titular de una carga pueda tener de otras no publicadas

Sin embargo, la realidad de los hechos confirman plenamente la lógica jurídica, pues el ejecutor no dispone de otros datos para practicar la liquidación que la certificación de cargas —repito, árbitro de la subsistencia— y las tercerías que se hallan planteado en el propio proceso; y respecto de éstas cabe distinguir: las de mejor derecho, que no suspenden el procedimiento, no afectan a la subsistencia de cargas, sino al preferente cobro del producto del remate; y las de dominio, en las que como luego se verá han de incluirse los derechos reales afectados por el embargo, si suspenden el procedimiento, por lo que no se plantea el problema de desconocerse si se han de rebajar del precio, caso de quedar subsistentes.

Puede admitirse pues y parece justo ese trámite siempre que no se utilice solapadamente para declarar preferencias crediticias ni menos subsistencias hipotecarias absolutamente ajenas a la simple operación matemática de rebaja y siempre que no se acuerde a contrapelo de las condiciones anunciadas para regir la subasta, como expresó la RDG de 17 de mayo de 1955, armonizando la excesivamente aireada discrepancia entre la RDG de 11 de julio de 1936 y aquella STS de 7 de febrero de 1942.

(Otro problema, en el que no puedo entrar, será el de si debe admitirse —como entiende MUÑOZ SABATE— o arbitrarse un trámite al efecto que permita conocer el «nivel actual» de las cargas subsistentes, no tan sólo para que posibles acreedores decidan apremiar, sino también para que esa rebaja del precio no provoque un enriquecimiento injusto en el rematante.)

Amén de todo lo dicho, la reforma de 1909 aplica indiscriminadamente su nuevo régimen de subsistencia o purga por razón del lugar de situación a «inscripciones y anotaciones». Inmediatamente se establecen comparaciones entre anotaciones preventivas de embargo e inscripciones de derechos reales y éstas verán decaer su naturaleza más brillante por una simple cuestión de fechas de publicación (así, servidumbres RDG de 26 de octubre de 1938, así el dominio, en la sorprendente por su proximidad de 16 de julio de 1987).

La «perpetuidad» que como característica o vocación había posibilitado la subsistencia de determinados derechos reales en la LEC (art. 1.511) se diluye en la amalgama de los asientos hipotecarios. Sin embargo, la fuerza de la prelación crediticia es tan feroz que la doctrina recurre a hablar de acreedores de dominio y derecho real como términos que faciliten, aunque equivocan, la comprensión del juego de la carga real, en el que el dominio se integra con naturalidad como el derecho real por excelencia.

Segundo.—Obligado sería pues abordar inmediatamente los artículos 1.923 y 1.927 CC; sin embargo, creo que antes debo detenerme en tratar de explicar por qué entiendo que todo lo dicho es predicable de la anotación preventiva y no del embargo que la provoca.

Con ello quiero ya decir, puesto que los distingo, que no creo que la anotación preventiva sea constitutiva del embargo. No es un problema de interpretación de textos legales (arts. 43 LH; 764, 1.409 y 1.453 LEC), lo suficientemente confusos como para apoyar cualquier solución, sino ideológico. Mezclar el Registro de la Propiedad en la constitución de los derechos —incluyo el embargo por razones de comodidad expresiva como luego se verá—, me parece descentrarlo de su encaje natural en el valor de la publicidad. Amén de que me parece ridículo pretender que los ejecutivos no siguen su curso a pesar de la falta de publicación del embargo.

Ahora bien, si la anotación preventiva no es constitutiva del embargo, no puede tampoco pretenderse que éste sea constitutiva de aquélla, ni por tanto goce de la oponibilidad *erga omnes* que desde 1861 es patrimonio del Registro de la Propiedad. Es triste que la Dirección General ponga por escrito (R. de 6 de septiembre de 1988), que sólo será posible la enajenación de bienes embargados «respetando el embargo», «a salvo el derecho del tercero protegido por la legislación hipotecaria».

Pobre destino el del Registro de la Propiedad reducido a amparar inexactitudes. Resulta desoladora la contumacia de la Dirección General en concebir el Registro como un tejido necesariamente enfermo sanado por la primera de las virtudes teologales. No es así; la publicidad transforma en real, en existente, lo oculto. La inexistencia de lo no publicado no es una cuestión de fe, sino de evidencia. El Registro es la realidad jurídica para el tercero, que puede contratar seguro de sus pronunciamientos: Parafraseando la Exposición de Motivos de nuestra primera LH: el embargo sólo existe para el deudor, no para el tercero, en tanto aquél no se publique por medio de la anotación preventiva. Podemos discutir las condiciones que ha de reunir este tercero —reproducir en suma el debate entre los artículos 32 y 34 LH, pero es claro que es esa la filosofía que obligó al legislador hipotecario a innovar una nueva fórmula de tercería, la llamada tercería registral, hoy en el tercer párrafo del artículo 38 LH, que tiene su perfecta expresión en la adquisición de un bien embargado inscrita antes de pretenderse la anotación preventiva del embargo. Como dice paradójicamente aquella RDG de 6 de septiembre de 1988, y repite la de 12 de junio de 1989, «el embargo no anotado —y por hipótesis no anotable— es el que puede dar lugar a la llamada tercería registral».

La consideración escuetamente negativa de la anotación preventiva como mera circunstancia enervadora de la fe pública registral fue también la tesis defendida por DIEZ PICAZO en su momento. Con ella se corre además el riesgo de concluirse fácilmente en atribuir valor de anotación preventiva a cualquier circunstancia obstativa de ésta, como pudiera ser la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de cargas en el juicio ejecutivo, extendida al margen de la inscripción de dominio por no figurar practicada la anotación, como parece expresar el párrafo 2 del artículo 143 RH, sin entrar en la polémica que tal previsión ha levantado. Así lo entendió el TS (S. 24 de noviembre de 1986), no obstante afirmar en su fundamento segundo de derecho que «es indudable que la existencia y subsistencia del embargo no está supeditado a su anotación en el Registro de la Propiedad, ello sin perjuicio de que la falta de constatación tabular, además de privar a la traba de los efectos de la publicidad registral respecto a terceros, impide el nacimiento de un derecho de garantía similar al de la hipoteca respecto de los actos dispositivos o de gravamen posteriores a su fecha», lo que quizá le obligaba a plantearse si la pérdida de oponibilidad de un título por falta de publicación puede suplirse por la de otro con finalidad bien diferente.

Quedamos pues en que la anotación preventiva es la constatación tabular del embargo, que atribuye a éste los efectos de la publicidad registral respecto a terceros. Afirmar que la anotación preventiva de embargo «o es derecho real o no es nada» me parece una desmesura adecuada al empeño que pone J. M. GARCÍA en todos sus trabajos.

Descendamos por tanto al embargo. Las Resoluciones que se comentan han fijado su valor para la Dirección General —que lo reproduce en las de 6 de septiembre de 1988 y 12 de junio de 1989— como «la vinculación de un bien, no

al crédito que lo determina, sino al proceso en que se acuerda, independientemente de cuál sea el crédito —actor o tercero— que en definitiva sea satisfecho».

De aquí pueden deducirse una serie de consideraciones:

1. Es una medida procesal, y accesoria, en su sentido más instrumental, del proceso en que se acuerda. Claro es que no tiende a garantizar cualquier resultado del proceso, sino efectivamente la satisfacción del acreedor, bien se entienda por razón del *fumus boni iuris* que el Juez debe apreciar en éste, bien consecuencia legal del título ejecutivo. Al respecto no debe olvidarse que, por una parte, para pasar a la fase propiamente liquidatoria (procedimiento de apremio) debe el acreedor afianzar la ejecución de la Sentencia de remate que fuera apelada (arts. 1.476 y 1.481 LEC), y por otra que la tercera de mejor derecho no provoca un nuevo embargo (art. 1.534 LEC).

Ni tan siquiera la Sentencia firme de remate atribuye al crédito firmeza de cosa juzgada (art. 1.479 LEC). Pensar que a pesar de todo el embargo o su anotación atribuyen un derecho real al acreedor sobre el bien parece excesivo o una maniobra contra los procesalistas por atreverse a coquetear con la hipoteca intocable. Para entendernos se recurre a «semiderecho real» (JUAN REY) o «derecho real procesal» (GUASP).

En el fondo, LARES y PENATES se vengan de la traición cometida; habrá que pensar que las *acciones in rem e in personam* no se explican siempre y necesariamente desde los derechos subjetivos. Cuando Díez PICAZO trata de encontrar una tesis superadora de las graves dificultades para distinguir los derechos reales y de crédito, y la encuentra en el criterio de eficacia, vuelve inconscientemente al punto de partida: será real aquello que tenga eficacia real; de nuevo la naturaleza de la *actio* determina la substancia del derecho.

No obstante, los tipos se decantaron en el camino, antes de la aparición de los sistemas de publicidad. Sólo por ello puede hablarse de derecho real sin eficacia real. La oponibilidad aparece así como una característica añadida al Derecho real, ante el trance de revisar toda la doctrina.

2. Es una medida asegurativa y no liquidatoria.

Tal concepción topa con todo el peso de la monografía de CARRERAS, desproporcionadamente molesta con la sola idea de reconocer al embargo finalidad asegurativa. A su juicio el embargo es traba y razón de realización de bienes. Puede ocurrir que esta finalidad ejecutiva produzca un efecto asegurativo que, si en algún caso puede tener relevancia jurídica (actuación de sanciones específicas o incumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer), normalmente carecerá de ella si el aplazamiento de la ejecución se verifica para seguridad del ejecutado (sanción genérica pendiente de liquidación u oposición a la liquidación). Si en algún momento encuentra finalidad asegurativa —embargo preventivo cuando se ejercita una acción de condena— precisa «que sólo puede considerarse por tanto como acto cautelar por razones de oportunidad y no por su propia naturaleza».

Tal beligerancia forma parte de una operación de mayor envergadura en la que se integra la hipoteca como embargo anticipado y que preconiza aquella faz del crédito que se dice responsabilidad como institución estrictamente procesal. El tema es largo, debatido, supera estas líneas, y en él alguna culpa toca a los hipotecaristas empeñados en atribuir a la hipoteca capacidad de realización del valor de los bienes.

Quizá me equivoque, pero pienso que, supuesta la división del crédito en débito y responsabilidad, la definición de ésta es civil, aunque su efectucción sea

procesal (desaparecida la autotutela). Esta efectucción (desaparecido a su vez el apremio personal) se produce mediante la liquidación del patrimonio del deudor (art. 1.911 CC) en medida suficiente a la satisfacción sustitutiva en que aquélla consiste. El *ius persecuendi* es una consecuencia del débito y no una atribución del derecho real. Es una medida real que tal *ius*, implícito en el crédito desde su nacimiento, sea respetado por todos. Esta es la garantía. Aunque se afirme comúnmente que se «ejecuta» la hipoteca por medio de una acción real, es lo cierto que si bien la garantía —por razón de su publicidad— permite en cierto modo el desconocimiento subjetivo del deudor para recaer sobre el titular abstracto de la finca, es el incumplimiento del crédito la causa de la liquidación. Se ejecuta el crédito, no la garantía.

El embargo no es por sí sólo causa de liquidación, sino una medida más dentro de un proceso, liquidatorio a la postre; sin embargo, sí es por sí solo causa de garantía (bien entendido que tras la implantación de los sistemas de publicidad esta garantía se desarrolla, a falta de aquélla, estrictamente inter partes).

La finalidad de garantía del embargo nos permite una vez más recalcar en su independencia respecto del crédito y su vinculación al proceso. ORTELLS RAMOS ha defendido para el embargo en general naturaleza asegurativa en su reciente monografía sobre el embargo preventivo. No está de más adelantar ahora que nuestra LH no atribuye a la anotación preventiva distinta eficacia según la naturaleza del embargo que la provoca.

Si se predica una misma naturaleza para una misma institución, hay supuestos de embargo que, dice ORTELLS, son inexplicables desde una vertiente liquidatoria. Así:

1. El embargo de inmuebles con prohibición de disponer por rebeldía del demandado (art. 764 LEC), «que tendría más bien la eficacia de una anotación preventiva de demanda que la de un embargo preventivo, por cuanto el inmueble no quedaría afectado con destino a la realización de su valor en cambio».

2. El embargo para asegurar la condena por responsabilidad civil en el proceso penal (art. 843 LEC), pues aunque se suspenda indefinidamente el proceso penal por rebeldía del imputado el embargo no habrá de levantarse.

3. El embargo preventivo en garantía de obligaciones no nacidas admisible, a su juicio, no sólo cuando los supuestos de hecho permitirían fundar una Sentencia de condena (prestación futura), sino en todo caso en que tal embargo pueda cumplir su función instrumental del proceso. No puedo dejar de destacar que cita como supuesto admisible de condena a prestación futura: la Sentencia de separación y divorcio respecto a la pensión *ex art.* 97 CC —argumento, art. 90, párrafo 2 *in fine*, CC—.

Este valor de aseguramiento viene confirmado por la posibilidad del embargo aun siendo líquida la deuda. De los artículos 1.401 y 1.402 LEC se desprende que la carencia de fuerza ejecutiva del documento presentado como justificativo de la deuda no excluye la posibilidad de embargo preventivo, y precisamente uno de los supuestos que excluyen esa eficacia ejecutiva es la falta de liquidez de la obligación. «Distinto es —como añade ORTELLS— que sea necesario para delimitar la extensión objetiva del embargo que se fije una determinada cantidad, habida cuenta la que previsiblemente resulte de la liquidación».

No tan sólo es así, sino que pueden encontrarse supuestos expresamente recogidos en la LEC, como pudieran ser aquellos tres, y sobre todo el embargo para asegurar la ejecución de Sentencia de «condena de hacer, o de no hacer, o de entregar alguna cosa o cantidad ilíquida» ... «en cantidad suficiente, a juicio

del Juez, para asegurar el principal y las costas de la ejecución» (art. 923 LEC). No es cierto que el artículo 141 RH venga a restringir tal precepto —y simultáneamente el art. 42.3 LH—, sino que aclara que la ejecutoria no es por sí anotable, si no se ordena el embargo de bienes, aunque éste tienda a garantizar por vía de máximo la ejecución de Sentencia en forma específica.

En nuestro derecho la conversión del embargo preventivo en «ejecutivo» no requiere un acto formal. Pudiera pensarse que el embargo sigue siendo el mismo mientras sea uno el proceso, y que la posibilidad de ingerencia en el patrimonio del demandado no procede del acto del embargo sino de la obtención del título ejecutivo: normalmente la Sentencia de remate. No obstante, el embargo está indisolublemente unido al proceso que lo motiva; por ello, aun obtenida Sentencia de remate, si el embargo preventivo ha sido alzado por falta de ratificación o por prosperar la oposición, la anotación preventiva debe ser cancelada (art. 1.413 LEC); obtenido otro embargo en el proceso en que aquélla fue dictada, la nueva anotación atribuirá a aquél los beneficios de la publicidad desde su fecha, sin perjudicar los derechos en el interregno inscritos.

3. Resulta ahora fácil colegir, en tercer lugar, que por lo que hace al crédito cuya satisfacción se pretende en el proceso, el embargo ni afecta a su intrínseca naturaleza ni lo vincula de manera real a la finca sobre que recae.

El embargo no garantiza al acreedor el cobro de su crédito, sino al demandante el resultado satisfactorio del proceso; y como quiera que el llamado juicio ejecutivo —y así lo ha declarado reiteradamente el TS— es un procedimiento colectivo de ejecución, al que están llamados todos los acreedores que no quieran ver decaer su privilegio procesal, instrumentándose por medio de la técnica de tercerías de mejor derecho, resulta que el embargo carece de titular determinado, aunque determinable: el acreedor que obtenga su satisfacción en el proceso.

El proceso es pues el árbitro del embargo, y esta cualidad se traslada a su constatación tabular por medio de la anotación preventiva. Esto explica sin mayores consideraciones la posibilidad de anotación preventiva sin «titular» o que éste carezca de personalidad jurídica. Es la idea que indudablemente trasunta en el artículo 166, 3, RH, cuando establece como contenido del asiento: «las circunstancias del que haya obtenido la providencia a su favor».

Por ello, y porque esa vinculación procesal esencia del embargo es la antedicha definición de la Dirección General, me parecen *prima facie* sorprendentes las Resoluciones de la misma Dirección de 20 de junio y 7 de julio de 1989, que han venido a hacer tabla rasa de las notificaciones a titulares de dominio posteriores (convirtiendo en letra muerta el art. 143 RH), y por consecuencia (?) a los titulares de anotaciones posteriores.

Respecto de estos últimos, la necesidad de notificación me parece —como antes quedó dicho— resultado del entendimiento conjunto de la LEC (art. 1.490 en relación con los 1.516 y 1.518, en la interpretación de la RO de 10 de diciembre de 1883), y del nuevo valor de subsistencia o purga atribuido a la anotación preventiva desde la Ley de 21 de abril de 1909. Respecto de los primeros, bien está que se declare que la posibilidad de la nota marginal no es pretexto para desconocer la existencia de la anotación preventiva, pero no debe olvidarse que la asimilación que se realiza de ésta a la hipoteca cuya ejecución anuncia la nota marginal de la regla 5 del artículo 131 LH no es exacta por el distinto alcance del aseguramiento (hipoteca = garantía del crédito; anotación preventiva = garantía del proceso), y porque la hipoteca por definición legal viene adornada de eficacia directamente ejecutiva (apremio), no así el embargo que necesita para ello de la Sentencia de remate cuya existencia se revela precisamente por la nota marginal

de expedición de la certificación de cargas (art. 1.490 LEC). Claro es que a la Dirección General le puede resultar fácil pronunciarse como lo hace, pues es meramente «formal», si a la postre la preferencia sustantiva (?) del título de dominio va a ser decidida por el Registrador, extremo en el que, como se verá, tampoco estoy de acuerdo.

Este valor procesal de la anotación preventiva puede encontrarse igualmente en otros supuestos, utilizados en exceso para negar a aquélla su valor de carga.

Así, la anotación preventiva de demanda; se entiende comúnmente que el último párrafo del artículo 198 RH confirma la tesis de que la anotación preventiva de embargo no perjudica a los títulos de dominio o derecho real de fecha anterior inscritos con posterioridad, cuando lo cierto es que dicho precepto se limita a abrir un contencioso, en fase de ejecución de Sentencia, para «decretar la cancelación de tales asientos», a solicitud del demandante; en ningún momento establece criterios para dilucidar preferencias, pero no debe olvidarse que en su párrafo 2 el mismo artículo incardina a la anotación en las reglas de prelación —le atribuye rango—, y que, por otra parte, la anotación preventiva de demanda es un verdadero cajón de sastre en que la distinta naturaleza del título en que la pretensión procesal se ampare —título de derecho real formado o en formación— puede justificar soluciones diversas en cada caso para aquella disputa.

Así, la anotación preventiva de prohibición de disponer, respecto de la que el artículo 145 RH no dice, como se pretende, su ineficacia indiscriminada respecto de los títulos de fecha anterior retrasados en la publicidad, sino precisamente todo lo contrario, su sujeción a las reglas generales del rango hipotecario cuando expresa que «no será obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación».

Tercero.—El embargo no altera pues la naturaleza del crédito reclamado; la anotación preventiva o convierte en privilegiado. El primero es un trámite procesal; la segunda conlleva toda la fuerza constitutiva de la publicidad registral. El crédito anotado al modo que el hipotecario o el refaccionario es una creación del Registro.

Es expresión, de honda tradición hipotecaria, de la publicidad como carga, como compulsión a un sujeto si quiere obtener beneficios y evitar perjuicios. No es éste el sentido en que utilizó en el encabezamiento y contenido de este comentario, más referido al de gravamen, pero que he preferido por su consolidación por la técnica de apartado y arrastre en los asientos registrales, y por el valor uniforme del rango que la hace identificarse a éstos; con la frase «libre de cargas» decía la RDG de 5 de octubre de 1925 se declara la no existencia de asientos hipotecarios que disminuyan el valor económico de la finca o limiten su disponibilidad.

La publicidad como carga es mas bien expresión de una facultad, como recientemente se ha esforzado en precisar GONZÁLEZ GARCÍA. Quizá el legislador entrevió consecuencias tan poderosas para la anotación preventiva de embargo que no se atrevió a encomendarla únicamente a la voluntad del demandante, declarándola obligatoria (art. 43, 2, L.H.).

Probablemente el origen del privilegio se encuentre en la Ley de 1861 que, erróneamente como cree JUAN REY o no, estableció una norma de índole sustantiva ajena a su propio entendimiento como ley de terceros en el artículo 44: «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos 2, 3 y 4 del artículo 42 será preferido en cuanto a los bienes anotados solamente, a los que tengan

contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a dicha anotación».

No es correcto en consecuencia afirmar —como hace RIFA SOLER— que la intención del CC fue «fijar un orden de preferencia de carácter civil que prevaleciera sobre la prioridad registral de las anotaciones de embargo». Primero porque el artículo 1.923, 4, CC, recoge en esencia la innovación creada por aquel artículo; segundo, porque la LH de 1861 no había concebido el rango y mucho menos el de las anotaciones preventivas carentes de todo sentido real, y tercero, porque simultáneamente al inicio del valor como carga de la anotación preventiva en la Ley de 1909 se elimina aquel precepto sustantivo de la LH, mediante su conversión en una simple remisión a la norma sustantiva ya existente, prueba inequívoca de que se concebían como materias distintas. Lástima que no se utilizará la moderna técnica de las reliquias, conservando exclusivamente el número, que hubiera querido decir lo mismo y evitado un sinnúmero de lucubraciones indebidas.

No puedo detenerme en tales lucubraciones, pero honradamente debo decir que no encuentro antinomia entre los artículos 1.923, 4, y 1.927, 2, CC. El primero, bajo la rúbrica «De la clasificación de créditos» se ocupa del aspecto sustantivo del privilegio, y en su libérrima facultad de legislador estatuye los requisitos que para alcanzar tal ha de ostentar un crédito; el segundo, bajo la rúbrica «De la prelación de créditos» —y que en su primer artículo (1.926) aclara ser la «prelación para su pago»— se ocupa del aspecto procesal, del orden de cobro; por tanto, el «crédito preventivamente anotado» pasará como tal a cobrar —por orden de fechas (art. 1.927, 2)— si goza de tal privilegio —por concurrir con créditos posteriores (art. 1.923, 4)—; en el caso de no cumplir este requisito entrará en la lista de cobro en función de la preferencia intrínseca que pueda ostentar y que la anotación preventiva no perjudica.

Es posible que tal interpretación conduzca a problemas teóricamente insolubles, cuando se comparan entre sí varios créditos simultáneamente, como parecen constatar al alimón aunque por separado J. M. GARCÍA GARCÍA y RIFA SOLER; pero quizá se concilien en la práctica, de hecho no conozco ninguna decisión jurisprudencial que aborde el tema, pero no me cabe la menor duda de que, de existir, aquéllos nos la hubieran proporcionado fuera o no favorable a su tesis.

Donde sí quiero detenerme es en la incongruencia de determinar la prelación de la anotación preventiva acudiendo a las normas del CC sobre privilegios crediticios. No tan sólo la de aquellos que recurren al artículo 1.923, 4, para justificar su carencia de trascendencia real, sino incluso la de aquellos otros que encuentran la solución contraria en el artículo 1.927, 2, aunque, algunos divergen, tal trascendencia sea provisional, mientras civilmente no sea declarada otra. Esta última postura, aparentemente sugestiva, ha llevado incluso a dotar de nuevo contenido a la tradicional distinción entre prioridad formal y prioridad material, quedando la primera referida a la registral o aparente y la segunda a la sustantiva o civil; se convierte así el Registro en una verdadera cueva platónica en la que sus libros son reflejo de las sombras de una realidad sólo visible para los que rompan sus cadenas; habrá que insistir en que la llamada realidad carece de volumen, de corporeidad que pueda reflejar sombra alguna, es el Registro de la Propiedad el que la hace visible, por ende evidente y por ende real.

Creo que fue MAZUELO, citado como adalid de la causa realista, quien inicia esta construcción al afirmar que «el artículo 1.927 CC, al dar entrada de una manera expresa y terminante a la prioridad registral respecto a las anotaciones de embargo, provoca una presunción legitimadora de preferencia por el orden

de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de que, en caso de impugnación, la prioridad hipotecaria cede en beneficio de la sustantiva determinada en el artículo 1.923 CC». Además el mismo contribuye a embrollar la cuestión cuando establece como excepción a la regla general de purga de cargas posteriores (art. 175 RH): la hipoteca legal tácita en favor de Estado, provincia y municipio, y en favor de los aseguradores (arts. 194 y 196 LH), las anotaciones en favor de los trabajadores (art. 59, L. 26 de enero de 1944), las hipotecas a favor del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional (R. 27 de julio de 1939), y en general «aquellos otros que tengan o a los cuales las leyes concedan este especial privilegio»; supuestos en que «los Registradores denegarán la cancelación porque al hacerlo no determinan preferencias de créditos, sino prelación de asientos, lo cual está dentro de la esfera de sus competencias». Confundiendo aún más los aspectos de preferencia y prelación.

De entrada, absolutamente nadie explica el valor como carga del derecho real de hipoteca acudiendo al artículo 1.927 CC. Antes al contrario se deduce el privilegio de su valor de garantía, así Díez PICAZO: «el carácter real no es una consecuencia específica del privilegio, sino del carácter que tiene la garantía de que el privilegio es consecuencia»; y sirve para crítica a GULLÓN por entender que la preferencia tiene un origen legal, en cambio en este caso «la causa de la preferencia ha sido creada por la voluntad de las partes y nace del derecho real como uno de sus caracteres».

Sin embargo, es evidente que el privilegio necesita de una situación de conflicto —de pluralidad de pretensiones para manifestarse, lo que es ajeno a la vinculación del bien hipotecado al acreedor, que se puede manifestar en la actuación exclusivamente unilateral de éste; y que en todo caso el privilegio no es algo implícito en el derecho real, sino que requiere una determinación legal. De hecho, como dice RIFA —citando a CAMARA—, «el privilegio no lo considera la Ley como consecuencia de la naturaleza íntima de la hipoteca —o anotación preventiva de embargo por extensión— sino que el CC se limita a señalar este efecto del crédito hipotecario —o crédito anotado preventivamente— al regular la concurrencia y prelación de créditos en general y no al regular las hipotecas».

Me interesa destacar la asimilación que realiza entre hipoteca y anotación preventiva de embargo, no para desembocar en la tesis procesalista del ilustre Notario, sino precisamente para todo lo contrario, para destacar que el *ius persequendi* no es la expresión del derecho real, que ésta debe hallarse en su valor de garantía, en su capacidad de preservar la situación física y jurídica del bien gravado en previsión del incumplimiento de su obligación por el deudor. Y en tal sentido es indudable que la hipoteca no se consolida como derecho real hasta la reforma de 1909. Con anterioridad, su valor como tal estaba muy capitidismunuido desde el momento en que cualquier ejecución conllevaba su extinción, resolviéndose el problema en el ámbito crediticio en el que el artículo 1.927 CC atribuía preferencia por razón de fecha. Su valor como derecho real, como carga, se establece en el momento en que las incidencias crediticias del deudor no afectarán a su subsistencia y conservará su rango libre de vicisitudes no queridas.

Lo que ocurre es que la simbiosis crédito-hipoteca es tan perfecta que nadie hubiera podido sospechar la aparición de otro acreedor pretendiendo mejor derecho al cobro del remate; lamentablemente —y ello prueba el origen puramente legal del privilegio—, hoy ello no es así por mor del llamado con maximalista lenguaje infantil «superprivilegio» salarial.

En definitiva, la preferencia crediticia no sirve para explicar el valor de la anotación preventiva:

Primero, porque a pesar de la dicción del CC, que establece la preferencia con relación a los bienes (arts. 1.922, 1.923 y 1.924), aquélla se resuelve en un mejor derecho al cobro con el producto de la ejecución; su ámbito es estrictamente procesal, de modo que se extingue por su no ejercicio en el proceso. En buena lógica, de establecerse aquel paralelismo, cualquier ejecución debiera llevar consigo la cancelación de todas las anotaciones practicadas bien por haber ejercido su derecho de preferente cobro, bien por haber decaído de él por falta de uso en el proceso.

Y segundo, porque las preferencias son inoperantes en los supuestos de pago voluntario y en los de transmisión voluntaria del bien gravado. Supongamos la existencia por este orden de un crédito escriturario, un crédito «anotado preventivamente» y una transmisión voluntaria de la finca (prescindamos ahora de la Pauliana, si procediera). Desconozco si la Dirección General al proclamar la inmutabilidad de las partes en el proceso (R. de 30 de junio de 1989) se había planteado este problema, pero para mí es indudable que el titular del crédito escriturario no podrá aprovecharse de la eficacia real que la anotación preventiva concede al proceso en que se reclama el crédito no preferente, cuando el sujeto pasivo de la acción no es su deudor sino el nuevo titular de la finca embargada.

Habría que reproducir anteriores páginas y adelantar algunas futuras sobre la consideración de la anotación preventiva como carga: el valor de carga real viene dado por su capacidad de subsistir en la purga registral. No es otra cosa que consecuencia de la inoponibilidad de los títulos ocultos, que fija en los «compatibles» —cuando su capacidad de exclusión se halla latente— un orden o rango en función de su acceso al Registro, y que en su dinámica se manifiesta en que un título no puede ser perjudicado —purgado— por aquellos no publicados, no existentes, cuando aquél lo fue.

Así pues, el problema se reduce —dicho sea en términos estrictamente literarios— a conciliar la posible disparidad entre el rango de la anotación preventiva y la preferencia del crédito en ella constatado. Dilucidar cuáles sean las reglas a que se refiere el Centro Directivo cuando dice (RR. de 6 de septiembre de 1987 y 7 de julio de 1989) que «con independencia de cuál de los créditos anteriores tenga mejor derecho al cobro, la anotación de mejor rango está sujeta a distintas reglas que las de rango inferior».

Creo que el problema debe resolverse siendo coherente hasta el final y fundamentalmente coherente con el sentido de carga procesal de la anotación preventiva de embargo, en cuanto viene a garantizar el satisfactorio resultado del proceso, independientemente de cuál sea el crédito que en definitiva sea satisfecho (actor o tercero). En consecuencia, es el proceso de mejor rango el que tiene virtualidad cancelatoria de todas las anotaciones posteriores; de aquí que:

El acreedor que haya incoado tal proceso está liberado, aunque no impedido, de promover tercerías de mejor derecho, puesto que se halla suficientemente protegido con la subsistencia de su anotación. Ocurre algo así como al acreedor hipotecario a quien la STS de 14 de julio de 1933 impidió el ejercicio de la tercería de mejor derecho, puesto que gozaba de la prelación que la subsistencia de su inscripción le confería. Imperativo del que no participo, pues no creo que se deba impedir al acreedor hipotecario el ejercicio de la acción personal y, en consecuencia, hacer valer su crédito por el mecanismo procesal que estime

oportuno; pero aquí se mezcla la simbiosis crédito-hipoteca no existente en la anotación y el problema de la dualidad de acciones del acreedor hipotecario en cuyo estudio no puedo entrar.

El acreedor de peor rango se ve en la necesidad de pretender su mejor derecho al cobro en el proceso correspondiente a la anotación preferente. De otro modo el rematante en aquel procedimiento —que no puede desconocer el peso de una anotación preventiva no discutida— ni podrá pretender que prospere su tercería de dominio, puesto que su adquisición es posterior al embargo, ni podrá alegar una preferencia crediticia que a él no le concierne.

IPIENS cita una STS de 5 de julio de 1917 que acordó la cancelación de la anotación preventiva de embargo estimando la reconvención propuesta por el rematante de subasta en proceso posterior, pero de crédito preferente, en el declarativo instado por el titular de aquella en pretensión de cancelación de la inscripción a favor del último. Al respecto cabe decir: que como mínimo se debe reconocer a la anotación preventiva anterior una posición de preeminencia en tanto en cuanto puede quedar a la defensiva y continuar adelante su proceso que culminará, si no se discute debidamente y en mi opinión se ha perdido el tiempo oportuno, con la cancelación de la inscripción de dominio posterior (conforme a los arts. 175, 2, y 233 RH, y RDG de 16 de julio de 1987); que es doctrina reciente del TS (S. de 27 de diciembre de 1983 y Sala 6.ª 20 de diciembre de 1988) que el privilegio de un crédito no se transmite al rematante de la subasta, y que tampoco parece lógica aquella decisión cuando el rematante se ha subrogado, sin discusión, en la carga anterior e incluso pudiera ser que se hubiera rebajado del precio conforme al artículo 1.511 LEC.

Consecuencia de todo ello es la reducción de ejecutivos pues las diversas pretensiones habrán de incorporarse por el cauce adecuado a aquel que goza de la posición preeminente de barrer los resultados de los demás. Por ello no favorece a esta concepción, aunque tampoco la perjudica, que los Decretos resolutorios de competencia, desde el dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 1971, más por hábito que por convicción, continúen encontrando en la fecha del embargo, y no en la de la anotación, el criterio de cuál de las dos partes debe seguir adelante con el procedimiento. No es propiamente una cuestión de competencias lo resuelto, pues ambas partes la tienen, sino una razón de economía, la de hallar el proceso preferente, y prueba de que tal es el resultado final de la anotación preventiva es el hecho de que la jurisdicción declarada competente no podrá ordenar la cancelación de la anotación preventiva anterior obtenida por la incompetente, carga que deberá ser expresamente alzada por esta última.

Si aplicamos ahora estas ideas al ejemplo insoluble apuntado por J. M. GARCÍA GARCÍA se descubren nuevas paradojas en la relación carga-privilegio.

Aquel propone la siguiente comparación:

«1. Crédito con anotación preventiva de embargo que ingresa en el Registro en el año 1985.

2. Crédito hipotecario que ingresa en el Registro en 1986 y en que la fecha de ese crédito como escriturario es también de 1986.

3. Crédito simplemente escriturario de fecha 1984 que no ingresa en el Registro porque no está garantizado con hipoteca ni ha obtenido anotación preventiva de embargo.»

Prescindiendo de que se debiera haber expresado que el crédito que ha obtenido la anotación preventiva tampoco goza de preferencia intrínseca sobre el

simplemente escriturario (p. ej., por ser escriturario de fecha 1983), J. M. GARCÍA constata el absurdo: «cobraría antes el crédito anotado que el hipotecario, pero éste cobraría antes que el escriturario y este último habría de cobrar antes que el anotado».

Sin embargo, entendiendo que la prelación lo es para el cobro y se extingue con el proceso, no así la carga, veamos las consecuencias:

1. La ejecución del crédito simplemente escriturario no afectará a la subsistencia como carga de la anotación preventiva y de la hipoteca. El rematante no podrá alegar mejor derecho sobre aquello en lo que se ha subrogado.

2. La ejecución de la hipoteca no altera la subsistencia de la anotación preventiva. El crédito escriturario carece de valor de carga una vez producida la transmisión dominical.

3. La ejecución del crédito anotado provoca la purga de la hipoteca. El crédito escriturario puede incoar, con visos de éxito, tercería de mejor derecho; tanto respecto de éste como del primero la cifra que consta en la anotación aparece como máximo de garantía, el exceso debe ser consignado a disposición de los acreedores posteriores (art. 175, 2, RH) con los que aquel crédito se enfrentará desnudo de su agotada anotación. El acreedor hipotecario conocedor de la anotación preventiva cuando concedió su crédito no podrá quejarse de que un tercero se aproveche de la prioridad procesal obtenida por la anotación, pero sí de que se exceda de la «cifra» por ésta garantizada.

Quizá no esté de más, para terminar este apartado relativo a carga y crédito, recordar las RDG de 20 de marzo y 28 de septiembre de 1968, que, aunque incidiendo en la confusión entre prelación y prioridad, establecieron que «no es función del Juez que entiende del apremio decidir sobre preferencias», por lo que no procede la cancelación de la anotación preventiva de embargo extendida con anterioridad a la inscripción de la hipoteca, que se ejecuta, pero de fecha posterior a la escritura de constitución de ésta.

Y no está de más recordarla habida cuenta de la tendencia que pretende extender la sugestiva, fáctica y jurídicamente dudosa actuación del Registrador de la Propiedad de dilucidar preferencias entre las cargas reales, como en seguida veremos, a supuestos de mayor riesgo propugnando —así GÓMEZ GALLIGO, en artículo que por otra parte es magnífica exposición de ortodoxia— que la ejecución apoyada en anotación preventiva de embargo anterior no conlleva la cancelación de la hipoteca cuyo crédito garantido es preferente, en cuanto escriturario y de fecha anterior a aquélla. Tesis que debe rechazarse de plano:

1. Porque no es misión del Registrador decidir preferencias crediticias sino cancelar cargas, y éstas sólo existen en el orden registral.

2. Porque aunque lo fuera carece de elementos para calibrar si el crédito cuya ejecución anuncia la anotación preventiva de embargo es preferente por ser por ejemplo escriturario y anterior a la escritura de hipoteca.

3. Porque aunque así no se entendiera es dudoso que el crédito escriturario garantido y la fecha de la escritura de hipoteca coincidan necesariamente. Me refiero a la práctica cada vez más habitual de condicionar la entrega del dinero a determinados eventos futuros entre los que es el primero la propia inscripción de la hipoteca. No quiero entrar en tema tan delicado como el de la extensión de la fe del Registro al crédito asegurado, que trata de soslayarse acudiendo a figuras como el depósito irregular, o a previsiones tan pueriles como la de «una cantidad igual a la recibida en concepto de préstamo se ingresa por el deudor en

una cuenta de la entidad acreedora de la que aquél no podrá disponer sino...»; me interesa apuntar la duda de cuál sea la fecha del crédito en estas circunstancias y recordar las SSTS de 27 de octubre de 1941, 15 de diciembre de 1956 y 3 de noviembre de 1971 que estimaron en el supuesto de póliza de crédito en cuenta corriente, como fecha de éste no la de la póliza, sino la de fijación del saldo.

Cuarto.—Hasta aquí hemos estudiado la relación entre la anotación preventiva como carga y el crédito al que atribuye privilegio. Corresponde ahora ver el juego de aquélla en relación a otras situaciones «reales», como el dominio y demás derechos de trascendencia real.

Si hemos de ser consecuentes, el tratamiento debiera ser idéntico en la aplicación del principio de prioridad registral, sin recurrir a la ficción de configurar a los titulares de tales derechos como acreedores de los mismos para aplicar el artículo 1.923, 4, CC. Tesis esta última que siguiendo la lógica obligaría además a realizar la comparación de la naturaleza de los respectivos títulos, y no con la fecha de la anotación, ni tan siquiera con la del crédito reclamado por el actor, sino con la de aquel en cuyo beneficio se descubra a la postre la anotación preventiva por haber triunfado en la oportuna tercería.

Es absolutamente evidente y conocido que no es ésa la postura jurisprudencial, que se limita a comparar las fechas de escritura y anotación, pero al respecto deben hacerse algunas consideraciones:

Primero, que tal postura se fija muy antes de la reforma de 1909, de forma natural y coherente con el simple valor de afección personal de la anotación preventiva; el hábito hace eludir la perspectiva de la trascendencia de esta reforma.

A ello contribuye la inmediata tendencia germanista de nuestra doctrina seducida por los fuegos fatuos de la inscripción constitutiva y la fe pública. La anotación preventiva como mera circunstancia enervante de la fe pública registral, por tanto con valor hacia el futuro no hacia el pasado oculto. Se desvirtúa por tanto el sentido latino de la inoponibilidad que inspiraba nuestra Ley de 1861, en la que incluso podrían encontrarse indicios de aplicación de tal principio al acreedor anotante, y que se explica no tanto desde la vertiente positiva del que accede al Registro, cuanto desde la pérdida de eficacia real del que se mantiene oculto. La evolución natural quiere que esa pérdida lo sea a todos los efectos, incluso respecto de los créditos personales constatados tabularmente. Y a esa conclusión han llegado —según apunta RIFA SOLER— sistemas tan arcaicos como el italiano —desde el CC que modificó la Ley de 1865— o el francés —desde la modificación del C. por Decreto de 7 de enero de 1959.

La jurisprudencia sienta la doctrina en su momento condicionada por la profunda desinscripción existente, lo que paradójicamente la dota de una inevitable aura de equidad. Sin embargo, configura un círculo vicioso al desfigurar el valor de la carga como acicate para solicitar la inscripción. La protección de lo inmediato ha provocado la presistencia de la incertidumbre. Yo creo que el cambio de opinión de J. M. GARCÍA no obedece a su llegada a la madurez, como el mismo afirma, sino a la distancia recorrida entre un Registro en que la desinscripción es habitual a otro en que toda desinscripción es sospechosa.

En segundo lugar hay que centrar en sus estrictos términos la posición jurisprudencial, pues ésta no declara indiscriminadamente la preferencia del título anterior no publicado, sino la inoperancia de la anotación preventiva para desvirtuar la tercería de dominio intentada por el dueño no deudor.

El cambio de perspectiva es importante porque confirma el valor procesal de la anotación preventiva, en cuanto reserva al propio proceso al que ella se refiere la desvirtuación de la situación registral existente al tiempo de practicarse aquélla. El principio de inoponibilidad no opera respecto del acreedor anotante, quien como ya hemos dicho no es sino un titular accidental de la anotación, sino respecto del proceso que se revela como verdadero titular de ésta. Es evidente esta idea en la STS de 30 de enero de 1929, cuando declara que la tercería de dominio únicamente libera al bien de la traba efectuada en el proceso en que aquélla se incoa, pero no de cualquier otra que pueda existir. La anotación preventiva garantiza al proceso que nada no publicado puede prevalecer, si no es aquello que se pone de manifiesto en el mismo proceso.

Hay que tener en cuenta que, como dice FRANCO ARIAS, citando a FERNÁNDEZ, «la tercería de dominio no se refiere sólo al derecho de propiedad, puede fundarse también en un derecho real distinto al de dominio o incluso en la existencia de un derecho subjetivo que ha sido desconocido o lesionado por el ejecutor al proceder al embargo».

Por lo tanto, no es la fecha del título la que determinará su preferencia respecto de la anotación preventiva de embargo, sino la prevalencia declarada en la oportuna tercería. El título anterior no es siempre preferente; así puede ocurrir —como en la STS de 4 de febrero de 1986— que se decrete la cancelación de la inscripción de tal título por vía de reconvencción solicitada por el acreedor en la tercería de dominio instada por aquel titular. La escritura de fecha posterior no es siempre no preferente, pues la tercería podrá ser estimada con arreglo a la interpretación jurisprudencial que entiende que la palabra «título» del artículo 1.537 LEC no viene referida exclusivamente al documento público, sino al «fundamento subjetivo del derecho que se alega», esto es, aquel conjunto de circunstancias que permitan al juzgador apreciar el traspaso dominical con anterioridad al embargo.

Consecuencia de ello y obviamente de la circunstancia de que la interposición de la tercería de dominio suspende el procedimiento de apremio (art. 1.535 LEC) es que la prioridad registral opera con escrupulosidad intachable, subsistiendo lo anterior y purgándose lo posterior, pues la subsistencia de la inscripción posterior únicamente podrá obtenerse en el procedimiento garantizado por la anotación preferente.

No puede por tanto estimarse oportuna la doctrina de las RRDG de 5 de marzo de 1982 y 3 de octubre de 1985 que deniegan la inscripción de la adjudicación judicial por figurar, con posterioridad a la anotación de embargo, la inscripción de la transmisión de la finca en virtud de escritura de fecha anterior a aquélla; sí, en cambio, la de la RDG de 24 de junio de 1944, que hace prevalecer en el mismo caso a la anotación preventiva fundándose en que «el tercer poseedor no había interpuesto en tiempo su tercería de dominio».

No se utilice para justificar la prevalencia del título retrasado la presunción de titularidad que el artículo 38 LH atribuye, pues precisamente este artículo es firme puntal en la configuración de la anotación preventiva como carga. En todo caso, mientras no se pruebe lo contrario, para el proceso no existe otro titular del bien embargado que el registral en el momento de practicarse —o denegarse lo que lleva automáticamente a su sobreseimiento— la anotación preventiva. Y la prueba en contrario que destruya aquella presunción únicamente podrá obtenerse por aplicación del artículo 32 LH en el mismo proceso que causó aquélla.

Esta interpretación que me parece absolutamente respetuosa con el valor de carga procesal de la anotación preventiva permite desarrollar una serie de con-

clusiones que, a estas alturas del comentario, únicamente me atrevo a esbozar, y que tienden a evitar el grave problema creado al rematante que se ve privado de su dominio por la aparición de un título imprevisto y del dinero del remate que rápidamente se manifiesta como bien fungible.

El método para alcanzar dicho resultado pasa por conciliar los principios registrales con el párrafo 2 del artículo 1.533 LEC, que dispone: «Si la tercería fuere de dominio, no se admitirá después de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes a que se refiera, o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante, quedando a salvo el derecho del tercero para deducirlo como y contra quien corresponda», con arreglo a las siguientes ideas:

1. El valor de inoponibilidad de la anotación preventiva se consolida por la falta de interposición de tercería en el proceso correspondiente, lo que conlleva la preservación de la situación registral existente al tiempo de practicarse aquélla.

2. Interpretación del primer inciso del transcrito párrafo acorde con:

- La adjudicación en subasta como acto de poder, o teñido de sustancia procesal, o ejercicio de potestad jurisdiccional —RRDG de 15 de julio de 1988 y 11 de mayo de 1989— (superación de los conceptos de representación, expropiación y sustitución).
- Espiritualización de la transmisión dominical, innecesariedad de posesión física (art. 131, 17, LH: «También se pondrá en posesión judicial al adquirente, si lo solicitase»), *traditio ficta* en las transmisiones judiciales; en consecuencia: limitación del plazo de interposición de tercería en evitación de aquel perjuicio.

3. La acción reivindicatoria —supuesto que el enigmático último inciso del párrafo transcrito se refiera a ella— detiene ante la protección registral: en los casos de doble venta «la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro de la Propiedad» (art. 1.473 CC, art. 32 LH); la anotación anticipa el rango a la futura inscripción si no es desvirtuada en el proceso que aquélla garantiza.

No es propiamente una «conversión» de la anotación en inscripción conforme al artículo 70 LH —tesis expresamente repudiada por la STS de 27 de diciembre de 1983—, sino consolidación de su valor de inoponibilidad por no desvirtuación en el proceso. No parece lógico afirmar como hace esa Sentencia que la «adjudicación en subasta pública ninguna relación guarda con la anotación», sino antes bien como lo hace la RDG de 28 de julio de 1989: «Inscrita la enajenación judicial durante la vigencia de la anotación preventiva del embargo trabado en garantía de su efectividad se consuma la virtualidad de la anotación»; «la prioridad ganada por la anotación se traslada a la enajenación».

Consideraciones subjetivas aparte, pienso que lo expuesto es la expresión aséptica del juego de la anotación preventiva de embargo en nuestro Derecho. Su revalorización debe buscarse no desde la vertiente germanista del anotante protegido por la fe pública registral, sino desde el valor más tradicional de la publicidad como carga, y en consecuencia la pérdida de oponibilidad del título oculto. Debe ahondarse en la línea abierta por la STS de 12 de febrero de 1988 al declarar que el *pactum fiduciae* oculto que desvirtúa la titularidad registral no puede oponerse a la anotación preventiva de embargo obtenida sobre esa titularidad; se mezcla evidentemente el tema de la fiducia como pacto inter partes, pero no cabe duda de que las reflexiones que formula sobre la trascendencia de

la ocultación y los riesgos de permitir una determinada publicidad son perfectamente válidas para muchas de las transmisiones rezagadas.

Quinto.—Corresponde ahora analizar el valor de la anotación preventiva cuando el crédito que se reclama es privilegiado.

Me voy a limitar en todo caso a la incidencia de los créditos salariales en el régimen de las cargas que ha quedado expuesto, su posible valor como hipoteca tácita; no sólo porque es materia específica de las Resoluciones que se comentan, sino además porque ningún otro ha generado tanta polvareda jurídica. Respecto de estos otros cabe decir escuetamente:

1. Que por lo que hace al crédito a favor de los aseguradores, amén de la incidencia que en cuanto al privilegio (art. 1.923, 2, CC) ha tenido la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, carece hoy de causa para entenderse hipoteca tácita, pues el impago de la prima inicial impide la cobertura, y su suspensión se produce respecto de la segunda y posteriores al mes del impago.

2. Que aunque inoportuna, no es difícil concebir la hipoteca tácita en los créditos por impuestos que gravan periódicamente los bienes y por débitos a la Comunidad de Propietarios en los regímenes de propiedad horizontal, no sólo por afectar a bienes determinados, sino especialmente por gozar de la publicidad de lo ostensible o de lo inevitable (las Resoluciones de 9 de febrero de 1987 y 1 de junio de 1989 afirman que inscrito el régimen de propiedad horizontal «consta ya suficientemente, aunque con cierta indeterminación, la carga de tal afección real preferente»). Amén de ello tienen previsto ambas figuras mecanismos que permiten hasta cierto punto conciliar la eficacia real con los cambios de titular de las fincas afectadas: derivación de la deuda (art. 12 RGR) y anotación de demanda de constatación de la afección real (Resoluciones reseñadas), respectivamente.

Ninguna de estas características puede predicarse del crédito salarial que, como simple crédito que es, es oculto y general, en cuanto su garantía es la responsabilidad universal del deudor.

El problema se concreta a la interpretación del párrafo 1 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, pues el párrafo 3 del mismo artículo se reconduce a la teoría general por interpretación jurisprudencial (STS de 25 septiembre de 1985): «si los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad tienen prioridad respecto a los créditos hipotecarios posteriores a la anotación, es indudable que el crédito anotado debe prevalecer sobre el salarial por ser también preferente al hipotecario».

La visión más perfecta de aquel párrafo se encuentra en el fundamento tercero de derecho de la Resolución que se comenta; es obligado, a riesgo de ser pesado, reproducir los obstáculos que encuentra: *a)* La falta de un adecuado desarrollo normativo de esta figura; *b)* Las dificultades de interpretación de un precepto legal que sitúa en el mismo plano jurídico la preferencia del crédito —que por muy absoluta que sea no es sino una cualidad del mismo, que no trasciende su naturaleza personal, que únicamente provoca una anteposición en el cobro en caso de concurrencia con otros créditos, y que sólo puede hacerse valer en las hipótesis de ejecución colectiva o en la ejecución individual instada con anterioridad por otro crédito contra el mismo deudor a través de la correspondiente tercería de mejor derecho— con los derechos reales de garantía (prenda e hipoteca) que generan una vinculación directa e inmediata entre el crédito garantizado y el bien gravado, de manera que el valor en cambio de éste, en la

cuantía estipulada, ha de considerarse, en caso de impago, fuera del patrimonio del deudor; c) La desarmonía que el citado precepto guarda con los principios básicos del sistema hipotecario, cuales son los de publicidad y especialidad, que al consolidar la seguridad de las garantías reales han hecho posible el desarrollo del crédito y la mejora de sus condiciones, contribuyendo innegable y decisivamente al crecimiento de la economía nacional; d) Las paradójicas conclusiones que se desprenden de esa norma (piénsese en las distintas soluciones a aplicar según que la hipoteca ya constituida al devengarse el crédito salarial lo fuera en garantía de una deuda propia o de una deuda ajena al empresario-propietario del bien gravado; o en como la pretendida prevalencia del crédito salarial sobre una hipoteca anterior en garantía de una deuda del empresario se esfumaría, dada su falta de reipersecutoriedad, si éste vende el bien gravado antes de la traba efectuada en garantía de los salarios, con la consiguiente revitalización de la hipoteca), etc.»

Podríamos reproducir el debate teórico sobre el valor de la publicidad y recordar que precisamente en la discusión parlamentaria de la Ley de reforma de 21 de abril de 1909 se cifraba en el sistema de subsistencia y purga de cargas que el procedimiento judicial sumario venía a consagrar, y que el Estatuto de los Trabajadores se permite literalmente desconocer, la esperanza de un mercado hipotecario pujante. Hoy, gracias a aquella reforma, que consolidó el valor real de la hipoteca, el mercado hipotecario es una realidad cuyas cifras verdaderamente asombran; y pudiéramos preguntarnos si en justicia cabe atribuir «rango de primera hipoteca» —única que autoriza a la emisión de títulos (art. 5 LMH, 2/1981, de 25 de marzo)— a aquella expuesta a purga en cualquier momento.

Eludiremos por tanto el amargor de la quiebra de los principios y me limitaré a constatar las consecuencias deducidas de las últimas decisiones jurisprudenciales:

1. El privilegio salarial no es carga real no sólo porque conforme al número 4 del mismo artículo del ET únicamente es de aplicación en procedimientos en que concurra con otro u otros créditos «sobre bienes del empresario», sino también porque la necesidad de su satisfacción procesal deriva de su incapacidad para subsistir como carga sobre la finca.

2. Corresponde a la jurisdicción laboral la declaración de existencia del privilegio y la actuación de sus consecuencias (STS Sala 6.ª 23 de marzo y 20 de diciembre de 1988).

Se trata simplemente de determinar el cumplimiento de los requisitos que el artículo 32, 1, ET exige al crédito para atribuirle el privilegio, sin que implique competencia para el conocimiento de tercerías que puedan incoarse que corresponde siempre a la jurisdicción civil (STCT 2.ª 22 de septiembre de 1987 y 22 de marzo de 1988, y SSTs de 9 de marzo de 1985, 20 de junio de 1986 y Sala 6.ª 23 de marzo de 1988).

Resulta sin embargo especialmente triste la argumentación empleada: «es doctrina de esta Sala Especial de Conflictos —28 de enero (dos) y 10 de mayo de 1985— la de que la preferencia que a los trabajadores atribuye el artículo 32 ET para el cobro de sus créditos salariales quedará convertida en mera posibilidad de interesar el cumplimiento de una deuda de remota percepción si se refiriera a la jurisdicción civil, dados los complicados, largos y lentos trámites de los juicios universales —de los declarativos añadimos ahora—, lo que resulta incompatible con la naturaleza del salario laboral como retribución dirigida a satisfacer de modo inmediato las necesidades vitales del trabajador y su familia».

Y resulta especialmente triste por tratar de imbuir un cierto complejo de culpa en aquellos que pensamos que el artículo 32 es el pan de hoy el hambre de mañana; porque no es a la justicia, sino a otras instituciones, debidamente financiadas, a las que corresponde el socorro de las necesidades vitales; porque la justicia que sea complicada, larga y lenta no es justicia; y en suma porque la jurisdicción laboral debiera meditar las interpretaciones «torcidas» de aquel aserto a la vista por ejemplo de la actuación imputada a la Magistratura de Trabajo en los supuestos de hecho que culminaron en la STS Sala 1.^a de 9 de marzo de 1985, declarando la nulidad de la escritura de compraventa judicial otorgada por aquélla por «indeterminación del precio», o a la vista de la STS Sala 6.^a de 20 de diciembre de 1988 obligada a hacer encaje de bolillos —y de tripas el formalista corazón— para admitir un recurso de casación: 1) incoado por quien no fue parte en el proceso, 2) contra auto resolutorio de reposición, 3) dictado en fase de ejecución de sentencia y 4) en la que se habían acumulado de oficio tres procesos distintos, auto en que se acordaba la cancelación de todas las cargas anteriores a la constancia tabular del crédito salarial, no ya sin notificación a sus titulares, sino a pesar de la proclamación de su subsistencia en los anuncios de subasta y reiterada por la Magistratura al contestar escrito presentado al efecto por el primer acreedor hipotecario.

3. Existiendo procedimiento ejecutivo en marcha el crédito salarial puede obtener en él su preferente pago. Así la STS de 27 de octubre de 1983 admitió la corrección del descuento a tal fin del importe del remate en el procedimiento del artículo 131 LH, «sin necesidad de que la preferencia sea declarada en los dilatados trámites de un juicio declarativo de mayor cuantía, cuando todos los antecedentes figuran en el proceso de ejecución y su contenido no ha sido puesto en duda».

La disociación entre la hipoteca y el privilegio crediticio permite concebir la tercería de mejor derecho en el procedimiento judicial sumario, aunque se articule, según el parecer de la Dirección General, por medio del «juicio declarativo que corresponda», que para los demás interesados concibe el artículo 132 LH.

4. La ejecución del crédito salarial conlleva para éste la consideración de primera carga en el sentido de causar la purga de todos los asientos de tal carácter que existan en el Registro. Los titulares de tales asientos gozan de las prerrogativas concedidas a la posterioridad y por tanto del derecho a ser notificados del procedimiento. Como dice el Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS de 11 de diciembre de 1986 «obvia resulta la necesidad de traer al procedimiento a los acreedores hipotecarios». Respecto al valor como carga de la anotación preventiva hay que remitirse a todo lo dicho (no sin antes destacar que la Resolución que se comenta no hace distinguos entre las cargas —dos inscripciones de hipoteca y una anotación de embargo a la hora de exigir la notificación a sus titulares).

Este es el punto más vidrioso de la cuestión, aunque parece consolidada en tal sentido la opinión del TS (SS de 23 de marzo y 20 de diciembre de 1988) que en conocedor de su debilidad recurre paradójica y artificialmente el apoyo de la doctrina: «el trabajador ha de cobrar antes que el acreedor con garantía real y, como señala la doctrina científica más caracterizada, para que esa anterioridad sea efectiva y real la venta de la cosa ha de llevarse a efecto libre de cargas, pues en caso contrario, de subsistir el gravamen hipotecario, el crédito laboral quedaría sin satisfacer».

Consecuencia de ello es que el peso del privilegio recae sobre el acreedor hipotecario, que se ve privado del carácter hipotecario de su crédito, en razón no

propiamente a una carga preferente sino a la eventualidad de que el remate no cubra el crédito salarial, sin contrapartida y sin control alguno sobre la elección por los trabajadores del bien sobre el que ejercer la responsabilidad del deudor. Debe meditar sobre ello y debe meditar sobre el principio reconocido por las mismas Sentencias de que el privilegio compete a los trabajadores no al rematante, para obtener una postura más dúctil en la subasta que evite consecuencias tan imperiosamente enojosas para el acreedor hipotecario, singularmente cuando su crédito aún no esté vencido.

En este sentido debe recordarse que el Auto antes citado de la Sala Especial de Conflictos, en que las dichas Sentencias se apoyan para justificar su decisión, no establecía tan tajante conclusión, sino que llamaba al procedimiento a los acreedores hipotecarios, «a fin de que puedan tomar conciencia del riesgo que les supone la posibilidad de que en la subasta fueran los ejecutantes los adjudicatarios de los bienes por cantidad inferior a su crédito preferente, con la consecuencia derivada de su inscripción como titulares en el Registro de la Propiedad y cancelación de los gravámenes que pesen sobre los mismos».

5. Es inoperante la constatación en la anotación preventiva de embargo causada en el procedimiento laboral del carácter privilegiado del crédito.

Parece entender lo contrario la STCT Sala 2.^a de 22 de marzo de 1988 cuando afirma que es requisito ineludible para conseguir que al ejecutarse el crédito laboral «el inmueble aparezca —en la ficción legal— como libre de cargas y gravámenes que puedan entorpecer la efectividad de aquel crédito», el que «en su anotación registral y obviamente en el acuerdo judicial preferente se haga expresa mención de que el crédito es superprivilegiado».

Sin embargo, a tales efectos ofensivos la constancia es inútil, pues no excluye la notificación a los titulares de cargas posteriores conforme a la regla general ni a los de las anteriores conforme ha quedado expuesto. En cuanto a la pervivencia de una anotación de tal carácter en la ejecución de carga anterior hay que acoger la valiente postura de la Resolución comentada que, lejos de ampararse en el hecho de que las anotaciones preventivas cuya cancelación acuerda no expresaban el carácter privilegiado del crédito, afirma que «solamente la transposición al embargo anotado de la preferencia sustantiva de la que, conforme al artículo 32, 1, ET podría gozar, el crédito reflejado permite sostener la consideración de las anotaciones cuya cancelación se suspende como cargas preferentes».

FERNANDO CANALS BRAGE

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) PARTE GENERAL

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

DERECHOS SOBRE EL PROPIO CUERPO. ESTADO CIVIL, TRANSEXUAL. Artículos 10, 1, y 14 Constitución; 328 Código Civil; 41, 42 y 44 de la Ley del Registro Civil, y 21 de su Reglamento (SENTENCIA DE 25 JUNIO DE 1987).

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada en esta ocasión por 13 Magistrados, mantiene dos criterios opuestos. Según uno de ellos, que obtuvo mayoría de ocho votos, en ponencia del Magistrado don Juan Laotour Brotóns, se da lugar al recurso en base a los siguientes fundamentos de Derecho:

Primero.—1. La transexualidad es un problema de nuestro tiempo que ha sido posible gracias a los insospechados avances de la cirugía plástica. Esta realidad comporta un fenómeno sociológico que el Derecho no puede ignorar y que obliga a tomar posturas

2. Así, en el Derecho Comparado, y dentro de nuestra misma área cultural, abordan este problema la Ley sueca de 21 de abril de 1972, la alemana de 11 de agosto de 1980, la italiana de 14 de abril de 1982 y la holandesa de 1 de agosto de 1985.

En nuestra patria, en cambio, no hay Ley civil que aborde el problema de la transexualidad.

Sin embargo, justo es destacar que con motivo de la reforma llevada a cabo en el Código Penal por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, se estimó propicio el momento para abordar tal problema, hasta el punto que la Exposición de Motivos justifica su postura acerca de la despenalización de las lesiones cuando mediere el consentimiento. Entiende el legislador en dicha Exposición que, sin perjuicio de futuras consideraciones en una regulación de las lesiones, si *ha estimado de urgencia* introducir un nuevo párrafo al artículo 428 del vigente, de forma que el consentimiento, libre y expresamente manifestado, exime de responsabilidad en los supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y *cirugía transexual* efectuados legalmente y por facultativos.

3. En cambio, en la práctica judicial ya se han producido diversos fallos abordando el problema y con solución favorable al cambio de sexo desde el punto de vista legal, previa la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento hormonal subsiguiente, catalogándolo entre los derechos de la personalidad, porque toda persona tiene derecho a un sexo bien determinado, por lo menos en lo que respecta a sus atributos psicológicos y características sexuales.

Este criterio se ha seguido por la Comisión Europea de Derechos Humanos, en relación con el informe emitido por la misma que junto con el Reino de Bélgica instaron el conocimiento del Tribunal de Estrasburgo con ocasión de la Sentencia de 4 de octubre de 1980, proferida en el *affaire Van Oosterwijck*, siquiera el Tribunal no entrará a conocer del fondo del asunto por motivos puramente formales.

La misma Comisión ha reiterado su criterio favorable en el informe emitido el 12 de diciembre de 1984 en el denominado *affaire Rees*, aun cuando no se haya hecho pública la Sentencia hasta ahora.

4. En nuestra patria existen algunos antecedentes que merecen ser citados.

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Sevilla un transexual interpuso demanda contra el Ministerio Fiscal alegando que desde su infancia venía padeciendo un grave desequilibrio hormonal, que derivó en manifestaciones de desarrollo propios de una hembra y que siempre sus reacciones psíquicas y sentimentales habían sido las de una mujer, y que tras someterse en Holanda a una operación de transexualización para armonizar su forma genital física con la mental dio lugar a la estimación de la demanda. Impugnada la Sentencia por el Ministerio Fiscal fue revocada por la de la Audiencia. Interpuesto recurso de casación por el demandante, esta misma Sala, en Sentencia de 7 de marzo de 1980, desestimó el recurso por motivos puramente formales y sin entrar en el fondo del asunto.

Sin embargo, y con anterioridad, es curioso destacar la prosperabilidad de la transexualidad por avatares puramente procesales. Así, según se desprende de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 15 de septiembre de 1980, un Juez de Primera instancia de Málaga dictó Sentencia el 29 de septiembre de 1979 favorable al transexual. En el supuesto enjuiciado en dicha resolución se trataba de una persona inscrita en el Registro Civil como varón, operada del síndrome de transexualidad en Londres, presentando, además, caracteres netamente psicológicos de índole femenina. El fallo quedó firme al no haber sido impugnada la Sentencia por el Ministerio Fiscal. Las pruebas médicas demostraban que la dotación cromosómica era normal del varón. Esa misma Memoria apunta que el fundamento de la Sentencia está en relación con los derechos de la personalidad, consagrados en la Constitución, que pueden llevar a la consecuencia de que nadie puede ser obligado a mantenerse dentro de los márgenes de un sexo que psíquicamente no le corresponde o que repele.

En la misma línea, y con iguales avatares, ha de inscribirse una Sentencia dictada en supuesto análogo por uno de los Jueces de Primera Instancia e Instrucción de Madrid.

Otro caso enjuiciado en nuestra patria es el de una persona, inscrita como varón en el Registro Civil, que a lo largo de su vida mostró una psiquis femenina, con una necesidad psíquica y física hacia el otro sexo y, en orden a evitar su deterioro mental, se sometió en Londres a una operación de transexualidad, asumiendo así el fenotipo del sexo femenino. El Juez de Primera Instancia de Zamora dictó Sentencia el 8 de noviembre de 1984 desestimando la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Valladolid lo estimó y dio

lugar a la demanda por Sentencia de 10 de mayo de 1986. Al consentir el Ministerio Fiscal el fallo, la transexualidad quedó legalizada.

5. En el ámbito gubernativo, la Resolución de la Dirección General de los Registros dio por supuesto que el expediente de rectificación de error en cuanto al sexo que posibilitaba el artículo 93, 2.º, de la Ley del Registro Civil era aplicable a situaciones de transexualidad, doctrina seguida y ampliada por las posteriores Resoluciones de 2 de marzo y 12 de junio de 1971.

Esta corriente fue abandonada por la Resolución de 17 de marzo de 1982, que rechaza la tesis de que la transexualidad pueda ser viable para la rectificación del asiento del Registro Civil y que se mantiene en las siguientes del mismo Centro de 17 de febrero de 1983 y 26 de abril de 1984, señalando todas ellas que la vía judicial es la apropiada para el cambio de sexo de un transexual.

Segundo.—1. Ya en tema de recurso, el primero de los motivos se articula por el cauce formal del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos y que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, citando a tal efecto un informe pericial emitido por un Médico Forense y complementado por dos certificaciones, una emitida por la Psicóloga del Centro de Diagnóstico del Ministerio de Sanidad de Las Palmas y otra por el Médico de la Dirección Provincial de la Salud de la misma ciudad, que no dejan de ser pruebas seudopericiales y que no pueden incluirse en el precepto procesal que se invoca, conforme a la doctrina de esta Sala que viene entendiendo por documentos tan sólo los catalogados en los artículos 1.216 y 1.225 del Código Civil y 596 a 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencias de 23 de marzo, 17 de julio y 15 de septiembre de 1985; 30 de abril, 10 de junio y 25 de noviembre de 1986, y 15 de junio último).

2. Sin embargo, la desestimación de este motivo no debe conducir de por sí a una tesis negativa para el recurrente en cuanto al material probatorio que accede a la casación y que ha de destacarse en aras de un principio elemental de justicia y despojándolos de aquellos llamados juicios de valor, que son los que emite el Tribunal de instancia al valorar determinados hechos y que pueden ser revisables en casación.

Así, de la Sentencia de la Audiencia se deducen como hechos, entre otros, los siguientes probados: que el recurrente fue inscrito en el Registro Civil como varón y que se sometió en Londres el 21 de enero de 1985 a una operación quirúrgica para cambiar su sexo por el femenino, presentando una vagina artificial reconstituida con piel de los escrotos (*sic*), practicable y con una profundidad de diecisiete centímetros, terminando en forma de saco; que ha sufrido una transformación total de sus caracteres sexuales, tanto primarios como secundarios; que ha asumido un rol sexual y emocional femeninos prácticamente desde la infancia y que, socialmente, se comporta como una mujer, y que el tono y contenido de la conversación son femeninos; que tiene meato urinario femenino, que los cabellos del pubis y del cráneo son femeninos, careciendo de pelo en la cara y teniendo mamas y que se inyecta hormonas femeninas.

Estos hechos pueden enriquecerse, además, con aquellos otros que pertenecen al acervo cultural y que pueden aceptarse por la vía de reglas de la experiencia, como aquellos que caracterizan al transexual por el irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio deseo obsesivo de cambiar la morfología genital.

Tercero.—1. Hay que tener en cuenta que las leyes positivas pueden subsistir intactas en el tiempo; pero hay que convenir también en que, bajo la presión de

los hechos y de las necesidades prácticas, se presentan, las más de las veces, situaciones nuevas imprevistas por el legislador que demandan una solución. Tal ocurre con la transexualidad: un problema de nuestros días, una realidad evidente que demanda una solución jurídica.

En una primera aproximación al problema justo es convenir que la solución que se adopte ha de ser netamente jurídica, pues la puramente biológica no puede aceptarse en tanto en cuanto a ésta no puede haber cambio de sexo, ya que continúan inmutables los cromosomas masculinos.

En este orden de ideas cabría preguntarse si el recurrente ha cambiado de sexo. Atendiendo a las llamadas máximas de experiencia y a lo que entiende el común sentir de nuestras próximas áreas culturales, es evidente que sí ha habido un cambio. Así se reconoce en la Sentencia impugnada y se han recogido los hechos que allí se dan por probados en esta misma de casación, siquiera el juicio de valor sentado por la Audiencia sea el que no ha habido cambio de sexo.

En este mismo orden cabría preguntarse sobre la posible *legalización*, según algunos; de la *despenalización*, según otros, y de la *permisibilidad* de los más, de la transexualidad, resulta hoy en día en nuestro Ordenamiento jurídico por el párrafo segundo del artículo 428 del Código Penal conforme a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, y cuya introducción en nuestro sistema positivo es justificado por el legislador como de *urgencia* en la propia Exposición de Motivos

La transexualidad, en el caso que ahora se enjuicia, supone una operación quirúrgica que ha dado como resultado una morfología sexual artificial de órganos externos e internos practicables similares a los femeninos, unidos a una serie de caracteres de que ya se hizo mérito anteriormente.

Será una ficción de hembra si se quiere; pero el Derecho también tiende su protección a las ficciones. Porque la ficción desempeña en el Derecho un papel tan importante como el de la hipótesis en las ciencias exactas. Una y otra son meras suposiciones que hay que admitir para legitimar determinadas consecuencias en orden a la verdad científica o de la justicia o utilidad social. Sólo partiendo de una hipótesis es posible establecer en ocasiones principios y fundamentar teorías que expliquen todo un orden de hechos o fenómenos demostrados por la experiencia; y sólo aceptando una ficción se hace viable en ciertos casos establecer derechos que de otra suerte carecerían de base racional o jurídica en que apoyarse.

Así, y solamente en el Ordenamiento jurídico privado, cabría recordar los supuestos de ficción establecidos en los artículos 29, 124, 357, 440 y 466 del Código Civil.

Esta ficción ha de aceptarse para la transexualidad; porque el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracteriologías psíquica y emocional propias de este sexo.

2. En tesis de recurso y de planteamiento de la problemática procesal se postula una Sentencia —que ha de calificarse de constitutiva— en la que se declare que el actor, por cambio ulterior de sexo, tiene en la actualidad el femenino, ordenando la rectificación del sexo en la inscripción de nacimiento.

La primera consecuencia, y habida cuenta los principios que rigen nuestro sistema registral civil, sería la que el transexual tiene un primigenio derecho a cambiar el nombre de varón por el de hembra; pero sin que tal modificación registral suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para

realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de estos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto.

Si se tiene en cuenta que la transexualidad es un hecho reciente, pronto se advertirá que tanto la Ley del Registro Civil como su Reglamento no regularán la posibilidad de rectificación de la inscripción por supuesto cambio de sexo por opeación quirúrgica posterior.

Evidentemente no pueden entrar en juego los artículos relativos al error en la inscripción; pero también hay que convenir en que la inscripción no se corresponde con la realidad y el artículo 92 de la Ley ha de complementarse por vía jurisprudencial teniendo en cuenta los demás preceptos de la misma y de su Reglamento referentes a la inscripción referida al sexo, y sus posibles modificaciones y rectificaciones para, por vía de analogía de derecho y arbitrándola por el cauce establecido en el artículo 1, apartados 6 y 7, del Código Civil, porque en el supuesto que se estudia y enjuicia el transexual operado es morfológicamente una hembra, caracteriológicamente es femenina y se comporta social e individualmente como una mujer.

Según el otro criterio, sustentado por los cinco Magistrados que disienten y formulan voto particular, procede desestimar el recurso conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

1. Al examinar el contenido de las pretensiones objeto del juicio se constata que no se ha ejercitado una acción de rectificación del Registro Civil, sino una acción sobre el estado civil a través de una petición que tiene por contenido la declaración, a todos los efectos legales, de que se ha cambiado o transmutado el sexo del demandante, cambiándose el sexo originario, reconocidamente masculino, al contrario sexo femenino. El escrito de la demanda habla, con efecto, de «cambio ulterior» y pide Sentencia «en la que se declare que mi representado (dice) por cambio ulterior tiepe en la actualidad el sexo femenino». La modificación del Registro Civil sería una simple consecuencia de la declaración básica pretendida, que, al cambiar el estado preexistente para introducir otro, nuevo y en cierta manera opuesto al antecedente, atrae el haberse de calificar tal pretensión como verdaderamente constitutiva. El actor demandante acciona a partir del reconocimiento implícito de su originaria condición de varón, y el contenido de su pretensión es el de que, con la base suministrada por la operación quirúrgica a que fue sometido y que ha consistido sustancialmente en la ablación de los órganos reproductores masculinos y el establecimiento de una vagina artificial fabricada del modo dicho, se le constituya en el opuesto estado de hembra. No puede llegarse a otro planteamiento aun tomando en consideración las referencias que se hacen a que, ya con anterioridad a la operación quirúrgica, «el papel asumido en plenitud era el femenino» o, como hace el recurso en el primero de sus motivos, que el actor tiene asumido desde la infancia un rol sexual y emocional femenino, o que ha tenido hábitos femeninos, tanto en sus formas de expresión y trato como en su indumentaria. Fuera de ese rol, que en la lectura más favorable al intento se identifica con una creencia fija del actor de que pertenece o le conviene el sexo femenino, nada más se aduce sobre que hormonal, genética, gonádica o morfológicamente correspondiese al sexo femenino. Se trata, por lo tanto, de un sujeto de constitución sexual resueltamente masculina y en el cual no existieron nunca estigmas físicos o funcionales de los dos sexos que permitieran clasificarlo como intersexual y acreedor al discernimiento del sexo predominante, sino (siempre en el mejor de los casos) de una a la manera de falta de coherencia plena entre el sexo orgánico y funcional, absolutamente masculino,

y un sexo psicológico que le condujo a desear el sexo femenino y, en esa línea, a la práctica de la operación quirúrgica y a un tratamiento hormonal, a que dice estar sujeto, con éxito. Se trata, en suma, de un transexual, entendido dicho término como expresivo de una incongruencia entre lo síquico y lo orgánico y, en definitiva, en una determinación de su voluntad consistente en el cambio del sexo atribuido por la naturaleza por el que pretende agenciarse sobre la base, aparte los efectos de la operación quirúrgica, de una invocada manera femenina de concebir su personalidad.

Tal *ius variandi*, desde un sexo *a quo* masculino al sexo *ad quem* femenino, que se alcanzaría por el resultado de su ejercicio y la estimación de la pretensión constitutiva acogida en la Sentencia del Juzgado que confirma la que se disiente, no existe, por la imposibilidad de su objeto.

El estado de la cuestión en la ciencia es el de que, biológica y hasta ontológicamente, la diferencia del hombre respecto de la mujer (macho y hembra de la especie humana) radica fundamentalmente en el sexo que en semántica pura es la condición orgánica que distingue al uno de la otra, lo que viene determinado específicamente por los genes que están formados por secciones de moléculas de ácido desoxirribonucleico, constituyente principal de la cromatina y cuya denominación X ó Y se proyecta en la mujer en pares de cromosomas XX, en tanto que en el hombre los pares son XY, es decir, en aquélla son homocromosomas, en tanto que en éste son heterocromosomas. De aquí, cabe partir con seguridad que si bien hasta determinada edad del individuo puede no aparecer bien definida su personalidad en orden al sexo predominante en él, muchas veces influido por la educación y el entorno en que se desarrolla, está ya en edad adulta bien cristalizada en cuanto que el examen cromosomático del ser humano nos da la pauta de su individualidad sexual hombre o mujer. Estructuralmente, ello es lo que enmarca su condición de varón o hembra y los demás caracteres como son los primarios (órganos sexuales) o secundarios (estatura, color, pilosidad, mamas, voz, etc.), no son sino simples coadyuvantes anatómicos, morfológicos o de hábito e incluso de comportamiento, que, por poder venir mezclados los de distinto signo, o de apariencia externa confusa o equivoca, no pueden estimarse como elementos paradigmáticos para la definición del ser en que se hallan y que los demás observamos y analizamos. En conclusión, el sexo es cualidad inmanente del ser humano, en tanto que la sexualidad, por referirse al comportamiento o conducta del individuo con relación a él, es contingente y versátil, no pudiendo constituir este último, por consiguiente, factor adecuado para cambiar aquél, pues el sexo, aun con componentes sico-somáticos tiene, incuestionablemente, un ingrediente de carácter físico-biológico, de trascendencia infinitamente mayor que el elemento síquico que lo complementa y adorna.

2. Entrando en el particularizado examen de los motivos, ha de rechazarse el primero, que, al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de hecho basado en los documentos que señala. Se acepta sustancialmente el «fundamento» segundo de la Sentencia que se disiente y, abundando en el razonamiento que ofrece, consignamos que: a) Conforme a la doctrina de esta Sala los informes periciales no tienen la cualidad jurídico-procesal de tales, que sólo la revisten los citados en los artículos 1.216 y 1.225 del Código Civil, porque dichos informes, aunque vayan insertos obviamente en documentos de orden procesal, se rigen por las normas específicas de la condición que viene requerida en el artículo 1.242 del mismo texto legal. b) Los informes periciales están sometidos a la soberana valoración del Tribunal de instancia (art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por cuanto no existen

normas legales que contengan las reglas de la sana crítica, por lo que, no incidiendo en ilogicidad o irracionalidad, ha de estarse a las declaraciones fácticas resultantes de la ponderación por la Sala *a quo* de dichos informes.

3. El motivo segundo del recurso, por el cauce del número 5.º del mismo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la infracción de los artículos 41, 42 y 44 de la Ley del Registro Civil y del 328 del Código Civil. En el fundamento de derecho primero se reveló que no es el objeto del juicio de que el recurso dimanara el rectificar directamente el Registro Civil sino que, primordialmente, se insta la declaración con efectos constitutivos de estado civil, de que el demandante es mujer y, por vía de consecuencia, la toma de razón del cambio de sexo operado, en el Registro Civil. Los preceptos invocados no autorizan, como parece se pretende, la rectificación de la mención del sexo según «un concepto aparential del cuerpo humano» conforme al cual «sólo basta observar los órganos genitales externos, es decir, el pene o la vagina», sin la exigencia de «análisis de hormonas o de cromosomas». Tal «concepto vulgar de sexo» es el que, según el motivo, debe prevalecer, determinando, por los efectos (al parecer) de la operación quirúrgica efectuada, la asignación del sexo femenino. En el fundamento primero se deja razonado lo bastante a la desestimación de este motivo segundo.

4. El motivo tercero es por infracción del artículo 10.1 de la Constitución, por cuanto la Sentencia impugnada está impidiendo al recurrente «el libre desarrollo de su personalidad». «Si todo mi ser se siente mujer (se lee en su desarrollo), en el cuerpo, en la tendencia, en el espíritu, porque, hipotéticamente, mis cromosomas sean masculinos, no podemos consentir el fraude a la propia personalidad». Se hace así referencia al pasaje de la Sentencia de la Audiencia en el que se consigna «que no se ha probado científicamente que su sexo sea el femenino, mediante la determinación del grupo de cromosomas, que, como es sabido, los del hombre se denominan '46 XY' y los de la mujer '46 XX', siendo impropio hablar de cambio de sexo, pues si éste está en todas las células del organismo no se puede cambiar y si alguno consiguiera, mediante un tratamiento hormonal y una intervención quirúrgica, una apariencia de mujer no por eso adquiriría el sexo femenino, ya que no se puede confundir sexo con sexualidad».

La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, están consagrados efectivamente en el número uno del artículo 10 de la Constitución. Entre las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, merece destacarse el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y que España ratificó el 4 de octubre de 1979. En la perspectiva de dicho Convenio, aludido en el número dos del mismo artículo, ha sido invocado en los foros europeos el derecho del transexual a la mutación del sexo, con cita de sus artículos 8 y 12, si bien no nos consta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya reconocido ese derecho. Sorprende la cita de la Sentencia de dicho Tribunal de fecha 6 de noviembre de 1980, número 40 (Van Oosterwijck contra Bélgica), ya que en la misma se decidió por 13 votos contra 4, «que no podía entrarse a examinar el fondo del asunto por falta de agotamiento de los recursos internos». En cuanto al otro asunto a que se alude, por ser el informado por la Comisión Europea de Derechos Humanos el 12 de diciembre de 1984 (asunto Rees), debe advertirse que corresponde, no a un transexual, sino a un intersexual, según el informe médico, por lo cual el caso varía sustancialmente respecto del aquí justiciable.

Debe partirse, pues, de que, conforme a la dignidad de la persona y sus derechos inviolables, todas las cosas se orientan al hombre. Justamente por ello no debe, sin embargo, perderse de vista la índole social del asunto por cuanto el provecho de la persona y el crecimiento de la sociedad se hallan ligados en relación de interdependencia. Firme el que el principio, el sujeto y el fin de todas las instituciones sociales es y debe seguir siéndolo la persona humana, plena de dignidad, debe añadirse que la vida social del hombre no es algo accidental sino que necesita en absoluto de la vida social. El estado de cada hombre en el todo en que necesariamente ha de estar, no es algo que arbitrariamente puedan fijar el mismo sujeto o el legislador, sino que se impone por las condiciones y características de cada individuo, que deben ser respetadas por imperativo del bien común que debe ser conseguido. El hombre recibe, al nacer, unas aptitudes en perspectiva de posibilidades que tiene el deber de realizar y sólo así su personalidad individual se podrá entender plenamente desarrollada. No es, pues, enteramente cierto el afirmar, como lo hizo el prudente e ilustrado dictamen fiscal y recoge ahora la Sentencia que se disiente, que se esté ante un hueco normativo. Los valores suprayacentes a la Constitución, en armonía con su texto, del que forma parte el precepto invocado por el motivo en examen, y el Convenio circunstanciado, que tiene entre nosotros la autoridad que le resulta del número 1 del artículo 96 de la Constitución formando parte de nuestro Ordenamiento jurídico, fundamentan la denegación de la pretensión de que se declare haberse operado el cambio de sexo y el reconocimiento de la condición de mujer. Ni el número 1 del artículo 8 del Convenio, según el cual toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, ni el 12, donde, más próximamente, establece que «a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho», conducen al éxito de la pretensión. Justamente demuestra el texto transcrito que el derecho a casarse se reconoce a la pareja heterosexual verdadera («el hombre y la mujer») y no a una pareja ficticia. No está de más volver sobre el verdadero contenido de la pretensión del recurrente quien, al reclamar la condición de mujer que le reconoce la Sentencia del Juzgado cuyo fallo se confirma por la que se disiente, conlleva el *ius nubendi* (cualesquiera sean los fundamentos de Derecho, sin trascendencia al fallo), derecho si no explícitamente negado sí claramente reñido con los textos aquí citados.

El fallo del Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas número 1, emanado el 28 de julio de 1986, que se confirma por la Sentencia disidente, pronuncia (literalmente) «que el actor, por cambio ulterior, tiene en la actualidad el sexo femenino»; y ello lo declara, constituyendo al varón en hembra, sin limitaciones, ni matizaciones, temperamentos u otras cortapisas, absolutamente, excediendo, a juicio de este voto particular, los límites de la autoridad humana. El actor, a partir de la firmeza de tal pronunciamiento del Juzgado, podrá reclamar cuanto sea inherente a la condición de mujer. Tales consecuencias no pueden fundarse en el precepto constitucional que el motivo invoca.

5. Denuncia el motivo 4 «la inaplicación del artículo 14 de la Constitución Española, por cuanto «al no reconocer el cambio de sexo» del actor «está cometiendo una discriminación basada en el sexo». Se alega en el desarrollo del motivo que «el sexo no tiene relevancia ninguna en nuestro Ordenamiento jurídico, de forma que el varón y la mujer tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones», por lo cual «el título legal de varón o hembra, como una circunstancia del estado civil de la persona, tampoco debe tener relevancia alguna».

Se trata de un razonamiento inatendible, ya que lo que el precepto constitu-

cional invocado proclama es la igualdad de derechos entre los individuos de los dos sexos, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por causa de la diferencia de sexo; pero, obviamente, no establece criterio alguno para la atribución de uno u otro de los dos sexos conocidos por la naturaleza.

Por otra parte, en manera alguna es cierto que la atribución de uno u otro sexo carezca de toda relevancia en el orden jurídico, ya que es uno de los datos caracterizadores o conformadores del estado civil. El recurso pretende desconocer la trascendencia jurídica del reconocimiento del cambio de sexo como hecho distinguible de la constatación de que el sexo se asignó erróneamente atribuyendo al sujeto otro que el sexo real. En otro lugar del recurso se atisba, sin embargo, no estar el recurrente ajeno a cuanto conllevará la tesis permisiva que la Sentencia disientida comporta, pues, en efecto, abarca y comprende la adquisición de cuantas expectativas, facultades y derechos pudieran asistirle desde la sobrevenida condición de mujer. Se pugna así por ganar un nuevo *status* a partir del cual no podría menos que serle reconocido al actor calidad de mujer, el *ius nubendi*, pues tal es la consecuencia más propia que se sigue del cambio de sexo que se alega y pretende. «Evidentemente (se lee en el desarrollo del motivo segundo) la Sentencia está anclada en conceptos muy anticuados, pues hoy con el artículo 14 de la Constitución española entendemos que llegará a admitirse el matrimonio con otro varón». Por ello no es ocioso, al efecto de enjuiciar tal pretensión, el traer a consideración los efectos que apareja. El matrimonio a calidad de mujer, y aparte la nulidad por error en las cualidades esenciales en que podría incurrir el otro contrayente (73.4.º) sería con toda probabilidad nulo por ser el sujeto incapaz para prestar verdadero consentimiento matrimonial en el sentido de los artículos 44 y 45 del Código Civil, con la secuela de nulidad que señala el 73.1.º. En la hipótesis de que hubiera estado casado (en la que hubiera sido indispensable demandar al cónyuge y a los descendientes) la declaración de sexo y reconocimiento del femenino aparejaría la disolución del matrimonio y el trastrueque de la relación paterno-filial antecedente por la materno-filial, alcanzándose así una situación familiar de hijos con dos madres, con la consiguiente incidencia en el régimen de la patria potestad.

Acogida indiscriminadamente la facultad de cambiar de sexo, no quedan excluidas posteriores opciones, pues nada se dice sobre que el primer cambio sea de efectos consuntivos. Piénsese, en este aspecto de la inseguridad jurídica, en el despliegue temporal de los efectos de una declaración constitutiva del contenido de la que se combate; pues queda en aporía si tendrá efectos a partir del momento en que se emana *ex nunc* o desde el nacimiento del transexual *ex tunc*, con incidencia, en esta hipótesis, sobre otras relaciones jurídicas atinentes al estado civil. Se abre así un amplio horizonte de labilidad en que primaría el arbitrio de los particulares, siendo que el estado civil ha estado siempre presidido por la indisponibilidad. No puede el sexo ser, dentro del estado civil, un dato proteico y cambiante.

Desde la óptica del motivo del recurso que se juzga, esto es, como se deja consignado en el comienzo, el de la irrelevancia del cambio de sexo y el principio de la igualdad entre ellos, ha de considerarse, por último, el fundamento de la Sentencia disientida (sin trascendencia al fallo) de que no sobrevendrá (por efecto de la confirmada, emanada del Juzgado) «una equiparación absoluta» y que en el nuevo estado o con el nuevo sexo todavía para realizar determinados actos o negocios jurídicos «precisará la plena capacidad y aptitud en cada supuesto». Si la Sentencia del Juzgado que se confirma, declara que el actor «por cambio ulterior tiene en la actualidad el sexo femenino», dentro de tal declaración cons-

titutiva no es viable introducir limitaciones, las cuales, en presencia del invocado precepto constitucional, habrían de ser tachadas de discriminatorias por razón de sexo: sí, principalmente, se negara a la parte actora el derecho de contrair matrimonio con varón. Esta consecuencia, a juicio del presente voto, se contiene en el fallo del Juzgado que la Sentencia disentida confirma, sin acudir a remediar consecuencia alguna. Más aún: sin posibilidad de preverlo ni de instalar, ni la especialmente considerada ni otras limitaciones que representarían, de hacerse, una desestimación parcial de la demanda y hasta vicio de incongruencia, dando otra cosa que la solicitada que es (dígase otra vez) el más pleno reconocimiento de la condición femenina en el orden del derecho.

El Magistrado don RAFAEL PÉREZ GIMENO se adhirió al anterior voto particular con las siguientes matizaciones en cuanto a su fundamentación:

1. Como dice la Sentencia recurrida, los machos difieren de las hembras por sus distintos órganos de reproducción que constituyen los caracteres sexuales primarios, así en el hombre se distinguen el pene y los testículos y en la mujer la vagina, el útero y los ovarios, distinguiéndose también, por los llamados caracteres sexuales secundarios que no están directamente relacionados con la reproducción y que generalmente no inciden en ella, como la estatura, pelosidad, voz, etcétera.

2. También cabe destacar de la Sentencia impugnada las siguientes afirmaciones básicas a los efectos que aquí interesan: Primera: La apariencia de vagina y mamas que presenta el recurrente son artificiales, formada aquélla por bolsas escrotales introducidas en el interior de la pelvis que termina en fondo de saco. Segunda: No se han encontrado en su anatomía los órganos que distinguen a la mujer del hombre, es decir, útero y ovarios. Tercera: Su estructura interna y el sexo genético y cromosómico son masculinos; y Cuarta: Tiene asumido un papel o rol sexual y emocional femenino, prácticamente desde la infancia.

3. Para la adecuada solución del tema debatido en el campo judicial, cambio de sexo, debe tenerse en cuenta en primer lugar que como dice unos de los informes emitidos en primera instancia, la intervención tuvo por finalidad «...situar la anatomía externa más cerca del sexo femenino...», lo que implica que si bien se aproximó a este sexo en cuanto a su morfología externa, no en la interna ni en el componente cromosómico y genético, ni siquiera llegó a ella (ni si) en esa apariencia exterior, lo que por sí solo llevaría, como consecuencia la negación del cambio pretendido. El simple componente psíquico, es decir, el hecho de haber asumido el rol femenino, sintiéndose emocionalmente mujer desde la infancia, unido a la aproximación en la anatomía externa producida por la extirpación del pene y testículos, no modifica tal conclusión, pues ni aquel rol femenino asumido altera los componentes determinantes del sexo, que, como dice la Sentencia recurrida, se encuentra en todas las células del cuerpo, no siendo tal rol más que una forma irregular de vivir su propia sexualidad, ni en tal hipótesis el desarrollo de los derechos de la personalidad puede llevar al cambio del sexo de naturaleza por el deseado, pues al ser el sexo una cualidad de la persona y pertenecer, como todo lo relativo a ella, al campo del derecho imperativo con importantes componentes de derecho público, sus manifestaciones están fuera de la esfera del Derecho dispositivo de la parte cuando, como aquí ocurre, sólo se ha producido una simple apariencia de cambio de sexo; sin que por mucha amplitud que se quiera dar al derecho de la persona sobre su cuerpo, le sea lícito al Tribunal decidir la cuestión planteada sobre la base de admitir la ficción del cambio de hombre a mujer, pues tal conclusión no tiene amparo en

nuestro vigente Derecho positivo, que es el que debe aplicar esta Sala, aparte de llevar consigo tal ficción, aplicada por el órgano jurisdiccional, un posible atentado al principio constitucional de seguridad jurídica.

4. Por otra parte, si lo que se pretende es elevar a suprema categoría definidora del sexo el «sentirse», el asumir sexual y emocionalmente el rol femenino, se debería llegar a la conclusión de la innecesariedad de la amputación de los órganos masculinos en cuanto, según se afirma, su rol femenino fue asumido desde la infancia, es decir, con mucha antelación a dicha extirpación, y *a contrario sensu* se debería autorizar el cambio de sexo femenino por el masculino cuando una mujer se «sienta» hombre y asuma emocionalmente dicho papel masculino. Consecuencias todas ellas inadmisibles que debieron determinar la desestimación del recurso interpuesto frente a la Sentencia denegatoria del cambio interesado. Esta fue, en términos generales, la decisión de los Tribunales de Casación de nuestro entorno europeo. Sin embargo, como el problema humano de estas personas existe y debe dársele solución, esta solución no puede venir más que por vía legislativa, como hicieron las naciones europeas en su mayoría, que crearon la ficción legal de considerarles, a ciertos efectos como del sexo psicológico asumido, disponiendo minuciosamente quiénes pueden y quiénes no pueden solicitar el cambio y qué efectos de todo orden llevan aparejadas la ficción en lo relativo a matrimonios existentes o futuros, a la paternidad o maternidad existente y a todas las relaciones jurídicas en que el sexo de la persona haya sido determinante de su celebración. La Sentencia de mayoría, al dejar incontestados todas estas cuestiones, va a crear más problemas que los que resuelve.

El presente litigio se debe a lo siguiente:

Don A. C. G. formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, con la intervención del Ministerio Fiscal, sobre rectificación de sexo, ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Las Palmas de Gran Canaria, estableciendo, en síntesis, los siguientes hechos:

1.º Que fue inscrito como varón en el Registro Civil de esta ciudad.

2.º Que en el mes de enero del pasado año fue sometido en Londres a una intervención quirúrgica de cambio de sexo, resultado de la cual su sexo actual es el femenino. Se acompañaba certificado médico oficial del Ginecólogo colegiado con el número 652 del Colegio de Las Palmas, don R. V. D., en donde se hacía constar que por intervención quirúrgica le fue cambiado el sexo a su representado. Que igualmente se acompañaba certificado de la Psicóloga doña T. V. F., de la Administración, Institución de la Sanidad Nacional del Ministerio de Sanidad y Consumo, donde se hacía constar el cambio de sexo de su representado, así como desde la infancia tenía asumido un rol sexual y emocional femenino. Que se acompañaba certificado médico expedido por el Psiquiatra don A. T. C., donde se hacía constar el pleno uso de las facultades mentales de su representado. Terminó suplicando se dictara Sentencia en la que se declarara que su representado, por cambio ulterior, tiene en la actualidad el sexo femenino, ordenando la rectificación del sexo en la inscripción de su representado.

Admitida la demanda y emplazado el Ministerio Fiscal en la calidad que ostenta, contestó a la demanda, oponiendo a la misma en síntesis el siguiente hecho: Que negaba lisa y llanamente los hechos objeto de la demanda, y en cuanto a los documentos negaba su autenticidad.

Por providencia dictada en enero de 1986, se tuvo por contestada la demanda,

se señaló día y hora para la comparecencia prevista en el artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la que tuvo lugar en su día, sin acuerdo, abriéndose en dicho acto el término de proposición de prueba, practicándose después las que propuestas por las partes fueron declaradas pertinentes.

Unidas a los autos las pruebas practicadas, se pusieron las mismas de manifiesto en Secretaría, convocando a las partes para que en el término de diez días presentaran escrito con resumen de las pruebas, y no habiéndose solicitado por ellas, en tiempo hábil, la sustitución del escrito de conclusiones para la celebración de vista pública, se unieron a los autos los escritos correspondientes y se ordenó traerlos a la vista para Sentencia, con citación de las partes.

El señor Juez de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria número 1, don R. L. E., dictó Sentencia con fecha 28 de julio de 1986, cuyo fallo es como sigue: Que estimo la demanda formulada a nombre de don A. C. G., teniendo por parte al Ministerio Fiscal, y declaro que el actor, por cambio ulterior, tiene en la actualidad el sexo femenino, ordenando la rectificación del sexo en la inscripción de nacimiento del citado actor.

2.º Interpuesto recurso de apelación contra la Sentencia de Primera Instancia por el Ministerio Fiscal, en la calidad que ostenta, y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia con fecha 13 de enero de 1987, con la siguiente parte dispositiva:

Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de instancia, debemos revocar y revocamos la misma, sin costas en esta alzada.

3.º El día 16 de marzo de 1987, el Procurador don J. M. D. A., en representación de don A. C. G., formalizó recurso de casación contra la Sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria, con apoyo en los siguientes motivos:

Primer motivo: Al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto en la Sentencia de la Audiencia ha existido error en la apreciación de la prueba que basamos en documentos que obran en Autos y que demuestran la equivocación de la misma, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Existe error en la apreciación de la prueba al estimar la Sentencia que don A. C. G. sigue teniendo sexo masculino y por tanto sigue siendo varón, error que resulta de los particulares, que después señalaremos. Estos documentos demuestran la equivocación de la Audiencia, que ha entendido en la Sentencia recurrida que don A. C. G., no ha cambiado el sexo masculino que originariamente tenía.

El documento básico y demostrativo del error de la Sentencia que recurrimos es el informe pericial del Médico Forense don I. C. R., emitido a presencia judicial que además está reforzado y complementado por el certificado de la Psicóloga del Centro de Diagnóstico del Ministerio de Sanidad de Las Palmas y por el certificado de don J. C. H., Médico de la Dirección Provincial de la Salud, que conoce desde hace muchos años a mi representado. Y las conclusiones periciales son tan determinantes y contundentes que el desconocimiento de su valor y certeza implica una arbitraria decisión, según tiene reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Entendemos que el Tribunal debe aceptar las conclusiones que los técnicos y peritos le han proporcionado, no siendo legal contradecirlas por prejuicios y

repugnancias sin fundamento, ya que se trata de un hecho cuyo esclarecimiento corresponde a la técnica. Por tanto, debe ser acogido este motivo de casación, dando plena validez a los dictámenes que hemos referenciado y declarar, en consecuencia, que don A. C. G. ha cambiado su sexo, teniendo actualmente el femenino.

Segundo motivo: Al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la Sentencia infringe normas de la Ley del Registro Civil y del Código Civil, que son aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

La Sentencia infringe, por interpretación errónea, los artículos 41, 42 y 44 de la Ley del Registro Civil, y artículo 328 del Código Civil, que contienen el auténtico concepto «legal y jurídico», de sexo, consistente en que la diferencia de sexos radica en aspectos externos del cuerpo humano, no exigiendo tales normas jurídicas, para la diferenciación, exámenes y análisis médicos de alta ciencia, bastando el concepto y sentir de la mayoría de la gente, apreciable casi a simple vista. Aunque el título del estado civil de las personas esencialmente radica en la posesión de dicho estado, los actos concernientes al mismo han de hacerse constar al Registro Civil. Nunca en nuestro Derecho ha constituido el sexo un estado civil, sino simplemente un atributo o una circunstancia de la persona. Sin embargo, antes de las últimas reformas del Código Civil el sexo constituía un elemento limitativo de ciertos derechos en el caso de la mujer, limitación que bien es verdad radicaba más que en el sexo en el matrimonio. En ese momento histórico del derecho de la persona existían razones más poderosas que en el Derecho vigente, para hacer constar la diferenciación de sexos, al objeto de que el estado salvaguardara los derechos de uno y otro sexo. Hoy ya no existe discriminación alguna, e incluso está totalmente prohibida por el artículo 14 de nuestra Constitución.

La Ley del Registro Civil nace precisamente en la época en que la discriminación de los sexos era más acusada y, sin embargo, cuando se trata de inscribir el nacimiento de un niño, aquella Ley y aquella época no exigía pruebas o análisis médicos para determinar el sexo del nacido. Bastaba simplemente la declaración de quien tuviere conocimiento del nacimiento, estando obligados en primer lugar los padres a declarar el hecho y las circunstancias del nacimiento, debiendo también el Médico o la Comadrona dar parte por escrito al encargado del Registro, no siendo, en absoluto «...necesaria la presentación del recién nacido al funcionario encargado del Registro para la inscripción del nacimiento, bastando la declaración de la persona obligada a hacerla». No se exigían ni se exigen análisis de hormonas o de cromosomas para asignar un sexo u otro al recién nacido. Basta la declaración de los padres.

Es evidente que la declaración exigida por la Ley del Registro y por el Código Civil la puede hacer cualquier persona sin conocimientos técnicos, por lo que sólo basta observar los órganos genitales externos, es decir, el pene o la vagina. Incluso la declaración del Médico o Comadrona que asisten al parto, tampoco se exige que hagan un análisis clínico.

Por tanto, el concepto *legal*, el concepto *jurídico*, del artículo 41 de la Ley del Registro Civil, del artículo 328 del Código Civil y de los otros artículos que hemos citado, es un concepto aparental del cuerpo humano, no es un concepto de alta ciencia. La Sentencia que recurrimos, basada totalmente en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1986, se opone a reconocer el cambio de sexo, basándose en que los machos difieren de las hembras por sus distintos órganos

de reproducción, y añade que no se puede prescindir del sexo genético ni del cromosomático.

En cuanto a la reproducción o generación, todos sabemos que muchas hembras no pueden concebir y generar hijos por tener atrofiados sus órganos reproductores o incluso por falta de alguno de ellos, pese a disponer de los restantes órganos genitales femeninos. Luego estos elementos diferenciadores no son esenciales para determinar el sexo, pues en algunas ocasiones fallan.

La Sentencia está vertiendo un concepto materialista del sexo, olvidando que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, encuadrado en la cultura occidental, el alma, el espíritu, informa al cuerpo y es primordial en el ser humano, por lo que si el alma, el espíritu, el sentir de la persona es femenino y tiene además órganos externos femeninos, por qué no va a tener el sexo femenino.

Por tanto, mantenemos que el sexo legal y jurídico es semejante al que entiende por sexo el vulgo, es decir, es lo que se dice el sexo anatómico o morfológico, el sexo psicológico y el sexo social.

La Sentencia que recurrimos se rasga las vestiduras al creer que el cambio de sexo va contra las normas del orden público, exponiendo las consecuencias a que a ello podría conducir, tales como que si se admitiera el referido cambio de sexo, el varón inscrito de nacimiento podría después contraer matrimonio con otro varón, podría convertirse en madre adoptiva, podría ser considerado heredero *ab intestato* de su cónyuge, etc.

Evidentemente la Sentencia está anclada en conceptos muy anticuados, pues hoy con el artículo 14 de la Constitución española, entendemos que llegará a admitirse el matrimonio con otro varón, y desde luego lo que no se puede sostener es que adopten sólo las madres, pues va en contra de dicho artículo 14, y es totalmente irrelevante que puedan ser herederos, pues no va en contra de ninguna norma jurídica. El legislador también ha previsto el cambio de sexo, y así el artículo 428 del Código Penal ha despenalizado totalmente las operaciones de cambio de sexo.

También la reforma del Registro Civil llevada a cabo por Real Decreto de 29 de agosto de 1986 ha introducido una modificación en el artículo 21 del Reglamento, prohibiendo dar publicidad a la rectificación del sexo, prohibición que no existía anteriormente en nuestro Derecho.

En definitiva, entendemos que el concepto de sexo que tiene nuestro ordenamiento jurídico es un concepto vulgar

En consecuencia, debe ser acogido favorablemente este motivo de casación.

Tercer Motivo: Al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la Sentencia infringe normas de la Constitución Española, que son aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

La Sentencia infringe, por inaplicación, el artículo 10.1 de la Constitución española de 1978, por cuanto al negar y no admitir el cambio de sexo de don A. C. G. está impidiendo el libre desarrollo de su personalidad, ya que uno de los atributos fundamentales de la persona es el sexo que tiene, infringiendo la Sentencia el referido artículo al no reconocerle el sexo actual.

Como un derecho fundamental de la persona humana viene concebido *el libre desarrollo de la personalidad* en el artículo 10.1 de la Constitución Española, constituyendo este derecho uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, por lo que todas las instancias del Estado deben defender este derecho y crear las condiciones necesarias para que el mismo se mantenga a todos los niveles. ¿Qué se entiende, en la Constitución, por personalidad? La personalidad

es lo más propio de cada ser humano, aquello que le caracteriza como un ser único, individuo irrepetible, distinto a todos los demás seres humanos. La personalidad es lo que caracteriza a cada uno de nosotros, que nos vamos definiendo y haciéndonos a través de la vida.

Una de las cualidades de la personalidad es el sexo, es decir, sentirme hombre o mujer, desarrollar la propia personalidad, masculinidad o femineidad, ser yo mismo.

Por ello, entendemos que se conculca abiertamente el artículo 10 de la Constitución Española, si no se me permite ser y manifestarme como me siento, si todo mi sentir y toda mi apariencia es de mujer y sin embargo mi tarjeta de identidad, mi pasaporte, manifiesta a todos que soy varón.

Esta falta de reconocimiento de mi propio sexo, aunque el mismo hubiere evolucionado y no fuera así originariamente, estaría impidiendo a todas luces el libre desarrollo de mi personalidad. Si, como afirma el dictamen psicológico, la naturaleza de mi representado es femenina, su rol, su papel, es el de mujer, el no reconocimiento legal de esta personalidad femenina puede incluso conducir a un desequilibrio mental, destructor de la propia personalidad, al estar viviendo continuamente el contraste de su ser, de su apariencia, con la titulación oficial de varón.

Otros ordenamientos jurídicos así lo vienen reconociendo, Francia, Inglaterra, etcétera, tienen ya abiertamente reconocido y legalizado el cambio de sexo.

Por todo ello ha de ser también acogido favorablemente este motivo de casación.

Cuarto motivo: Al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la Sentencia infringe normas de la Constitución Española, que son aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

La Sentencia infringe, por inaplicación, el artículo 14 de la Constitución española de 1978, por cuanto al no reconocer el cambio de sexo de don A. C. G. está cometiendo una discriminación basada en el sexo.

Los españoles somos iguales ante la Ley, y no puede prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, ni por razón del sexo, según el artículo 14 de la Constitución.

Si el sexo no tiene relevancia ninguna en nuestro ordenamiento jurídico, de forma que el varón y la mujer tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones, el título legal de varón o hembra, como una circunstancia del estado civil de la persona, tampoco debe tener relevancia alguna.

Entendemos que la máxima discriminación es no permitir, no reconocer el cambio de sexo, pues se está impidiendo la igualdad ante la Ley. Asimismo el nacimiento como varón estaría condicionando y discriminando al ser humano, ya que éste no puede en un momento ulterior adquirir o pronunciarse por un sexo determinado, y ha de quedar fijado para siempre en el sexo originario. Supone una máxima discriminación aparecer ante todo el mundo como mujer y mantener en sus papeles identificatorios, por la inscripción registral, otro sexo distinto, el de varón.

Por estas razones ha de ser admitido el cambio de sexo, pues en virtud al sexo legal o registral estamos impidiendo el sexo posterior, el sexo real. En definitiva, estamos discriminando a una persona por razón de su nacimiento y por razón de su sexo, razones por las cuales debe ser acogido este motivo de casación.

Comentario.—La cuestión decidida por esta Sentencia, que puede estimarse controvertida a pesar de la misma, por cuanto el Juzgado y la mayoría de la Sala

del Tribunal Supremo mantuvieron una postura y la Audiencia y los votos particulares de cinco Magistrados de la misma Sala del Tribunal Supremo otra completamente opuesta, es sumamente delicada por mezclarse en ella no sólo consideraciones jurídicas, sino otras de tipo moral e incluso religiosas. La cuestión fundamental para resolver con acierto es la ya antigua de si el Derecho debe ajustarse a la moral, de suerte que nos quepa desconocer, permitir ni legislar en contra del mínimo ético, o bien si el Derecho es únicamente lo que está vigente en un pueblo y lugar determinados en virtud de criterios exclusivamente positivos.

Se afirma en el recurso que «se trata de un hecho cuyo esclarecimiento corresponde a la técnica». Frente a tal afirmación, cabe reflexionar:

Si, efectivamente, se trata de un hecho, no es revisable en casación la apreciación del Tribunal de instancia, sino en los estrechos límites que permiten el acceso de tales cuestiones de hecho y por vía distinta a la planteada en el recurso.

Que su *esclarecimiento* corresponda a la *técnica* no parece correcto, pues ello implica colocar a la persona al mismo nivel que cualquier criatura irracional. No se trata de una cuestión de medida, sino de principios. Abierto el portillo, ¿quién va a impedir una ulterior apreciación de que el interés colectivo o la propia conveniencia del sujeto —apreciada por esa misma «técnica»— imponga la transformación?

El estado civil es una cuestión jurídica, no técnica. Aunque el sexo, según la autorizada opinión del profesor don FEDERICO DE CASTRO, «no tiene en nuestro Derecho la significación propia de un estado civil», sino que «es una *cualidad personal*, unida íntimamente a la persona, con primordial importancia identificadora y calificadora; como tal, la declaración del sexo masculino o femenino de una persona, su desconocimiento y petición de inscripción o rectificación en el Registro civil —por error de éste— originan acciones de personalidad». Y sabido es que la personalidad, atributo esencial de la persona, es indisponible por su propia naturaleza, no puede ser objeto de tráfico ni de cambio. Por igual razón a la posibilidad de cambio de sexo podría admitirse el suicidio. E incluso con trato más benévolo para ésta, pues corrientemente se dice que el suicida carece en este momento de razón, mientras que el cambio de sexo se realiza con plena consciencia y para conseguir en ocasiones fines inmorales. El propio autor citado enumera entre los estados civiles «la distinción de las personas conforme a su sexo» (tomo II del *Derecho Civil de España*, pág. 75).

El cambio de sexo vulnera el orden público (v. gr.: exención del servicio militar). Las distinciones que se advierten en la Sentencia son correspondientes a una época en la que pocos quieren llamar a las cosas por su verdadero nombre: en vez de reclusos o penados se habla de «internos»; los concubinatos son «uniones de hecho»; los mendigos son los «económicamente débiles»; los vagos son «inadaptados»... y para qué seguir. Así se habla de sexo anatómico u orgánico, el manifestado por los atributos externos; el genético; el cromosomático; el sexo psicológico, en fin, derivado de la propia conciencia de la persona, que se siente hombre o mujer, etc., para justificar lo que no es sino una aberración, que no se trate de corregir, sino de fomentar, que es lo grave.

PERSONALIDAD. DERECHOS SOBRE EL PROPIO CUERPO. TRANSEXUAL
(SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo y Fernández, y con voto particular contrario que formula el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, admite el recurso de casación por infracción de la doctrina establecida en la anterior Sentencia de 2 de julio de 1987 y basado además en error en la apreciación de la prueba, interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha ciudad y, en consecuencia, declara que debe rectificarse la inscripción de nacimiento en el sentido de hacer figurar en ella en lugar del nombre que en la misma aparece —Francisco Javier— el de Marta, y en vez de sexo varón, el de hembra, por los siguientes fundamentos:

1. Aparece integrado este recurso por dos motivaciones: la primera, inserta en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega error en la apreciación de la prueba basada en documentos obrantes en autos que demuestran, según el recurrente, la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, documentos que «son los informes periciales de los forenses don Angel Calcedo Ordóñez y don Juan Antonio Cobo Plana»; en la segunda, y al amparo del número 5.º del mismo precepto procesal, se estima la infracción de «la doctrina establecida por la Sala a la que me dirijo en Sentencia de 2 de julio de 1987».

2. Sobre tales motivaciones es más que conveniente, necesario, distinguir en este recurso dos aspectos: en primer lugar, si la argumentación que en los mismos se contiene es o no adecuada para la finalidad perseguida; en segundo lugar, y tanto para el caso de que lo sea como de que fuere equivocada, si habida cuenta el ámbito casacional del primer motivo puede ser o no obstáculo su argumentación para la entrada en el examen y estimación o, en su caso, desestimación del recurso.

3. En lo que a la primera cuestión se refiere, o sea, al acierto o no tanto del asiento formal de la primera motivación como a las argumentaciones vertidas en una y otra, debe señalarse: en cuanto al aspecto estricto de la validez casacional del primer motivo, dado que en él se denuncia por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley ritarua un error en la apreciación de la prueba basada en informes periciales, es de indicar que: a) como tiene declarado reiteradamente esta Sala, los testimonios de los peritos no constituyen prueba pericial, sino instrumentalizada, por lo que su denuncia en casación debe hacerse después de la reforma introducida en la Ley de Enjuiciamiento el año 1984, por la vía del ordinal 5.º del citado artículo de la Ley de Ritos; b) aunque la antinomia existente entre el número 4.º del indicado artículo 1.692, «error en la apreciación de la prueba, basado en documentos...»; y el párrafo segundo del 1.707 que alude a los «informes aducidos en demostración del error» podían conducir a una interpretación extensiva de las pruebas incluibles en el citado número 4.º del 1.692, dicha contradicción ha de ser resuelta en favor de este último precepto, habida cuenta el carácter extraordinario y, por tanto, de exégesis restrictiva de la casación; c) sin embargo, es lo cierto que la sentencia impugnada sienta en sus considerandos unos presupuestos fácticos respecto de los cuales emite su juicio de valor y atribuye unas consecuencias jurídicas, aspectos ambos que, como tiene dicho esta sala en su Sentencia de 2 de julio de 1987, son susceptibles de revisión o de confirmación en casación.

4- A su vez, en la segunda motivación el recurrente estima que el Tribunal *a quo* ha infringido la doctrina establecida por esta Sala en la citada Sentencia de 2 de julio de 1987, aspecto que requiere una especial atención, dado que si bien al hacer tal afirmación el recurrente no tuvo en cuenta que, como tiene declarado este Tribunal de modo reiterado, la existencia de una sola sentencia del mismo no crea jurisprudencia, no se puede olvidar y así debe ponerse de relieve que en el caso resuelto por referida resolución actuó la Sala Primera de este Alto Tribunal en pleno, lo cual atribuye a la misma una especial fuerza en lo que a constitución de doctrina jurisprudencial se refiere. Por último, y para concluir esta especie de preliminares casacionales, ha de señalarse otro aspecto de extremo interés en este tipo de cuestiones y es que en supuestos como el presente, en los que juega primordial papel en orden a su solución tanto la esfera ambiental en que se hayan podido desarrollar las vivencias familiares y psicológicas del individuo como su propia psique, cada caso a resolver ha de ser contemplado y valorado con una muy especial atención a sus particulares circunstancias.

5. Mas como se apuntaba en el tercero y cuarto de estos fundamentos, una cosa es que la ubicación procesal de la primera y la argumentación de la segunda motivaciones sean más o menos acertadas y otra, la de que si aun pudiendo ser equivocadas, esta Sala, con apoyo en la interpretación de los presupuestos fácticos que se contienen en los informes periciales que a indicado motivo primero sirven de fundamento puede adentrarse en el estudio del recurso, extremo que ha de ser resuelto en sentido afirmativo, toda vez que constituyendo la base de referida motivación la imputación a la sentencia impugnada de un error en la valoración de la prueba pericial indicada en relación con el criterio marcado por la tantas veces citada Sentencia de 2 de julio de 1987, este Tribunal no sólo puede, sino que debe, en uso de sus facultades y dentro del estricto marco de la casación, comprobar si la labor hermenéutica de la Sala *a quo* es o no la adecuada.

6. Dicha sentencia, confirmatoria de la dictada en primera instancia, desestima la acción ejercitada por don Francisco Javier Aguirre Cortés que solicitaba la rectificación de su inscripción de nacimiento, a fin de que su nombre fuere sustituido por el de Marta, de sexo mujer. Los presupuestos fácticos de que se parte para la indicada desestimación, señalados en la resolución de primera instancia cuyos considerandos se aceptan por el Tribunal de Apelación, son los siguientes: «Que de la prueba practicada, más concretamente de los informes periciales emitidos, se hace preciso ante todo constar lo que de modo inequívoco ha quedado justificado: que la persona promotora de estas actuaciones ya no sólo reviste una apariencia femenina completa, sino que además, lo que es más importante —o por mejor decir, viene a completar aquella imagen externa—, ‘se siente mujer’, actuando social e incluso humanamente como mujer; pero también los mismos dictámenes no pueden por menos que resaltar lo que a todas luces constituye un hecho cierto, que es que, no obstante esa apariencia, no obstante incluso ese psiquismo propio del sexo femenino, no es ni cromosómicamente ni genítalmente una mujer», terminando por declarar, lo que ha de insistirse acepta la sentencia impugnada, que «de este antagonismo deviene, sin duda, no sólo un gravísimo problema personal y humano —lo que ya es extraordinariamente importante—, sino incluso un problema social, ante el cual la misma sociedad no puede adoptar una posición pasiva, y ante el cual por lo mismo la ciencia del Derecho ha de reaccionar creando una normativa que lo admita —como lo tiene que admitir— y regule», la cual actualmente no existe.

7. A lo anteriormente señalado, y dado el fundamento procesal del primer motivo, ha de agregarse lo siguiente: a) que en el informe pericial de don A. C. O., médico forense, además de las indicaciones que se reflejan en el considerando precedente y recoge la sentencia impugnada, se dice también: «pero lo que provoca más antagonismo es el sexo psicológico, basado en tres datos: 1) sentido irrepresible de pertenecer al sexo legal opuesto; 2) repugnancia hacia los atributos de su sexo —los suprime quirúrgicamente—, y 3) deseo obsesivo de un cambio de su morfología genital», agregándose: «Es evidente que el sujeto cuyo caso dictaminamos se considera literalmente víctima de un error de la naturaleza, o más gráficamente, como “un alma femenina dentro de un cuerpo masculino”, lo que nos lleva a considerar una gran divergencia entre el sexo en sí y la identidad sexual, concepto éste de un total contenido psicológico, que no sólo se mitiga con un simple cambio de nombre»; b) a su vez, en el informe médico presentado por el otro perito don J. A. P., especialista en Medicina Legal, además de lo que quedó indicado en el anterior fundamento y recoge la sentencia de primera instancia, se expone que el recurrente: «ya no es un hombre socialmente hablando, pero tampoco es mujer a pesar de su apariencia femenina, por lo que en realidad existe un grave problema y un drama vital de difícil solución».

8. Sobre la base de tales postulados y teniendo en cuenta los argumentos contenidos en la sentencia impugnada, es evidente que son dos los principales problemas que el tema planteado ante esta Sala representa: el de la competencia de los Tribunales para resolver estas cuestiones, al no existir una específica regulación de la misma que permita cuando menos sea susceptible de ser interpretada en uno u otro sentido; y el relativo a la seguridad jurídica representado por las consecuencias que en ella pudiera tener la resolución de unas cuestiones no legalmente reguladas.

9. Por lo que al primero de estos aspectos se refiere y sin entrar en los problemas que ello ha suscitado en el marco tanto de la doctrina científica como jurisprudencial de los distintos países europeos, sí merece poner de relieve: 1) que el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional de Alemania Federal), ya antes de la promulgación de la Ley de 10 de septiembre de 1978 que reguló en dicho país esta materia, había admitido por Sentencia de 11 de octubre de 1978 la competencia de los Tribunales para colmar las que en su opinión no son lagunas legales y sí únicamente *iuris*; 2) a su vez, el Tribunal Constitucional español tiene reiteradamente declarado, no sólo que las leyes deben ser interpretadas conforme a la Constitución, sino también que los preceptos de ésta, salvo excepciones que aquí no concurren, no tienen un valor puramente programático, sino que son de obligatoria observancia por los órganos judiciales, como así establece a su vez el artículo 5.º.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

10. Siguiendo con este *iter* argumental, se entra en el segundo de los aspectos que presenta el tema objeto de este recurso y quedó señalado en el segundo de estos fundamentos; el de si la seguridad jurídica podría verse afectada por el hecho de que no obstante mantener el recurrente su genotipo masculino, los órganos judiciales en ausencia de una específica regulación legal pueden sacralizar el cambio de sexo. Así centrado este segundo aspecto de la cuestión, en extremo interesante toda vez que es uno de los que sirven de inspiración a la sentencia impugnada para rechazar la acción ejercitada por el recurrente, es de señalar, que el artículo 10.1 de la Constitución Española establece como derechos fundamentales de la persona, entre otros, el del «libre desarrollo de la personalidad», término éste que en una proyección hermenéutica amplia autoriza a incluir los cambios físicos de forma del ser humano, siempre que ello no impli-

que o suponga delito o cuando menos ilícito civil, supuestos que en este caso no concurren, tanto por razón de la despenalización de ciertas mutilaciones (art. 428 del Código Penal) como de no estar expresamente prohibido por la normativa sustantiva ni procesal civil. Pero es que, además, no puede olvidarse: *a)* que la finalidad primordial del derecho positivo es regular las relaciones sociales con criterios de realidad y de justicia, acomodando el mismo a las exigencias y necesidades de cada concreto supuesto; *b)* que aun cuando conveniente sea la regulación de la transexualidad (juntamente con la de la intersexualidad), la ausencia de una concreta reglamentación de dichas figuras no puede impedir que las situaciones que vayan surgiendo no puedan ser resueltas, acudiendo para ello al sistema de fuentes que contiene el artículo 1.º del Código Civil; *c)* que en dicha función desempeña un muy interesante papel la *jurisprudencia*, en cuanto si bien no es fuente directa, creadora de normas, sí cumple una muy interesante función en lo que a la aplicación del Derecho se refiere, la de complementadora del ordenamiento jurídico, función que se cumple, fundamentalmente, no colmando lagunas normativas en cuanto las mismas no puede existir, sino en base de realizar una labor de sincronización entre el Derecho positivo y la realidad social vigente, a través de una adecuada exégesis de la norma, cuando ésta existiese, o de la costumbre y de los principios generales del Derecho en defecto de aquélla; *d)* por último, y en conexión con todo lo hasta aquí expuesto, de insistir es en que la norma, aun cuando muy general, existe en este caso y está representada por ese artículo 10.1 de la Constitución Española; y en que, igualmente, la citada exégesis puede ser realizada por esta Sala a través del artículo 1.º.6 en relación con el 3.º.1 del Código Civil.

11. Tampoco puede ser obstáculo a lo que se acaba de indicar el que, como dice la sentencia de Primera Instancia y acepta la aquí impugnada, el artículo 21 del actual Reglamento del Registro del Estado Civil de las personas disponga que «no se dará publicidad sin autorización especial porque de ello puede resultar perjuicio para tercero... 2.º De la rectificación de sexo»; y no puede serlo, en primer lugar, porque dicha publicidad siempre será posible a través de esa especial autorización; en segundo lugar, y en orden a la frase «de modo especial frente a futuros matrimonios», que se contiene en el citado precepto reglamentario, porque en la actualidad y por virtud de lo dispuesto en el artículo 73.4.º del Código Civil, tales matrimonios serían nulos; por último, porque la rectificación de este tipo de errores, como tiene establecido el artículo 92.1 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, sólo puede obtenerse por vía de la sentencia firme recaída en el correspondiente juicio ordinario, que es precisamente el supuesto que aquí aparece.

12. Otro aspecto interesante en este tema de transexualidad —que no de intersexualidad—, acaso el más trascendente en orden a la resolución de cada concreto caso, es el relativo a las causas que hayan podido provocar en el individuo el acceder a las intervenciones quirúrgicas provocadoras del cambio exclusivamente externo de su estructura genital para convertir bien su aspecto masculino en femenino, bien al revés, dado que el genético sigue siendo el mismo. A tales efectos, debe de tenerse en cuenta el juego de los factores psíquicos, puestos de relieve en este supuesto en los fundamentos 5 y 6, aspecto de una enorme trascendencia en estos casos, dada la circunstancia de que por razón de una acreditada personalidad psíquica de naturaleza femenina, traducida en dificultades para la inserción tanto en el sexo al que se pertenece genéticamente como en aquel otro hacia el que tiende su psique y que se ha puesto de relieve en los informes periciales, autorizan a dudar de lo que para ciertos sectores

doctrinales pudiera ser causa de rechazo del cambio jurídico de sexo aquí solicitado; el que éste, al fin y al cabo, se ha producido por la voluntad del recurrente; y autoriza la duda, puesto que no debe olvidarse y menos los órganos judiciales, la influencia de la mente en la conducta humana que puede llegar no sólo a disminuir, sino incluso a eliminar esa voluntad.

13. Por último, y como cierre a este conjunto argumental, debe señalarse para concluir: *a)* que el recurrente, aunque cromosómicamente varón, ofrece en la actualidad, y en lo que a su proyección morfológica se refiere, el sexo femenino; *b)* que a su vez y psíquicamente considerado, pertenece también a dicho sexo; *c)* que no se trata ahora como tampoco en las tantas veces citada Sentencia de 2 de julio de 1987, de que los Tribunales operen o puedan operar un cambio genético de sexo (en cuanto éste sigue siendo en los momentos actuales inmutable), sino de resolver la cuestión humana y social que ante ellos se presenta bajo las circunstancias que se han dejado expuestas; *d)* que a tales efectos, resulta conveniente recordar la idea que contribuyó a dar entrada en el mundo del derecho a las llamadas «personas jurídicas», efectuando a través de los argumentos que se han dejado expuestos lo que bien puede ser considerado como «la traducción jurídica de un fenómeno empírico», acudiendo para ello a una interpretación extensiva del artículo 10.1 de la Constitución Española, y dando a la jurisprudencia su papel de complementadora, que no creadora, del ordenamiento jurídico, a fin de permitir el adecuado asentamiento social a quien siendo cromosómicamente de sexo masculino, por las razones de tipo psicológico y extravoluntario que se han dejado expuestas, dado su psique, sus formas externas y hasta cierto punto hoy también internas, no es ya física ni socialmente varón

Por su parte, el voto particular se articula en el sentido de que no procede estimar técnicamente el recurso en virtud de los documentos periciales; y el rechazo de este motivo conlleva el del segundo, conforme se pase a exponer, por lo que no ha lugar, en opinión de este Magistrado, al recurso de casación.

Los fundamentos de Derecho son los siguientes:

1. En el primer motivo del recurso, con amparo procesal en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se tacha a la sentencia recurrida de haber incidido en error en la apreciación de la prueba, señalando textualmente que «los documentos básicos y demostrativos del error de la sentencia que recurrimos son los informes periciales médicos de los Forenses don A. C. O. y don J. A. P., emitidos a presencia judicial y a solicitud de las partes».

2. Como expresó la Sentencia de esta Sala de 8 de diciembre de 1985: «Ni la antigua regulación del recurso de casación ni la nueva sancionada por la reforma introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, en los correspondientes preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, autoriza a convertir lo que el remedio extraordinario que el meritado recurso significa en una tercera instancia, atacando la resultancia probatoria establecida por el Juzgador de instancia sin atenerse a los límites que para efectuarlo señalaba de manera concreta el número 7 del artículo 1.692 de la Ley anterior y lo hace hoy el número 4 del propio precepto, pues éste exige que el error en la apreciación de la prueba que se denuncie esté fundado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del Juzgador sin resultar contradiados por otros elementos probatorios, triple condicionamiento del que resulta que de los medios de prueba enunciados en los artículos 1.215 del Código Civil y 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo el que merezca el calificativo de “documento” en sentido técnico es hábil para

servir de apoyo a la censura en casación que la norma —el citado núm. 4 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— autoriza, no estando adornados de esta cualidad las actas por las que se documenta la práctica de otros medios probatorios que cual la confesión, reconocimiento judicial, pericial y testifical se hallan sujetas en cuanto a la apreciación de su resultancia a las correspondientes normas de valoración, cuya infracción después de la reforma ha de acusarse por la vía del número 5 del repetido artículo 1.692 de la Ley procesal, no siendo lícito, por demás, establecer hechos con fundamento en deducciones o hipótesis que traten de extraerse de datos aislados de las mismas, sustituyendo al respecto por el criterio propio del recurrente el más autorizado e imparcial del Juzgador, pues, en principio, no se pueden menospreciar las conclusiones de apreciación de las pruebas que fueron practicadas con su intervención directa».

3. La aplicación de la doctrina consignada en el fundamento de derecho que antecede determina el decaimiento del precedentemente enunciado primer motivo del recurso, ya que, no obstante la reforma introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, en la regulación del recurso de casación, lo que con respecto a la prueba pericial venía sancionando la jurisprudencia de esta Sala en los términos concretados en el segundo considerando de su Sentencia de 7 de marzo de 1980, no ha perdido vigencia en los extremos en que expresa que los dictámenes periciales no son los «documentos» a que la preceptiva entonces contenida en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y hoy 4.º del propio artículo, reputa hábiles para evidenciar un error del Juzgador en la valoración de la prueba, al carecer la apreciación personal del perito del concepto de documento en el sentido de la veracidad indiscutible que se requiere para utilizarlo a los fines de enervar la apreciación de las pruebas hecha por el Juzgador de instancia, al constituir el dictamen de los peritos un medio de prueba cuyo análisis y valoración, según las reglas de la sana crítica, corresponde al Tribunal sentenciador, de conformidad a las facultades que le otorga el artículo 632 de la citada Ley procesal.

4. El rechazo del primer motivo conlleva al decaimiento del articulado como segundo, pues las conclusiones fácticas sentadas por la resolución impugnada en el sentido de que el demandante y aquí recurrente, que pretende se le tenga por mujer, «no es persona del sexo femenino» y que, por tanto, no existe discrepancia entre la realidad y la inscripción en el Registro Civil, quedan inalteradas en este trámite de casación y no pueden ser removidas por la vía del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que la infracción de la doctrina establecida por la Sentencia de esta Sala de 2 de julio de 1987 que acusa carece de base fáctica que le sirva de apoyo.

F. C. L.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

NO ES LICITO ALEGAR INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER QUE SOLO AL PROPIO ALEGANTE INCUMBIA (SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—No es lícito a una parte alegar el incumplimiento de un deber que sólo a ella incumbía, para en base a ello intentar la nulidad de lo pactado (*nemo auditur turpitudinem suam alegans*). Valor y eficacia de lo pactado que ha de mantenerse en virtud de la fuerza vinculante de lo acordado (*pacta sunt servanda*).

Según reiterada doctrina de esta Sala, la aplicación del Derecho extranjero es cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad de tal Derecho vigente, sino también su alcance y acreditada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite duda razonable a los Tribunales españoles.

EL ARTICULO 1.903 DEL CODIGO CIVIL, EN LO QUE RESPECTA A RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO, FUE MODIFICADO POR LA LEY DE 26 DE JULIO DE 1957 (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.903 dice que «El Estado es responsable de responsabilidad extracontractual directa por actos u omisiones de aquellas personas de quienes se debe responder (culpa *in vigilando* o culpa *in eligendo*) cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiera sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada, en cuyo caso es aplicable el artículo anterior». Esta distinción entre agente especial u ordinario de la que habla este párrafo 5.º del artículo 1.903 ha desaparecido en la Ley de 26 de julio de 1957, la que en todo caso considera los actos como propios de la Administración, y así determina el artículo 41 que «cuando el Estado actúa en relaciones de Derecho privado responderá directamente de los daños y perjuicios causados por las autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios»; siendo esto así y entendiendo que el expresado párrafo quinto del artículo 1.903 del Código Civil hay que entenderlo modificado en el sentido señalado y en verdad sustituido por dicho artículo 41.

CULPA EXTRACONTRACTUAL: AL COMPENSAR CONDUCTAS PUEDEN TENERSE EN CUENTA LOS MOVIMIENTOS REFLEJOS (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—Se ha venido postulando por la doctrina la tesis de que la conducta del perjudicado cobra una importancia destacada cuando incide en el nexo causal, toda vez que no se trata de compensar culpa con culpa, lo que conduciría a criterios subjetivos, sino que lo que en realidad se pretende es

compensar conductas mediante la estimativa de criterios objetivos y abstractos, y valorada su incidencia en el nexo causal deducir, por vía de compensación, la disminución en el *quantum* de la indemnización. De ahí que al compensar conductas puedan tenerse en cuenta los movimientos reflejos, incontrolados o irreflexivos que incidan en la relación causal. Ya la Sentencia de 13 de marzo de 1953 postuló la tesis de que en caso de concurrencia de conductas era obligado discernir la causa predominante con el fin de declarar la responsabilidad total o compartida que pudiera haberse irrogado. Posteriormente, la Sentencia de 14 de octubre de 1957, siguiendo precedente de anteriores, entendió que cuando concurriera la culpa del agente y la del perjudicado, los Tribunales deben moderar la responsabilidad del primero y reducir en proporción su deber de indemnización, repartiendo el daño con el perjudicado.

LA COMPENSACION JUDICIAL NO EXIGE TODOS LOS REQUISITOS DE LA LEGAL (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que el número 3 del artículo 1.196 exige como requisito para apreciar la compensación la liquidez y exigibilidad de las deudas, también lo es que esta Sala, en interpretación de tal precepto, tiene declarado que en la compensación judicial no se exigen todos los requisitos que la normativa del Código Civil fija para que proceda la compensación legal, entre ellos que las dos deudas compensables sean liquidadas y exigibles en el momento de plantearse el litigio, ya que este extremo puede referirse en la concreción del montante de la deuda compensable a la decisión judicial que establezca en el correspondiente procedimiento de condena los conceptos claros de lo que la demandada adeuda a la actora, aunque la determinación de su importe cuantitativo quede para ejecución de sentencia (S. 24 octubre 1985).

LA PREVISION EXIGIDA AL ARQUITECTO NO ES LA SIMPLE DILIGENCIA DEL HOMBRE CUUDADOSO (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—Como ya hubo de sancionar la Sentencia de esta Sala de 29 de marzo de 1966, la normal previsión exigible al Arquitecto director de obra, no cabe confundirla con la simple diligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquella obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, siendo esta especial diligencia la que debe serle exigida, incluyendo, claro está, en sus deberes el conocimiento y estudio de las particulares condiciones del terreno sobre el que se edifica y el estudio de la carga no excesiva que el suelo debe soportar, para evitar desplazamientos.

EL PRINCIPIO «ALTERUM NON LAEDERE» ES APLICABLE INCLUSO CUANDO MEDIA RELACION JURIDICA PREVIA (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—El principio de congruencia, prohibitivo de toda resolución *extra petita*, lo único que impone es una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos en que las fundamentan, pero ni condena el *da mihi factum, dabo tibi ius*, ni puede prescindir del *iura novit curia*,

según jurisprudencia reiterada, de la que son ejemplos las Sentencias de 10 de mayo y 17 de junio de 1986.

El principio *alterum non laedere* es aplicable incluso cuando media una relación jurídica preexistente entre partes, de la naturaleza jurídica que fuere, ya que, cual señalan Sentencias como la de 5 de julio de 1983, si bien la responsabilidad contractual y extracontractual tienen su punto de arranque en la existencia o no de una relación negocial, con puntos de coincidencia comunes como son la producción de un daño o lesión, atribuibilidad del mismo a un sujeto, y deber de indemnizar o resarcir, tienen sus diferencias en que mientras la contractual nace como consecuencia lógico-jurídica del incumplimiento o infracción de los términos de un negocio, la extracontractual tiene su origen en un ilícito civil productor del daño, al margen o además de todo incumplimiento o infracción, todo lo cual determina que en ambas clases de culpa su finalidad sea reparadora, sin perjuicio de las específicas que puedan derivar del incumplimiento del contrato.

PROPIEDAD HORIZONTAL: TODA LIMITACION A LA PROPIEDAD INDIVIDUAL HA DE SER INTERPRETADA DE MODO RESTRICTIVO (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—Toda limitación a la propiedad individual, al derecho singular, ha de interpretarse de modo restrictivo, salvo que afecte, en esta especial institución y yuxtaposición de propiedades, a los elementos comunes.

USURA: UN 28 POR 100 DE INTERES ES CIFRA EXAGERADA (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—Un 28 por 100 es cifra exagerada cuando la garantía real, ajena a avatares mercantiles, asegura el cumplimiento de la obligación sin riesgo para el prestamista.

LA FACULTAD MODERADORA PUEDE EXTENDERSE A TODOS LOS SUPUESTOS DE CLAUSULA PENAL (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—Es cierto que entre la variedad de funciones o finalidades que la doctrina asigna a la denominada por nuestro ordenamiento jurídico «cláusula penal», son de resaltar las de «coercitiva o de garantía», «penal en sentido estricto» y «sustitutiva o liquidatoria de los perjuicios». Pues bien, la redacción del artículo 1.154 del Código Civil permite extender la eficacia de la facultad moderadora a cualesquiera de los supuestos de funcionamiento de la cláusula penal: «correctivo», «penal» y «sustitutivo», sin que deba estimarse excluido el tercero de ellos, «sustitutorio o liquidatorio».

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES TIENEN UN SIGNIFICADO EMINENTEMENTE PERSONALISTA (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1989).

Hechos.—El dueño de un coche Ford-Fiesta escribió una carta al periódico *El Diario de Cuenca*, formulando acerbas críticas sobre los servicios y reparaciones

prestados por la empresa concesionaria de Ford. Dicha empresa demanda al quejoso usuario y al periódico por intromisión ilegítima en su honor. El Supremo declara, casando anteriores sentencias, no haber lugar a la demanda.

Doctrina de la Sentencia.—Viene siendo doctrina pacífica la que entiende que los derechos fundamentales establecidos en el artículo 18.1 de la Constitución tienen un significado eminentemente personalista, en el sentido de estar referidos a la persona individual. Tal interpretación está avalada por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que desarrolla el precepto constitucional indicado y regula el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y así se deduce del empleo de la palabra persona en el artículo 2.º; vida íntima de las personas, en el artículo 7, 1 y 2; vida privada de una persona o familia, datos privados de las mismas o imagen de una persona, números 3, 4 y 5 del mismo precepto.

Así, con referencia al honor, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1988 declaró que tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, tesis que en esencia fue postulada por la Sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 1988.

Asimismo, y con respecto a la imagen, la Sentencia de 11 de abril de 1987 la definió como la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, entendiéndose por aquélla, a los efectos de protección: civil por la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, y en sentido jurídico habrá que entender que es la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen, y por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad, criterio seguido por las Sentencias de 29 de marzo y 9 de mayo de 1988.

LA NATURALEZA IUSPRIVATISTICA DEL CONTRATO DE ARQUITECTO NO IMPIDE QUE EN SU CELEBRACIÓN HAYAN DE CUMPLIRSE CIERTAS FORMALIDADES (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—En los denominados contratos de arquitecto y cualesquiera que fuese su específica cualificación de obra o de servicios (según sea el contenido y fines del convenio), cuando el objeto de la discrepancia es una reclamación de honorarios, si bien se rige fundamentalmente por la normativa contractual general del Código Civil, no es menos cierto que, como tiene ya declarado esta Sala en alguna resolución (Sentencias de 29 de septiembre de 1983, 29 de junio de 1984 y 3 de mayo de 1988), su naturaleza iusprivatística no impide que en su celebración hayan de cumplirse ciertas formalidades de carácter administrativo, de las que son muestra el precio, predeterminado por las tarifas oficiales y las normas contenidas en los Estatutos de los Colegios de Arquitectos que tienen a su cargo la organización de los servicios necesarios para el cobro de los honorarios.

La obligación que los colegiados tienen de comunicar el encargo a su respectivo Colegio no pasa de ser un deber u obligación colegial, cuyo incumplimiento no puede provocar la nulidad radical, ni siquiera la anulabilidad del negocio; consiguientemente, la falta del referido requisito no provoca la invalidez del contrato, en cuanto en realidad y cual se ha dicho, no es sino una simple comunicación a efectos puramente corporativos.

ARRENDAMIENTOS: LA RENTA QUE SIRVE DE BASE PARA APLICAR EL INCREMENTO NO ES LA INICIAL, SINO LA ACUMULADA (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—En la Sentencia de 9 de marzo de 1988 se dice que la renta que ha de servir de base para aplicar los incrementos en las revisiones a realizar no es en modo alguno la contractual inicial, salvo pacto expreso en este sentido, sino la acumulada, exigible, según los términos del apartado 2 del artículo 1.º del Real Decreto-ley 2/1985, de 3 de abril, abstracción hecha de que el arrendador hubiese aplicado o no los incrementos procedentes, no obstante estar en situación contractual de hacerlo, quedando a salvo siempre los límites de actualización, que por voluntad de las partes se hayan producido ya en cada caso.

Y ello es así porque realmente el índice de precios o de costo de la vida se pergeña a partir y con base del producido en el ejercicio anual precedente, por lo que la actualización, en función del equilibrio de contraprestaciones, ha de operar paralelamente sobre la renta revisada del período anterior, para ser coherente, que asimismo lo exige su condición de ser esa renta revisada, renta tan pactada y vinculante como la inicial contractual.

PARA QUE EXISTA OBLIGACION SOLIDARIA NO ES PRECISO QUE SE EMPLEE ESE TERMINO (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—La jurisprudencia ha impuesto una atenuación al rigor del último inciso del artículo 1 137 del Código Civil, de suerte que para la existencia de la obligación solidaria no es preciso que se emplee precisamente ese término, bastando para ello que el conjunto de antecedentes y circunstancias en que el negocio o negocios jurídicos se haya originado, por haber en ellos comunidad jurídica de objetivos al manifestarse una interna conexión entre ellos, demuestre la existencia de esa voluntad que es garantía para los perjudicados como factor estimulante del concierto y cumplimiento de los contratos (Sentencias de 2 de marzo de 1981, 7 de octubre de 1982, 26 de abril de 1985 y 12 de mayo de 1987, entre otras).

SON APLICABLES LAS REGLAS DE LA COMPRAVENTA A LA ADJUDICACION EN PAGO DE DEUDA (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Es de considerar y determinar el concepto, naturaleza, carácter y efectos atribuibles jurídicamente a la adjudicación en pago de deudas o *datio pro soluto* y la adjudicación para el pago de deudas o *datio pro solvendo*, y en tal sentido es de entender que la primera, o sea, la *datio pro soluto*, significativa de adjudicación en pago de deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto en virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en el contrato de compraventa, dado que, según tiene declarado esta Sala en Sentencia de 7 de diciembre de 1983, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación, o como acto complejo, su regulación ha de

acomodarse por las normas de la compraventa, al caer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue la categoría del precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas, en tanto que la segunda, es decir, la *datio pro solvendo*, revelador de adjudicación para pago de deudas, que tiene específica regulación en el artículo 1.175 del Código Civil, se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, pues que, salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo respecto del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación, toda vez que ésta sólo libra de responsabilidad a tal deudor por el importe líquido de los bienes cedidos, como expresamente previene el meritado artículo 1.175 del Código Civil, no generando, en consecuencia, el alcance de efectiva compraventa, que es atribuible, por el contrario, a la adjudicación en pago de deudas —o *datio pro soluto*—.

TERCERIA DE DOMINIO: NO PUEDE BASARSE EN UN DOCUMENTO PRIVADO CUYA FECHA FRENTE A TERCEROS SEA POSTERIOR AL EMBARGO (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo enseña que la demostración cumplida y patente de la propiedad que al tercerista corresponde en virtud de la distribución del *onus probandi* entre los litigantes, no puede basarse en un documento privado que por sí solo no acredite la efectiva transmisión patrimonial pretendida y cuya fecha frente a terceros resulta posterior a la realización del embargo, que según lo dispuesto en el artículo 1.227 del Código Civil clara e inequívocamente subordina la eficacia del documento privado, por sí solo, frente a terceros, a que sobrevenga alguno de los tres eventos a que se refiere explícitamente dicho artículo: la incorporación o inscripción en un Registro público, la muerte de cualquiera de los que lo firmaron o la entrega a un funcionario por razón de su oficio.

EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA HA SIDO INCORPORADO A NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO POR LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—La figura del reconocimiento de deuda ha sido acogida por la doctrina de esta Sala y así en la Sentencia de 8 de marzo de 1956 se define como contrato por el cual se considera una deuda como existente contra el que la reconoce, dando lugar a una obligación independiente con sustantividad propia, o sea, desligada y libre de la propia existencia de la deuda reconocida, bastando la inexpressión de la causa para que, conforme al artículo 1.277 del Código Civil, ésta se presuma como existente y lícita, mientras no se demuestre su verdadera inexistencia o ilicitud, corroborada por la de 13 de junio de 1954, en la que se reconoce su eficacia en Derecho a una escritura de reconocimiento de deuda, por la que quedaron inutilizadas y canceladas unas cam-

biales, ante la voluntad de las partes de concluir un negocio abstracto de reconocimiento de deuda, como no menos por la de 26 de octubre de 1962, en la que se afirma que el reconocimiento de deuda es un contrato abstracto cuya validez no está subordinada a la existencia de la causa, que admite nuestro Derecho positivo al amparo del artículo 1.277 del Código Civil, luego si en efecto el reconocimiento de deuda no es figura típica dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ha sido incorporada al mismo por nuestra doctrina jurisprudencial, encontrando cobijo al amparo del artículo 1.277 del Código Civil.

EL PROMOTOR-CONSTRUCTOR, CUANDO DESTINA LAS VIVIENDAS AL TRAFICO CON TERCEROS, NO ESTA EXCLUIDO DE LA RESPONSABILIDAD DECENAL (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—La Sentencia de 11 de febrero de 1985 dice que siquiera sea cierto que la responsabilidad decenal alcanza únicamente al contratista y al Arquitecto, y deja al margen al mero dueño de la obra, con todo debe matizarse esa delimitación a presencia de un *corpus* de doctrina en torno a la figura del promotor (Sentencias de 28 de noviembre de 1970, 11 de octubre de 1974 y 13 de junio de 1984, entre otras), esclarecedoras de que la construcción de un edificio para su enajenación en régimen de propiedad horizontal no determina, aun cuando exista otra persona o sociedad que ejecutara la obra materialmente y por encargo de la promotora, la exoneración de aquella de la responsabilidad decenal en el concepto de contratista, pues esta expresión comprende al promotor-constructor y ostenta tal cualidad el que por su cuenta y en su beneficio encarga la realización de la obra a un tercero; intención de destinar las viviendas y locales construidos al tráfico con terceros compradores para obtener beneficio económico que falta en la cooperativa, cuyo objeto era la promoción de viviendas para ser adjudicadas exclusivamente a sus asociados, siendo la adjudicación de las viviendas a los socios cooperativistas y la aportación de las cantidades resultantes de la distribución y derrama del costo de la construcción, operaciones a todas luces diferenciadas de la idea de venta a persona ajena a la constructora, que lo ha sido la misma cooperativa; se configura ésta, en consecuencia, como mera dueña de la obra, legitimada frente al contratista y técnicos a que intervinieron en la construcción para exigir frente a ellos la responsabilidad nacida al amparo del artículo 1.591 del Código Civil.

NO PUEDE ESTABLECERSE UNA PRESUNCION SOBRE OTRA PRESUNCION (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Como tiene declarado esta Sala respecto a la prueba de presunciones, es preciso distinguir el hecho o los hechos demostrados y aquel que se trata de deducir, entre los que es indispensable que haya enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano que la jurisprudencia ha puntualizado con rigor, exigiendo que entre los dos exista conexión y congruencia, muestras de una relación concordante, teniendo en cuenta unas reglas, que son las de la lógica o raciocinio lógico que no autorizan a realizar deducciones que la ley no permite, ni dar a los hechos significación de la que carecen. Conforme al artículo 1.253 del Código Civil, es exigencia primaria para el funcionamiento de la prueba de presunciones que el hecho del que se obtiene ha de estar

completamente acreditado, no pudiendo establecerse una presunción sobre otra presunción o conjetura.

DEBEN INDEMNIZARSE TODAS LAS CONTRAVENCIONES A LA OBLIGACION
(SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.101 del Código Civil no atiende solamente, como causa de indemnización de daños y perjuicios, al dolo, negligencia o morosidad, sino que atiende además a la contravención de la obligación «de cualquier otro modo»; expresión donde el Código Civil, de una manera progresiva para la época de su promulgación, permite incluir hasta las contravenciones debidas no a negligencia ni a dolo o mora, sino a otras causas que pueden tener lugar, aunque se haya prestado la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación.

EL JUEZ PUEDE INTERPRETAR LA SENTENCIA QUE EJECUTA (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—De igual modo que no puede sostenerse que es incongruente el fallo que resuelve las pretensiones deducidas, aunque a ellas no se ajuste literalmente, tampoco contradicen lo resuelto las resoluciones judiciales encaminadas a llevar a cabo una sentencia firme, pues asiste a los Tribunales la indeclinable facultad de interpretarlo, valiéndose para ello, si necesario fuese, y como elemento de auténtica interpretación, de las consideraciones que sirvieron de base y fundamento jurídico al mismo, y razón por la cual, cuando se trate de declarar si una decisión recaída en ejecución de sentencia resuelve o no puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia principal, no sólo habrán de tenerse en cuenta los términos de la sentencia de origen, sino todos los que sean consecuencia natural, ineludible, de la esencia jurídica de la situación que resuelven.

LA FACULTAD RESOLUTORIA DE LOS CONTRATOS PUEDE EJERCITARSE EXTRAJUDICIALMENTE. NO CABE APLICACION ANALOGICA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—La facultad resolutoria de los contratos puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino mediante declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, bien negando el incumplimiento, bien rechazando la oportunidad de extinguir el contrato, impugnación de la resolución extrajudicial que ha de ser examinada a la luz de la reiterada doctrina jurisprudencial que exige para la viabilidad de la acción resolutoria la prueba de los siguientes requisitos: 1.º La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron; 2.º la reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad; 3.º que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían, estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de instancia; 4.º que semejante resultado se haya producido como con-

secuencia de una conducta de éste que de un modo indubitado, absoluto e irreparable lo origine, actividad que, entre otros medios probatorios, puede acreditarse por la prolongada pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante, y 5.º que quien ejercita esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y lo libera de su compromiso (Sentencias de 21 de junio de 1966, 8 de febrero de 1980 y 21 de marzo de 1986).

La analogía es un procedimiento integrador del ordenamiento positivo y, en consecuencia, sólo puede realizarse a partir de los principios informadores de la norma jurídica, así dijo la Sentencia de 28 de septiembre de 1957 que «la aplicación de la ley por analogía sólo es viable para llenar una laguna de la misma ley, aplicando extensivamente los principios de ésta a un caso no previsto por ella»; no cabe, pues, la aplicación analógica de la doctrina jurisprudencial.

EL TERCERO PUEDE ACEPTAR TACITAMENTE LA ESTIPULACION HECHA EN SU FAVOR (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—La aceptación por el tercero de la estipulación hecha en su favor, a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.257 del Código Civil, que no constituye una auténtica y propia aceptación, ni una ratificación, sino una adhesión elevada por la ley a verdadero y propio requisito a *conditio iuris* (Sentencia de 10 de diciembre de 1956), puede hacerla el tercero beneficiario en forma expresa o tácita, por palabras o por hechos.

REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA ACCION PAULIANA (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Los dos requisitos esenciales que condicionan el éxito de la acción revocatoria o pauliana del artículo 1.111 del Código Civil son: a) que el deudor carezca de bienes suficientes para atender al pago del crédito en cuestión, lo que en definitiva integra el llamado requisito de la subsidiaridad de esta acción, que establecen el citado artículo 1.111 y de manera más explícita el artículo 1.294 del mismo Código, y b) que la transmisión que se impugna sea fraudulenta; la no concurrencia o falta del primero de los apuntados requisitos (por tener el deudor bienes suficientes —además del transmitido a título gratuito— para atender al pago de sus deudas) lleva lógicamente aparejada también la ausencia del segundo, pues al no entrañar perjuicio para el acreedor la transmisión impugnada, no puede ésta ser calificada de fraudulenta, como establece el artículo 643 del Código Civil, que sólo presume que la donación ha sido hecha en fraude de acreedores «cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella».

LAS ACTAS NOTARIALES NO MEREcen EL CONCEPTO DE DOCUMENTOS A LOS FINES DE LA CASACION (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Las actas notariales reguladas en los artículos 197 a 208 del Reglamento del Notariado de 2 de junio de 1944, no merecen

el concepto de documentos en el sentido y a los fines de la casación (Sentencias de 19 de enero de 1984, 1 de junio de 1985 y 29 de junio de 1988), pues aun cuando formalmente el acta notarial de notificación y requerimiento tiene tal carácter documental, no lo reúne en cuanto a su contenido, si se tiene en cuenta que lo documentado es el resultado de una prueba puramente testimonial, lo que igualmente puede predicarse de las actas de presencia.

LA REGLA GENERAL ES LA NO PRODUCCION DE EFECTOS JURIDICOS DEL SILENCIO. DEFINICION DE LA «PRESTACION DIVERSA» (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Para que el silencio pueda tenerse positivamente en cuenta es necesario que se trate de situaciones muy específicas, y que tal silencio sea muy cualificado; la regla general debe inclinarse a la no producción de efectos jurídicos, ya que el silencio no constituye una declaración de voluntad propiamente dicha, y sólo cuando exista un concreto deber de hablar no cumplido, puede entenderse, en aras de la buena fe, que se ha consentido.

Hay que definir la existencia de la «prestación diversa», como la entrega de una cosa distinta a la pactada, y como el incumplimiento por inhabilidad del objeto, o por insatisfacción del comprador.

El primer supuesto concurre cuando la cosa entregada contiene elementos diametralmente diferentes a los de la pactada; para el segundo caso se hace necesario que el objeto entregado resulte totalmente inhábil para el uso a que va destinado, o que el comprador quede objetivamente insatisfecho; inutilidad absoluta que debe hacer inservible la entrega efectuada, hasta el punto de frustrar el objeto del contrato, o insatisfacción objetiva del comprador que no constituye un elemento aislado, ni puede dejarse a su arbitrio, debiendo estar referido a la propia naturaleza y al uso normal de la cosa comprada, que haga de todo punto imposible su aprovechamiento (Sentencias de 20 de octubre de 1984 y 6 de marzo de 1985).

ES VALIDO EL CONSENTIMIENTO PRESTADO POR MANDATARIO VERBAL, SEGUIDO DE RATIFICACION (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—En el presente recurso la cuestión planteada se centra en decidir si es válido un contrato de compraventa del inmueble celebrado por mandatario verbal, en el lugar del comprador, cuando la ratificación se presta por el mandante con posterioridad al embargo del bien y a la anotación registral del mismo. Se sostiene por el recurrente que sin justificar la existencia del poder falta absolutamente el consentimiento, que es requisito esencial del contrato.

El motivo no puede prosperar porque declarado hecho probado en las dos instancias que el mandato verbal de los compradores fue real y que el mandatario adquirió el inmueble para ellos, falta el soporte fáctico del motivo. Nuestro derecho, por lo demás, admite el consentimiento prestado por mandato verbal, seguido de ratificación (art. 1.259).

LITISCONSORCIO PASIVO: NO ES NECESARIO TRAER A JUICIO A LA ESPOSA, CUANDO NO HA INTERVENIDO EN EL CONTRATO (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—El principio general de derecho que establece que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, hoy de rango constitucional, en virtud del artículo 24.2 de la Constitución, el de veracidad de la cosa juzgada y la necesidad de evitar fallos contradictorios, exigen que la relación procesal se constituya válidamente mediante la llamada a juicio de cuantos elementos subjetivos estén vinculados frente al actor, de forma conexa e independiente en el negocio sustantivo del que nace la acción que se hace valer ante los Tribunales y que puedan resultar afectados por el fallo judicial, debiendo los Tribunales velar por esa correcta constitución de la relación procesal, lo que encarna la institución del «litisconsorcio pasivo necesario».

Respecto a la falta de presencia en el proceso de la esposa del hoy recurrente, la doctrina de esta Sala, en relación con el litisconsorcio pasivo, proyectada a la sociedad conyugal, incluso con posterioridad a la reforma de 1981, se caracteriza por una interpretación amplia para aquellos casos en que se trata de acciones personales derivadas de obligaciones o contratos en los que la esposa no ha intervenido (Sentencias de 9 de julio de 1984, 10 de junio de 1985 y 4 de abril de 1988), no siendo necesario, en consecuencia, traer a juicio a aquella para que la relación procesal quede bien constituida en estos supuestos.

TRANSACCION: SERA SOLO ELLA QUIEN REGULE LAS RELACIONES FUTURAS INSITAS EN LA MATERIA TRANSIGIDA (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Como ya hubo de proclamar la Sentencia de esta Sala de 26 de abril de 1963, aunque la transacción haya de entenderse e interpretarse sin mengua de la naturaleza contractual que le es propia, no será lícito con motivo de dicha interpretación exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre dio lugar a su conclusión, sino que será ésta y sólo ella quien regule las relaciones futuras ínsitas en la materia transigida, y bien integren esta la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquéllas o la creación de otras distintas, los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la nueva situación y en el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones fijadas en el pacto transaccional.

NO ES UN REQUISITO ESENCIAL EL PEDIR LA CANCELACION DE LOS ASIENTOS REGISTRALES CONTRARIOS A LO SOLICITADO (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—La más reciente doctrina en torno a la aplicación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en cuanto a la necesidad de pedir la anulación o cancelación de asientos registrales contrarios a la declaración pretendida, señala el carácter no esencial del requisito, que no es un óbice a la acción y que viene a ser consecuencia natural de la constitución o declaración de la realidad extrarregistral que incluso se puede subsanar en ejecución de

sentencia, en tanto en cuanto todos los interesados en mantener la presunción propia del principio de legitimación registral, han sido parte en el proceso (Sentencias de 4 de febrero de 1986, 6 de julio de 1987 y 27 de noviembre de 1987, entre otras).

DEFINICION DE COSA JUZGADA (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Como dice la Sentencia de 30 de mayo de 1925, es cosa juzgada la decidida en juicio contradictorio por una sentencia válida, no susceptible de recurso alguno o que se haya expresa o tácitamente consentido, constituyendo la principal especie de las presunciones *iuris et de iure*, por lo que vincula el pronunciamiento de primer grado no sólo a quien no interpuso recurso de apelación oportunamente, sino al Tribunal que conozca de éste por la interposición de algún disidente.

CARACTER RESTRICTIVO DEL RECURSO DE REVISION (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Recopilando la reiterada doctrina mantenida por esta Sala acerca del recurso de revisión, conviene decir que por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de la irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que la integren, haya de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, con quebrantamiento del principio de autoridad de la cosa juzgada, sin que sea posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada (Sentencias de 3 de mayo de 1968, 2 de diciembre de 1983 y 19 de mayo de 1987), y que la maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hechos que, por sí mismo, evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial, pudiendo comprender bajo el término «maquinaciones fraudulentas» todas aquellas actividades de la actora que vayan dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio, con objeto de obstaculizar su defensa, asegurando así el éxito de la demanda (Sentencias de 23 de noviembre de 1983, 30 de enero de 1984 y 3 de marzo y 7 de abril de 1987).

SEGURO DE ROBO: EL CONCEPTO DE ROBO NO DEBE SER EL JURIDICO, SINO EL NORMAL (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—El contrato de seguro contra robo recibe su regulación de la ley y del pacto contractual, debiendo interpretarse los conceptos de robo y hurto no en el sentido técnico-jurídico con el que aparecen definidos y regulados en la legislación penal (como acertadamente señala la sentencia recurrida), sino más bien en un concepto amplio y más vulgar o normal, que bien puede ser el de «sustracción o apoderamiento ilegítimo», que señala el Código de Comercio.

LA RESPONSABILIDAD PURAMENTE OBJETIVA ES INCOMPATIBLE CON NUESTRO SISTEMA JURIDICO (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1989).

Hechos.—Un ingeniero de la Central Nuclear de Ascó cayó a la piscina del reactor, ocasionándose la muerte instantánea. El Supremo desestima la demanda de la viuda, considerando que el accidente se produjo por culpa de la víctima.

Doctrina de la Sentencia.—No es posible aplicar al caso que estudiamos las conocidas doctrinas de esta Sala relativas: a la valoración objetiva o cuasiobjetiva de la responsabilidad, la inversión de la carga de la prueba, o la teoría de la creación del riesgo, ya que la situación de peligro fue creada por el accidentado, que por su formación y jerarquía tenía necesariamente que conocer la peligrosidad del camino que atravesaba, sin que, por otra parte, pueda tenerse en cuenta la falta de unos más cuidados medios de protección, pues tales precauciones eran de la competencia directa del propio accidentado, así como el deber de vigilar que el personal a sus órdenes las cumplieran también. La posible moderación y concurrencia de responsabilidades, que la parte recurrente pretende deducir de ciertos preceptos reglamentarios, no es posible tenerla en cuenta, pues la *culpa in vigilando* o *in eligendo* correspondía en este caso a la persona que desempeñaba en la empresa funciones directivas y técnicas, a la cual es imputable la posible infracción en materia de seguridad, no pudiendo compartir la responsabilidad con la empresa, que precisamente tenía confiada a la propia víctima la dirección y consiguiente vigilancia de la obra, al haber sufrido esta misma persona las consecuencias de su propia infracción, pudiendo dar lugar la pretensión del recurrente en otro caso, a la existencia de una responsabilidad puramente objetiva, incompatible con nuestro sistema jurídico.

COMPRAVENTA FIDUCIARIA: EL NEGOCIO DE GARANTIA PREVALECE SOBRE LA TRANSMISION DE DOMINIO (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—De conformidad con la doctrina de esta Sala (Sentencias de 6 de abril de 1987, 25 de febrero de 1988 y 22 de diciembre de 1988, entre otras), el negocio base de fiducia, garantía primitiva semejante a la prenda, confiere al acreedor una titularidad formal de bienes, nunca oponible, como derecho de dominio, al deudor dueño, aunque la recuperación por éste de tal titularidad, esté subordinada al cumplimiento de las obligaciones garantizadas, sin que en ningún caso pueda prevalecer entre partes la apariencia creada por el negocio indirecto (transmisión de dominio), sobre el negocio real directo de garantía.

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RESOLUCION DE CONTRATO.—TANTO SI SE APLICA LA ANTIGUA COMO LA NUEVA LEGISLACION ARRENDATICA, HA DE PREVALECER EL DERECHO A RECOBRAR LA FINCA EL ARRENDADOR PARA SU CULTIVO DIRECTO Y PERSONAL SOBRE EL DE PRORROGA DEL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1989).

El Juzgado de Posadas estimó íntegramente la demanda confirmando la Audiencia de Sevilla.

No prospera la casación. En plazo de duración del contrato de 1969 fue ampliado por seis años más, contados a partir de la terminación del plazo contractual, es decir, desde 1975, finalizando en 1981 y, siendo la interpretación de los contratos, facultad atribuida al Tribunal de instancia, su criterio debe prevalecer en casación, respondiendo en este caso al sentido literal del contrato y a la intención de los contratantes. Incluso aun pretendiendo que hay novación, ésta actuaría al efecto de fijar el momento inicial de la ampliación del plazo del arriendo, es decir, a la terminación del plazo legal del primitivo contrato. Tanto si se aplica la ley antigua como si se hace con la nueva, el arrendador puede oponerse a la prórroga del contrato, si se compromete a cultivar directamente la finca arrendada.

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO.—NO HABIENDO NOTIFICADO EL ARRENDATARIO SU DESEO DE PRORROGAR EL CONTRATO CON UN AÑO DE ANTICIPACION A LA FINALIZACION DEL MISMO, ESTE SE EXTINGUIÓ POR EL TRANSCURSO DEL PLAZO CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1986).

Tanto el Juzgado de Jerez de la Frontera como la Audiencia de Sevilla admitieron íntegramente la demanda.

No triunfa la casación. El arrendamiento no está incluido en la disposición transitoria primera de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, por no reconocerse al arrendatario como cultivador personal y, por tanto, al no producirse el aviso de pretender la continuación del contrato con un año de antelación y, constar, en cambio, el realizado por los arrendadores para explotar la finca directamente, debe extinguirse el contrato. No puede admitirse el no ir el procedimiento precedido de acto de conciliación ante la Junta Arbitral de Arrendamientos Rústicos, por no estar constituida en la provincia de Cádiz y su inexistencia no puede motivar la paralización de derechos que no puede entenderse como norma presunta en ningún precepto de la LAR. Rigiéndose por el Reglamento de 1959, el arrendatario debió notificar al arrendador el propósito de prorrogar el contrato con un año de anticipación, lo que no se produjo, perdiendo su derecho de prórroga contractual y el contrato se extinguió por el transcurso del plazo sin manifestación contraria del arrendatario, no procediendo la denegación de prórroga que hubiera correspondido al cultivador personal, cualidad que no tenía el arrendatario.

RETRACTO ARRENDATICIO.—NO PROCEDE PORQUE LO ARRENDADO FUE UNA GRANJA INDUSTRIAL Y NO UNA FINCA RUSTICA, ESTANDO EXCLUIDO EL CONTRATO DE LA LEGISLACION ESPECIAL ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1986).

Admite el retracto, el Juzgado de Huesca, pero la Audiencia de Zaragoza revocó la anterior, rechazando la demanda.

No ha lugar a la casación. El objeto del contrato fue una actividad industrial, según la interpretación que al contrato de arrendamiento dio el tribunal de instancia y que el interesado no cuestionó, por lo que no procede el derecho de retracto que concede la ley en los casos de enajenación *intervivos* de fincas rústicas arrendadas, cuando se dice en la sentencia de instancia que el contrato tenía por objeto una explotación de granja industrial y que, a este destino, une su ubicación junto a las casas y calles de la localidad, circunstancias ambas que, conforme a la normativa del apartado *d)* del número 7 del artículo 6.º y la circunstancia 2.ª del artículo 7 LAR, las excluye del citado texto legal.

D) ARRENDAMIENTOS URBANOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

DESAHUCIO.—CUALQUIERA QUE SEA LA COMPLEJIDAD DE LOS PACTOS QUE SE ESTIPULEN, DADA LA NATURALEZA LOCATIVA DEL CONTRATO, PROCEDE LA ADMISION DEL DESAHUCIO POR VENCIMIENTO DEL PLAZO CONTRACTUAL, CONFORME AL ARTICULO 1.569 CC (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1986).

No admiten la demanda ni el Juzgado de Monforte ni la Audiencia de La Coruña.

Sí, en cambio, el Tribunal Supremo. La admisión como contratos atípicos de los arrendamientos *ad meliorandum* y *ad edificandum* que la libertad de pacto del artículo 1.255 CC autoriza, es resuelta afirmativamente por reiterada jurisprudencia, como las Sentencias de 15 de febrero y 26 de marzo de 1979 y de 3 de abril de 1984, que afirman la aplicabilidad del Código Civil, quedando erradicados de la legislación arrendaticia especial, siendo posible su resolución conforme al artículo 1.569 CC en relación con el artículo 1.561 LEC y concordantes. La complejidad que podría originar la inadecuación del juicio del desahucio no deriva de las alegaciones esgrimidas, sino que ha de deducirse del contenido de las cláusulas del pacto locativo de manera que si dicho pacto no ofrece dudas en cuanto al derecho cuestionado y su alcance, no puede ser óbice para decidir el tema de la resolución que con la demanda ha sido planteado. La situación jurídica de posesión arrendaticia en que se encuentra el demandado deriva de lo pactado en escritura pública de 1945, por la que se cedió un solar y dos casas, con la obligación de, tras derribar las casas, construir un edificio para espectáculos y cine que explotaría durante veinte años y, pasado ese plazo, el edificio pasa a ser de la cedente, aunque podría continuar el cesionario como arrendatario durante diez años. Por tanto, la situación arrendaticia del cesionario no

originaba complejidad alguna aunque no se incardine en la locación de la LAU, al derivar no de un pacto *ex novo*, sino impuesta a la arrendadora por la voluntad del último y haciendo uso de un derecho que le fue concedido en escritura pública como contraprestación a otras obligaciones por él asumidas, rigiendo plenamente la normativa del artículo 1.569 CC y procediendo, en consecuencia, el desahucio por vencimiento del plazo contractual.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—NO TIENE NATURALEZA ADMINISTRATIVA EL CONTRATO, PERO AUNQUE SE TRATASE DE UNA CONCESION, PODRIA ADMITIRSE EL ARRENDAMIENTO HECHO POR EL CONCESIONARIO SEGUN HA SEÑALADO LA JURISPRUDENCIA. TRATANDOSE DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA HA DE APLICARSE EL CODIGO CIVIL EN CUANTO A LA DURACION DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1986).

Estima la demanda el Juzgado de La Orotava, así como la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

No ha lugar a la casación. La actora es propietaria de un kiosco de venta de revistas, caramelos, refrescos, etc., instalado con licencia del Ayuntamiento, siendo cedido como industria junto con todos los elementos, útiles y enseres necesarios para el normal desarrollo de dicha industria, fijando el plazo de un año y sometiendo el arrendamiento al Código Civil, con exclusión de la LAU. El demandado alegó la excepción de incompetencia de jurisdicción por estimar correspondiente a la contencioso-administrativa, ya que la arrendadora es titular de una concesión administrativa de dominio público, destinada a un servicio al público, careciendo de facultades para ceder la concesión sin autorización del Ayuntamiento concedente, creándose así una subconcesión de dominio público. Las relaciones entre las partes, según ella, tienen naturaleza administrativa, pero ha de desestimarse, ya que el Ayuntamiento no es propietario del kiosco y lo cedido no es sino el derecho a ocupar temporalmente la porción de terreno en que se halla ubicado, que es bien de uso público, al amparo de la oportuna licencia. Aunque se tratase de una concesión, no constituiría obstáculo a la validez del arrendamiento, pues el concesionario está facultado para arrendar, según reiterada jurisprudencia, entre la que podemos citar la Sentencia de 19 de diciembre de 1983, como lo está el usufructuario, no obstante el plazo fijo de duración, marcándose la diferencia entre el contrato que vincula al concesionario con la Administración y el civil que pueda celebrar aquél con un tercero. Siendo de naturaleza civil, hay que considerar como arrendamiento de industria, ya que la arrendataria no instaló su propio negocio. El arrendamiento está sometido al Código Civil y se debe decretar el desahucio conforme al artículo 1.596 CC, al haber expirado el plazo contractual de un año y la tácita reconducción del artículo 1.566 opera hasta el mes siguiente a la conciliación celebrada en 1983, al haber fijado el contrato un alquiler mensual.

DESAHUCIO.—EL ARRENDAMIENTO NO ES DE INDUSTRIA, SINO DE LOCAL DE NEGOCIO, YA QUE EL NEGOCIO NO SE TRANSMITIO CON EL INMUEBLE, SIENDO, POR TANTO, LOS OCUPANTES MEROS ARRENDATARIOS DE LOCAL DE NEGOCIO (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1986).

Tanto el Juzgado de Puerto del Rosario como la Audiencia de Las Palmas desestimaron la demanda.

No triunfa la casación. La condición de arrendamiento de local es la acogida por la Audiencia de Las Palmas, con base en la escritura pública de 1970 y en la documentación privada suscrita entre los contratantes, de la que resulta una neta distinción entre el inmueble y el negocio existente en el mismo, conservando los ocupantes el inmueble y el negocio, durante dos años como precaristas y, luego, como arrendatarios del local, por lo que el nombre que se dio al contrato no corresponde a la realidad de lo convenido, por la sencilla razón de que la industria o negocio fue creado por los primitivos propietarios y no fue transferido a los compradores del inmueble, permaneciendo aquéllos hasta su fallecimiento en la explotación y continuando después sus sucesores. Al verificarse la transmisión, los titulares del negocio continúan explotándolo sin que se altere ni la situación posesoria consistente en un título, el de precaristas, y después, arrendatarios de un negocio por ellos creado y explotado, siendo correcta la calificación contractual realizada por la Sala.

TRASPASO ILEGAL.—SE VERIFICA EL TRASPASO EN VIRTUD DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO QUE EL MISMO ARRENDATARIO HA CONSIDERADO RESCINDIDO (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1986).

El Juzgado número 7 de Madrid y la Audiencia estimaron la demanda.

Tampoco se admite en casación. El arrendatario no estaba autorizado por el contrato vigente para realizar el traspaso como lo efectuó, puesto que se basó en otro contrato que él mismo declaró resuelto, sin que se haya probado que el vigente autorice el traspaso y sin que se pueda aplicar la disposición transitoria octava LAU, ya que esta norma tiene como supuesto de hecho que el arrendatario tuviera reconocido este derecho, requisito que no concurre, ya que no se acredita que el contrato de 7 de noviembre de 1963 reconozca derecho al traspaso al arrendatario. Se basa en un contrato que el propio arrendatario había declarado rescindido en escrito privado, obrante en autos, con lo que fue contra sus propios actos.

REVISION DE RENTA.—NO DISCUTIENDO LA PARTE DEMANDADA LOS INCREMENTOS DEL COSTE DE LA VIDA A QUE SE REFIERE EL REAL DECRETO-LEY DE 1978 Y Oponiéndose solo en cuanto a la irretróactividad del artículo 101 LAU y la caducidad de la acción, quedan exonerados los actores de la carga probatoria (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1986).

Estimó la demanda el Juzgado número 4 de Gijón, pero la Audiencia revocó la sentencia anterior.

Triunfa el recurso de casación. En el contrato de 1976 se dice que la renta libremente pactada será objeto de revisión automática para adaptarla a las va-

riaciones del coste de la vida según los índices del INE referidos a los locales de negocio. La Audiencia entiende que, al pretender la parte actora que el precio actualizado lo sea desde 1980 a 1982 y desde este año a 1984, es exigible una doble acreditación, es decir, el precio del bienio 1978 y 1979, para, a partir de ello, establecer los nuevos módulos y la justificación del coste de la vida al que se refiere el RD-L de 4 de enero de 1978, a tener en cuenta para poder aplicar el incremento de rentas y, al no haberlo acreditado los actores, como al no tener en consideración el RD-L de 1 de octubre de 1980, determina la revocación de la sentencia, pero olvida que estos datos no fueron cuestionados por la parte demandada cuya oposición a la demanda se fundó en la irretroactividad del artículo 101 LAU y la caducidad de la acción para pedir el incremento de renta, por lo que la inicial del bienio 1980-81 y los índices del coste de la vida quedaron exonerados de toda carga probatoria, pasando a constituir hechos indiscutibles, negando la sentencia recurrida los efectos propios del pacto contractual indicado al hacerlo depender de la doble acreditación, tratándose de hechos que el Juez ha de tener como ciertos por el reconocimiento de los demandados.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO PROCEDE POR REALIZACION DE OBRAS, YA QUE EL ARRENDATARIO ESTABA AUTORIZADO SIN LIMITACION DE TIEMPO SIEMPRE QUE NO SE PERJUDICASE LA SEGURIDAD DEL INMUEBLE (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1986).

Tanto el Juzgado número 3 de Oviedo como la Audiencia desestimaron la demanda.

No prospera el recurso de casación. Se deduce del contrato de arrendamiento que el arrendatario estaba autorizado para realizar obras precisas para la mejor adecuación del negocio, sin más límite que el derivado de la seguridad del inmueble, pudiendo ser realizadas tanto al inicio del contrato como durante su vigencia en fecha posterior al mismo, quedando a beneficio de la propiedad salvo las señaladas en el apartado e) que el arrendatario podría retirar al final del contrato. Es clara y patente la voluntad del arrendador de autorizar la realización de obras de toda clase en el local sin limitación alguna de tiempo, como resulta de la frase «tanto al inicio del contrato como durante su vigencia en fecha posterior al mismo, siempre que no afectaren a la seguridad del inmueble». No acreditándose que atentaran a dicha seguridad, deben considerarse autorizadas por no haber debilitado la naturaleza o resistencia de la construcción.

REVISION DE RENTA.—NO PUEDE REPERCUTIRSE EL IMPORTE DE LAS OBRAS ORDENADAS POR LA FISCALIA DE LA VIVIENDA SOBRE LAS TIENDAS O LOCALES DE NEGOCIO POR NO EXISTIR EN LOS CONTRATOS RESPECTIVOS NINGUNA CLAUSULA QUE LO AUTORIZARA, A DIFERENCIA DE LO ESTIPULADO EN LOS ARRENDAMIENTOS DE LOS PISOS (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1986).

Tanto el Juzgado número 13 de Barcelona como la Audiencia estimaron íntegramente la demanda.

Confirma la misma doctrina el Tribunal Supremo. Existían varios pisos y tiendas de un inmueble arrendados a un mismo arrendatario, pero en los contratos aportados por el demandado, referidos a las dos tiendas arrendadas no existe

cláusula análoga a la de los entresuelos o primeras plantas que permita repercutir a ningún efecto las reparaciones que ordenó la Fiscalía de la Vivienda como consecuencia de una denuncia, por lo que no puede proyectarse el importe de las citadas obras sobre la totalidad de los pisos y locales del inmueble y más concretamente sobre las tiendas o locales existentes en la planta baja del edificio, sin que pueda admitirse el ejercicio de la acción del actor con abuso de derecho ni contra la buena fe a que ha de sujetarse el ejercicio de los derechos y obligaciones arrendaticios.

DESAHUCIO.—FRENTE A LA LITERALIDAD DEL CONTRATO EN EL QUE SE HABLA DE NEGOCIO DE CARNICERIA SE LEVANTA LA REALIDAD INNEGABLE DE QUE LO ENTREGADO FUE SIMPLEMENTE EL USO O GOCE DEL LOCAL Y NO UNA ORGANIZACION CON VIDA PROPIA (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1986).

El Juzgado número 2 de Alcalá de Henares estimó la demanda, pero revocó la Audiencia de Madrid.

No prospera la casación. La actora estima que se trata de un arrendamiento de industria y la demandada de un local de negocio, sometido a la LAU. El Tribunal Supremo ha declarado, interpretando el artículo 3.º de esta Ley que si lo que se entrega es una variedad de elementos organizados y aptos par obtener un producto económico, se estará en presencia de la unidad patrimonial con vida propia de que habla el precepto y si lo que se cede es el uso o disfrute de un local, lo será de local de negocio, sin que se desvirtúe por el hecho de que con el local se cedan otros elementos desarticulados y no aptos por sí mismos para rendir un producto económico. En este caso, la arrendadora no ha probado que ejerciese la industria de carnicería, no entregando al arrendatario mobiliario y maquinaria para explotar tal industria, siendo la finalidad del contrato el establecimiento por el arrendatario de su propia industria. Frente a la literalidad del contrato que vincula a las partes en que se expresa que el objeto contractual es un negocio de carnicería, se levanta la realidad innegable de que lo verdaderamente entregado por la arrendadora fue única y exclusivamente el goce o uso de un local y no una organización con vida propia. Se dice que se acompañará un inventario de instalaciones y bienes y tal inventario no se ha acompañado ni existe prueba de su existencia, siendo de propiedad del arrendatario por haberlos adquirido al propietario, la báscula, máquina picadora y cámara frigorífica, lo que prueba que sólo se ha entregado el local.

REVISION DE RENTA.—NO SE ACREDITAN LOS AUMENTOS PORCENTUALES DEL INDICE DEL COSTE DE LA VIDA SIN ESPECIFICAR SI SE HAN TENIDO EN CUENTA LOS LIMITES ESTABLECIDOS A LAS ELEVACIONES DE RENTA POR LAS DISPOSICIONES PERTINENTES (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1986).

El Juzgado número 2 de Oviedo estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior, desestimando la demanda.

No triunfa la casación. El escrito inicial incurre en confusión, ya que obvia cualquier referencia a la revisión o revisiones efectuadas guardando silencio sobre su fecha y cuantía y dada la falta de prueba que justifique los aumentos

porcentuales del índice del coste de la vida, como si de hechos notorios se tratara y no se especifica si se han tenido en cuenta los límites establecidos a la elevación de renta por las disposiciones pertinentes. La sentencia impugnada no niega a los recurrentes su derecho a la revisión de renta, toda vez que lo único declarado es la desestimación de la demanda por no acreditar esos aumentos porcentuales publicados por el Organismo oficial ni se aparta de los límites correctivos publicados por el Gobierno, teniendo en cuenta el principio de rogación y aportación de parte que es predominante en los procesos civiles, teniendo la obligación de suministrar a los órganos jurisdiccionales los presupuestos fácticos, así como propiciar los medios de prueba que sirvan para acreditar aquélla.

C. R. R.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

PARTICION. NECESIDAD DE INTERVENCION DEL CONTADOR PARTIDOR TESTAMENTARIO. Artículos 1.056 y 1.057 del CC (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1988).

Es radicalmente nula la partición efectuada por persona distinta del contador partidor que no renunció a ejercer su cargo.

El contador partidor, una vez terminada su misión de dividir la herencia y protocolizado el cuaderno particional, no es ya interesado en la partición ni, por tanto, es preciso dirigir contra él la demanda de nulidad de la partición, lo que le diferencia del albacea-administrador de la herencia, a quien corresponde representarla en juicio.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo Figuerola, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de El Ferrol, conforme a las siguientes consideraciones:

Fundamentos de derecho

1. Son antecedentes fácticos, entre otros, del presente recurso de casación los siguientes: a) Al tiempo del fallecimiento de doña E. M. O., en 8 de octubre de 1973, en estado de casada con don E. M. M., la sobrevivieron cinco hijos llamados E., L., A., G. y M.; b) dicha señora había otorgado testamento abierto el 2 de agosto de 1973, en el que prohibió la intervención judicial en su testamentaria y nombró contadores solidarios a don Juan y don Luis M. V. por un plazo de tres años para cumplir su misión desde que se les notifique; c) en 21 de agosto de 1982, el viudo, don E. M. M., y el contador-partidor don L. M. V. comparecieron ante el Notario de Puente deume para exponer que habían practicado de común acuerdo la división del caudal relicto de la nombrada doña E. y liquidación de la

sociedad conyugal, quedando protocolizado el cuaderno particional con el número 1.785 de 1982, y *d*) en la precitada fecha y ante el mismo Notario compareció el señor M. M. para protocolizar la partida de sus bienes en vida, efectuada con arreglo al testamento otorgado el 12 de agosto de 1982, que quedó protocolizada con el número 1.786 de 1982.

2. Doña M. M. M. promovió en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de El Ferrol juicio declarativo de menor cuantía contra sus hermanos E., L., A. y G., en solicitud de que se declarasen inexistentes y nulas, sin efecto ni valor alguno, la referida partición de la herencia de doña E., así como la liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales de ésta y su esposo don Enrique, e igualmente nulas sin efecto alguno en Derecho las operaciones particionales llevadas a cabo por el propio causante don Enrique, condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones. El Juzgado, por Sentencia de 1 de febrero de 1986 y con desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo alegada, estimó íntegramente la demanda, siendo confirmada dicha resolución por la dictada en 30 de marzo de 1987 por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, y contra esta segunda sentencia se interpone el recurso de casación, a través de cinco motivos formulados a tenor de los números 4.º y 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. El estudio de los motivos del recurso debe iniciarse por el primero de ellos, al hacer referencia a la excepción de defectuosa legitimación pasiva o de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandado el contador-partidor don L. M. V., motivo que se ampara en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, como «infracción de ley por violación de la doctrina legal contenida, entre otras, en las Sentencias de 29 de febrero de 1980, 17 de junio de 1981, 8 y 17 de julio y 8 de diciembre de 1982, 3 de diciembre de 1984 y 8 de junio de 1985, con arreglo a la cual, si bien el actor es libre de traer al proceso a las personas individuales o jurídicas que tenga por conveniente, ello no le releva de convocar a aquellas otras que tengan un legítimo interés en impugnarlas y puedan ser afectadas por el fallo a dictar. Es obvio que las funciones propias del contador-partidor se agotan con la práctica de las operaciones particionales y su correspondiente protocolización, en cuyo momento y de cara al futuro se extingue el «interés legítimo» que le vinculaba a la partición, siendo reemplazado por el asumido por los herederos, en su cualidad de sucesores en los derechos y obligaciones del causante, artículo 661 del Código Civil, y de aquí, que el contador, con independencia de las declaraciones de voluntad exteriorizadas en escritura notarial de protocolización, no tendría que ser llamado al procedimiento impugnatorio de la partición por él efectuada. La doctrina mantenida por esta Sala es coincidente con lo acabado de decir, mereciendo destacarse la Sentencia de 20 de octubre de 1952, citada expresamente en la de primer grado, según la cual «al contador partidor, una vez terminada su misión de dividir la herencia y protocolizado el cuaderno particional, no se le puede asignar el concepto de interesado *estricto sensu* en la partición, que afecta exclusivamente a los herederos, ni, por tanto y en términos generales, es preciso dirigir contra él la demanda de nulidad de la partición que ha realizado —Sentencias, por analogía, de 4 de julio de 1892, 6 de diciembre de 1895 y 24 de abril de 1907—, salvo supuestos excepcionales, como los contemplados en Sentencias de 5 de noviembre de 1918 y 18 de abril de 1928, en que al contador se le pedía indemnización de daños y perjuicios por su actuación maliciosa o aquellos otros en que por ser a la vez albacea-administrador de la herencia, le correspondía representarla en juicio». En atención a lo expuesto y dado que no concurre ningún caso de excepciona-

lidad semejante a los descritos, resulta evidente que no cabe apreciar violación de la doctrina invocada en el motivo, lo que determina su perecimiento.

4. El segundo de los motivos se acoge al ordinal 4.º del artículo 1.692 para denunciar «error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación del 1.218, párrafos 1.º y 2.º del Código Civil». La argumentación del recurrente gira en torno a que la sentencia recurrida hace suyos los razonamientos contenidos en el considerando tercero de la de primera instancia y establece la conclusión de que un análisis conjunto y racional de la prueba practicada lleva a la conclusión de que el que practicó las operaciones particionales fue el cónyuge viudo don E. M. M., utilizando la colaboración del Perito Agrícola don J. M. P., si bien estas apreciaciones de la Sala sentenciadora, en opinión del recurrente, no se obtuvieron a través del análisis conjunto de la prueba, sino que tan sólo se han utilizado las declaraciones testificales de los señores M. V. y M. P., que no han sido interpretadas de modo racional. La incardinación del motivo en el ordinal 4.º no se corresponde con la reforma llevada a cabo por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, puesto que los errores de derecho deben encauzarse por el 5.º, y lo que es más importante, a lo largo del desarrollo del motivo se hace, en realidad, un estudio de las declaraciones testificales de los mencionados señores, con la consecuente valoración de las mismas, contraponiéndole a la practicada por el Tribunal *a quo*, lo cual no es admisible, pues con independencia de estar utilizándose una vía inadecuada como es la relativa al error de derecho, no cabe olvidar la constante doctrina mantenida por esta Sala acerca de que «los artículos 1.248 del Código Civil y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no son aptos para apoyar el recurso de casación, al no contener normas valorativas de prueba alguna, de obligada observancia, sino de simple carácter admonitivo, por lo que la apreciación de este medio de prueba es facultad discrecional de los Tribunales de instancia, además de que las reglas de la sana crítica son simples máximas de experiencia que no han sido codificadas» (Sentencias de 1 de diciembre de 1982, 26 de septiembre, 31 de octubre y 22 de diciembre de 1983 y 17 de febrero y 7 de junio de 1984). Así pues, partiendo del resultado probatorio reflejado en las sentencias de instancia, es evidente que la realidad de la falta de intervención del contador en la confección del cuaderno particional ha de prevalecer sobre sus propias manifestaciones que aparecen en la escritura de protocolización número 1.785 de 1982, las que, por la razón indicada, han de estimarse viciadas de manera sustancial, quedando invalidadas en los términos expuestos en el primer considerando de la sentencia recurrida, y de aquí la imposibilidad de apreciar violación alguna del artículo 1.218 del Código Civil, a los fines pretendidos en el motivo examinado, lo que origina su claudicación.

5. El tercero de los motivos se refugia en el ordinal 5.º para invocar «infracción de ley por interpretación errónea del artículo 1.057, párrafo primero, en relación con el 1.056, ambos del Código Civil», centrándose el razonamiento del recurrente en que no precisando la actuación de los contadores-partidores, del consentimiento de los herederos mayores de edad, para formalizar la partición, «esta errónea creencia que se hubiera podido alimentar por el contador-partidor designado por doña E. M. O. no constituye causa suficiente para decretar, como lo hace la sentencia recurrida, la nulidad de la escritura pública particional de los bienes de aquélla». Si bien es cierto que el párrafo primero del precitado artículo 1.057 no condiciona la validez de la partición hecha por contador al consentimiento de los herederos, no lo es menos que la causa determinante de la inexistencia y nulidad declarados en las sentencias del Juzgado y de la Audiencia radicó, esencialmente, en el resultado probatorio del que se hizo mención:

falta de intervención del contador en la confección de las operaciones particionales, bastando para comprenderlo así la lectura de sus respectivos considerandos tercero y primero, a cuya circunstancia se adicionó, en el correspondiente al de la Audiencia, la relativa a la «creencia, que resultó errónea, de que todos los herederos e interesados estaban conformes con el contenido de las mismas», pero si ello pudo representar la razón última que impulsó al contador a firmar las operaciones, no obsta para la concurrencia de aquella omisión trascendente, hasta el punto de que la interpretación más amplia que cupiera conceder al texto del primer párrafo del repetido 1.057, nunca permitiría prescindir de la intervención directa y material de la persona encomendada por el testador para hacer la partición. Lo expuesto lleva a concluir que al no poder imputarse al Tribunal *a quo* la interpretación errónea denunciada en el motivo, éste ha de decaer.

6. La inviabilidad de los motivos segundo y tercero lleva consigo, ineludiblemente, la de los dos últimos formulados, 4.º y 5.º, que amparados también en el ordinal 5.º del repetido artículo 1.692, se fundamentan en «violación de la doctrina legal contenida en las Sentencias de 5 de noviembre de 1955, 30 de abril de 1958 y 17 y 18 de enero de 1985, entre otras, inspiradas en el principio del *favor partitionis* con arreglo al cual hay que considerar o presumir válida toda partición mientras no se demuestre una causa de nulidad» y en «infracción de ley por violación de los artículos 1.056, párrafo primero, 1.074 y 1075 del Código Civil». El rechazo de estos motivos deviene de la absoluta inaplicación al caso de autos de la doctrina legal y preceptos en que se articulan, en cuanto que las nulidades de la liquidación de la sociedad de gananciales y operaciones particionales que se declaran en la sentencia recurrida no tuvieron presupuesto determinante en ningún perjuicio legítimo o lesión sufrida en el valor adjudicatario, sino únicamente en la ausencia de intervención del contador testamentario al respecto, que produjo, por causa de nulidad radical, la inexistencia legal de aquéllas, por lo que se impone la meritada inviabilidad, sin necesidad de mayores razonamientos.

COMENTARIO

Parece demasiado tajante afirmar que la partición efectuada sin la intervención del contador-partidor es radicalmente nula. Estimo que requiere ciertas matizaciones. Se trata de determinar, en primer lugar, si el contador-partidor debe necesariamente practicar por sí, personalmente la partición, o si puede encomendar esta tarea a una persona perita en tales menesteres (v. gr.: al mismo Notario, a un Abogado, a un Perito cuyos conocimientos guarden relación con los bienes que integran la herencia o, al menos, con los más importantes). A falta de un precepto que exija esa actuación personal, nada impide al contador-partidor valerse de personas idóneas, cuya labor debe luego hacer suya y aprobar, firmando al efecto el correspondiente cuaderno particional. Dando un paso más, estimo que nada se opone a que en el mismo cuaderno se manifieste que en la partición efectuada por el contador-partidor ha sido éste auxiliado, por sus conocimientos técnicos, por los peritos o profesionales que sea, antes bien, ello es una garantía de que las valoraciones y formación de los lotes son correctas o se han apreciado debidamente las cuestiones jurídicas implicadas en la partición (v. gr.: consideración privativa o ganancial de los bienes, colación). Y si esto es así, no parece haber suficiente razón para considerar radicalmente nula la partición, sino, en todo caso, anulable, pues el contador-partidor puede hacer suyo

lo efectuado por el técnico, con superiores conocimientos a los que él tiene y, previas las explicaciones oportunas, firmar el cuaderno particional y protocolizarlo notarialmente.

En el presente caso, el contador-partidor firmó, al parecer, la partición «en barbecho», creyendo que todos los herederos estaban conformes en la practicada por el padre viudo y un Perito Agrícola, sin haber tenido ninguna intervención material y directa en la misma.

El que no precisa el contador-partidor realizar por sí materialmente la partición se demuestra por los numerosos casos en que la partición se realiza conforme al dictamen emitido por un profesional, solicitado por el propio contador-partidor. Esta solicitud ya implica, de por sí, una intervención material y directa en el proceso particional.

La falta de representación del contador-partidor que, al propio tiempo, no sea albacea, la diferencia de éste. En efecto, la representación de la herencia, sea cualquiera la situación en que se encuentre, no corresponde nunca al contador-partidor, que tiene una misión específica y determinada, como demuestra el Código al referirse a «la simple facultad de hacer la partición», expresión reveladora si se la compara con las atribuciones del albacea conforme a los artículos 901 y 902 del CC.

LEGITIMA CATALANA. ACCION DE RECLAMACION. DIFERENCIA CON LA ACCION DE COMPLEMENTO (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1989).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 6 de dicha capital, conforme a los siguientes fundamentos:

Fundamentos de derecho

1. Como antecedentes de hecho del presente litigio conviene fijar los siguientes: Don Francisco B. B., de regionalidad civil catalana, padre de los litigantes, murió el 11 de enero de 1968, con testamento otorgado el 18 de junio de 1940 en el que instituyó heredera a su esposa, Mercedes S. S., legando a su hijo Enrique B. S. y «los demás que deje» la legítima que por derecho les corresponde. La esposa falleció en Barcelona el 21 de febrero de 1979, habiendo otorgado testamento abierto el día 12 del mismo mes y año, en el que instituyó heredera universal a su hija, la demandada y recurrente doña Mercedes B. S., y entre otras disposiciones legó «a su hijo don Enrique B. S. lo que por legítima le corresponde y le ordenó que colacione, siendo computado a cuenta de su legítima, todos los bienes de los que le ha hecho donación en vida; y para el supuesto de que con tal colación no quedase cubierto el importe de dicha legítima le lega por vía de complemento de legítima lo que faltare para cubrir la misma». En cumplimiento de la voluntad de don Enrique, se otorgó la escritura de manifestación, aceptación y adjudicación de herencia por doña Mercedes, de fecha 27 de febrero de 1968, adicionada con otra de 5 de marzo de 1971. Con fecha 12 de abril de 1983 presentó demanda el actor con los pedimentos que literalmente se recogen en los antecedentes de hecho, de los que conviene resaltar que pide la declaración

de su carácter de legítimo, y que la heredera de la madre, su hermana, le pague las legítimas, cuyo importe concretó definitivamente en cuatro millones seiscientos treinta y ocho mil novecientas veinticuatro pesetas, por ambas legítimas paterna, 1.317.947 pesetas, y materna, 3.320.977 pesetas, al que solicitó que se añadieran los intereses parciales desde la fecha de fallecimiento de cada uno de los causantes. Solicitó también la declaración de nulidad de unas ventas hechas a favor de la hija por la madre, y que en caso de tenerse por donaciones se declararan inoficiosas. La Sentencia desestimatoria de Primera Instancia fue revocada en Segunda, en la que dando lugar en parte a la demanda se acordó, entre otros pronunciamientos, la nulidad de la escritura pública de 8 de junio de 1978 de venta del inmueble de la calle Arco Iris, 53, de Barcelona, otorgada entre madre e hija, la nulidad de la inscripción correspondiente en el Registro de la Propiedad, la nulidad de la puesta a nombre de la hija de valores mobiliarios y condenando a que por legítimas paterna y materna se le paguen al actor las cantidades que en fase de ejecución se determinen, con el 6 por 100 de intereses desde las fechas de los respectivos fallecimientos. Recurrída en casación por diversos motivos que a continuación se analizan.

2. El motivo primero, fundado en el número 5 del artículo 1.692 de la LEC, denuncia la infracción del artículo 359 de la citada Ley, que establece el deber de congruencia de las sentencias con las pretensiones aducidas por las partes. La recurrente estima que no es congruente la sentencia que establece la nulidad de la compraventa y no decide sobre la petición de inoficiosidad de la donación pedida para «en su caso» en la demanda. El motivo no puede prosperar porque la declaración de nulidad de la compraventa comporta que su importe ha de computarse para calcular la legítima, que en Cataluña es un cuarto del *relictum* más el *donatum*, y si la venta fue nula formará parte del *relictum* y con ello se tendrá en cuenta para calcular el derecho de crédito que la legítima catalana constituye a favor del legítimo que tiene carácter de legatario. La no decisión sobre la inoficiosidad de la donación comporta que el Juez no ha dado lugar a la petición de tener la venta por donación, ni por ello entra en definir si es o no oficiosa y, por tanto, al ser desestimada no se ha producido incongruencia, pero, además, no se alcanza a intuir el interés que puede tener la declaración de inoficiosidad que en nada alteraría los derechos del legítimo. Con evidente incorrección procesal, añade el propio motivo unas consideraciones sobre la naturaleza de la acción ejercitada y su incidencia en la determinación de los intereses, que deben ser tratadas junto con el motivo cuarto del recurso.

3. El motivo segundo, al amparo del número 5 del artículo 1.692, denuncia la infracción del artículo 1.214 del Código Civil, conforme al cual la prueba de las obligaciones incumbe al que reclama su cumplimiento. El razonamiento no resiste el análisis, porque en autos no se ha violado el principio sobre la carga de la prueba, sino que en el ejercicio de la actividad de apreciación y valoración la Sala ha obtenido su convicción y formado su criterio y si éste no coincide con el de la recurrente no por ello se infringe el artículo 1.214, como ha dicho en multitud de Sentencias esta Sala. El 1.214, por su carácter genérico relativo a la carga de la prueba, no permite el éxito de un recurso de casación más que en el supuesto en que la Sala *a quo* haya invertido en su fallo el principio del *onus probandi*, pero no en aquellos otros en los que lo realmente pretendido consiste en combatir la valoración de la misma por el Tribunal, sustituyéndolo por el criterio particular del recurrente (STS de 29 de abril de 1956, 21 de diciembre de 1965, 19 de junio de 1981, 14 de junio de 1983 y 4 de mayo de 1988).

4. El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692, número 4, de la LEC,

denuncia infracción del artículo 1.218, lo que por sí solo entraña grave confusión del cauce adecuado para impugnar una sentencia por violación de un precepto de ley, lo que debería efectuarse por la vía del número 5. En cualquier caso, el abigarrado y diverso contenido del texto del motivo pudiera pretender que se case la sentencia por error en la apreciación de la prueba resultante de documentos obrantes en autos, entre los que cita el inventario de bienes y la manifestación y aceptación de la herencia hecha por la madre, pero del contenido de tales documentos no es posible deducir las interesadas afirmaciones de parte, como, por ejemplo, que la venta del inmueble de la calle Arco Iris sea válida, porque dado el carácter unilateral de las escrituras, otorgadas exclusivamente por la heredera, no permiten afirmar que den fe de su contenido. En consecuencia, procede desestimar el motivo en el que se habla incluso de la prescripción de la acción ejercitada, dando por supuesto que es una acción de impugnación de una partición, cuando la ejercitada es en defensa de la legítima, cuyo plazo de prescripción es de treinta años, y no el de cuatro, relativo a una partición que en el caso de autos es inexistente, puesto que nada hay que partir cuando la heredera es única.

4. El motivo cuarto del recurso denuncia la infracción de los artículos 136 y 139 de la Compilación Catalana. Para la recurrente la acción ejercitada es de suplemento de legítima y, por tanto, los intereses se devengan desde la reclamación judicial y no desde la fecha de la muerte de los causantes. Ese es ciertamente el criterio del legislador pero la acción ejercitada no es de suplemento de legítima, sino de reclamación de la condición de legitimario y de pago de la misma. Para que se estuviera en acción de suplemento sería preciso que el legitimario hubiera recibido del causante, en vida, donaciones a cuenta de la legítima y en autos no se han demostrado. No tienen tal carácter las donaciones que aun siendo imputables no se recibieron como anticipo de legítima. La legítima en Cataluña la constituye la cuarta parte de los bienes dejados por el *de cujus*. Para conocer la masa de los bienes han de determinarse los bienes líquidos relictos y las donaciones, por ello, sin prejuzgar sobre la validez o invalidez de las liberalidades computables, hay que inventariarlas y traerlas a colación. Se suceden dos operaciones, una la computación o formación de la masa hipotética, y otra la atribución de la porción que corresponde al legitimario a quien se le imputa lo ya recibido por donación. Pero esto después de calcular el importe del crédito y al momento del pago. Por esto la acción que se ejercita cuando no se ha recibido nada en concepto de anticipo de legítima es la acción de reclamación, no la de complemento.

TESTAMENTO. NULIDAD. DESHEREDACION. REPUDIACION DE LA HERENCIA. Artículos 756, 848, 850 a 853, 988 a 991, 997 y 999 del Código Civil (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por ambas partes litigantes contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián con la aclaración, modificando su pronunciamiento quinto, en el sentido de atribuir carácter ganancial a determinados bienes, conforme a los siguientes fundamentos.

Fundamentos de derecho

1. Antes de entrar en el examen de los recursos, y como cuestión aparte, no puede silenciarse el comportamiento del Letrado firmante del escrito formalizando el recurso de casación interpuesto por don Miguel C. L., el que al acusar de incongruente la recurrida sentencia en el primero de los motivos se afirma: «La sentencia recurrida al confirmar la de primera instancia sin más matices, viene a aceptar lo que la misma dice en las primeras líneas de su fallo: Que admitiendo parcialmente la demanda...» «En la sentencia lo que procede es la estimación o desestimación (total o parcial) de la demanda, no su admisión». «La incongruencia no puede ser más evidente, e intolerable que un Magistrado-Juez de Primera Instancia, y de ciudad tan notable como San Sebastián, diga, estar admitiendo una demanda cuando dicta sentencia sobre ella»; y si bien es cierto que no resulta muy *ortodoxa* «el admitir» en lugar de «estimar», la cuestión no debe llegar a más, pues dicha recriminación, amparada en un escrito procesal, falta al respeto que le es debido a los Juzgados y Tribunales prevista en el artículo 433 de la Ley procesal civil; dígase al Letrado don Hilario S. B. que en lo sucesivo cuide en los escritos procesales guardar el respeto debido a los Tribunales.

2. En el recurso del actor, amparado en la causa tercera del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los motivos primero y segundo denuncian la infracción del artículo 359 de dicha Ley, aquel en cuanto la sentencia decide sin la debida separación dos puntos litigiosos incluso las reconvencciones articuladas por los demandados y excepciones procesales; y en el segundo, al mezclarse de manera informe en el fallo de la sentencia el tema de la validez del testamento en su integridad y el de la nulidad de la cláusula de desheredación que solicitaban las peticiones reconvenzionales del suplico de las contestaciones de los hermanos C. L. y la esposa de uno de éstos; se advierte por el recurrente en el primero de estos motivos que la fundamentación no se hará de una manera total, dejando para los dos siguientes la exposición detallada, dedicando el motivo a plantear como cuestiones de incongruencia el que la sentencia de primera instancia, aceptado por la de apelación utilice el concepto de «admisión parcial de la demanda» cuando debió decir «estimación o desestimación (total o parcial)», así como que se hable de estimar «parcialmente» la demanda cuando se está acogiendo totalmente los pedimentos de la misma; respecto al primer argumento que cabe calificar baladí, es lo cierto que aunque quizá más *ortodoxo* el término «estimar», lo que no cabe entender pueda dar lugar a la incongruencia, pues en verdad el fallo resulta claro y preciso sin poder decir que dicho término o vocablo induzca a la confusión; la sentencia podrá ser ejecutada, en este aspecto en su día, sin la menor dificultad, que es, en definitiva, la última razón del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, por tanto, no resulta infringido; igualmente ha de decaer el segundo de los argumentos, puesto que la sentencia de primera instancia, confirmada, salvo en un particular, por la de apelación, no admite la totalidad o integridad de cada una de las peticiones y así respecto a la validez del testamento otorgado por don Gabriel C. V., declara su validez a excepción de su cláusula 4 D-E, relativa a la desheredación de los hermanos C. L., que justifica esa parcial estimación; por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

3. El motivo tercero, con el mismo amparo que los anteriores, denuncia la infracción del artículo 523, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que según la normativa vigente resulta preceptiva la imposición de costas en los términos prescritos en el invocado precepto, si como en el caso de autos son

varios los puntos litigiosos objeto de debate que han de ser resueltos con separación (art. 359) también la imposición de costas debiera existir y producirse en esa forma separada o distinta, para los de la demanda de un lado y de otra parte para cada una de las reconvenções; en este orden es de tener en cuenta que respecto a la propia y explícita reconvenção (art. 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) así calificada por el propio actor y demandado en dicha reconvenção, desestimada en primera instancia al no ser recurrida por la parte a la que afectaba quedó firme y fuera del ámbito jurisdiccional del Tribunal de Apelación y si en efecto no se hace por el de instancia una específica declaración sobre las costas causadas en la misma, dicho posible defecto quedó subsanado al declarar la recurrida sentencia que «si bien es cierto que se desestima íntegramente la reconvenção formulada por doña S. L. P., no lo es menos que tal desestimación no determina necesariamente la condena en costas, ni aun en ese aspecto parcial, ya que la misma norma legal citada (art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) permite al Juzgador eludir tal imposición en atención a circunstancias excepcionales que, en opinión de esta Sala, concurren en este caso, dada la complejidad y aun la relativa confusión de las cuestiones planteadas en el litigio»; y si tenemos en cuenta que concurriendo con ésta existen las denominadas por el actor «implicitas» provocadas por doña María Dolores y por don Gabriel C. L., solicitando que de declararse la validez del testamento no lo sea la de su cláusula *d*) referente a la desheredación que debiere ser nula, es lo cierto que al ser estimados y, en su caso, se les reconociera esa propia sustantividad de toda reconvenção, sería el recurrente como demandado reconvenicional el que sería condenado al pago de las costas de tales reconvenções por lo que en verdad carece de sentido tal argumento en cuanto a esta segunda parte de la cuestión se refiere, independientemente de que no se trate propiamente de una voluntad clara de reconvenir y una súplica que, proponiendo una cuestión nueva, exige una especial declaración, cuando cabe embeberla en la propia declaración en cuanto al pedimento de la demanda sobre la validez del testamento; por todo ello no cabe entender se infrinja el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que estimada en parte la demanda, justificada aquella existencia de circunstancias justificativas de la no imposición de las costas en reconvenção, así como la estimación parcial de la apelación (sobre concepto ganancial de los bienes a los que se refiere la compraventa) el acuerdo de no hacer imposición de costas causadas en ambas instancias es conforme a derecho, por lo que procede la desestimación del motivo.

4. También bajo el mismo amparo de sus anteriores, el motivo cuarto denuncia la infracción del aforismo *ne procedat index ex officio*, que define el principio dispositivo que impera en nuestro procedimiento civil (art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), afirmándose que la pertinencia de este motivo radica en que la sentencia recurrida, la de apelación, en la última parte de su fundamento de derecho cuarto entra a resolver sobre la validez de la renuncia a la herencia de los hijos demandados (don Gabriel y doña María Dolores C. L.) sin estar planteado por los mismos, dicho tema en ninguna de sus contestaciones; pero no tiene en cuenta el recurrente, no obstante reconocer en el motivo que «mantuvo que carecían de derecho o acción», para suscitar la nulidad de la cláusula testamentaria de desheredación, que ante tal alegación se ve el Juzgador de apelación obligado a cuestionar el valor y el cauce de tal renuncia, y tras su análisis llegar a la conclusión de haberse rechazado en función de su idea de que no eran herederos de su progenitor por haber incumplido unas condiciones, incumplimiento que determinaba su desheredación de acuerdo con la cláusula

cuya validez ahora impugnan para de acuerdo con lo establecido en el artículo 991 del Código Civil, al no reconocerles esa certeza determinar su legitimación, luego si estudiaba a esos solos efectos y sin reflejo directo en el fallo, no es de entender que el Juzgador incurriere en la infracción de dicho principio de derecho, cuyo sentido y alcance es muy otro, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

5. El motivo octavo al ampararse, igual que los anteriores, en la causa tercera del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aconseja alterar el orden numérico y examinarlo con preferencia a sus tres anteriores; denuncia «el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, con infracción concreta y específica del párrafo segundo, inciso primero, del artículo 306 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»: «Transcurrido un plazo procesal se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate»; se afirma que la pertinencia del motivo resulta de que una vez concedido en comparecencia de 27 de febrero de 1986 el plazo legal de diez días a los demandados para que concreten si plantean o no reconvencción, a lo que contestaron por medio de escrito, no era admisible la nueva concesión de otro plazo de diez días, a los mismos efectos; solicitada la nulidad recayó auto denegatorio, repitiéndose la petición en la segunda instancia; es de tener en cuenta en primer lugar, cual afirma la recurrida sentencia, que al no ser en su día recurrida ha de considerarse subsanada, pues lo que no cabe es el entender que contra ello quepa el recurso de casación; y en segundo lugar cabe argüir que aparte esa petición de nulidad y reproducción en segunda instancia cual requiere el artículo 1.693, conforme al apartado tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, han de producir indefensión para la parte, y como el vicio denunciado, en forma alguna produce tal indefensión para el recurrente que no ve limitado derecho alguno relativo a su defensa, el motivo ha de ser desestimado.

6. El quinto de los motivos, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, está íntimamente ligado al cuarto ya examinado, pues en él se denuncia la infracción por aplicación indebida de los artículos 988, 990, 999 y 997 del Código Civil, cuya pertinencia radica, según se dice «en que no habiéndose suscitado cuestión o punto litigioso sobre la repudiación o renuncia de la herencia, por los que la hicieron, y resultan ahora perjudicados por ella, carecen de aplicación en este asunto los referidos preceptos»; el examen del motivo no significaría sino volver a lo expuesto en dicho motivo cuarto, y como la conclusión a la que se llegó en aquél sería la propia de éste, resulta ocioso volver sobre lo mismo; lo razonado en el motivo cuarto, es bastante para provocar la desestimación de este quinto motivo.

7. El motivo sexto amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción de la doctrina de esta Sala, en el sentido de que la reconvencción tiene sustantividad propia; y por ende no es admisible su articulación con carácter alternativo y subsidiario de la estimación o desestimación de la demanda principal; cabe también relacionarlo con el motivo tercero, ya examinado; en este orden, parece procedente insistir en que, en relación a la de doña S. L. P., quedó fuera del ámbito de la jurisdicción del Tribunal de apelación; respecto a las formuladas por don Gabriel C. L. y su esposa doña María Milagros A. L., si bien es cierto que toda pretensión que no se reduzca a pedir o solicitar la absolución de la demanda constituye una verdadera reconvencción, no ha de dársele este valor absoluto cuando en verdad no hay un ánimo o voluntad de reconvenir, sino de meramente morigerar, o modificar

determinada súplica o petición que no supone una incompatibilidad de acciones, hasta el punto, cual ocurre en el caso de autos, en el que ya es el propio recurrente el que denomina a estas reconvencciones como implícitas, no se manifiestan, sino en el suplico de la contestación, sin acudir en su planteamiento al formalismo propio tal como la contempla el artículo 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el 540 de la propia Ley, porque en verdad no se trata del ejercicio de una acción propia que se dirige contra la misma persona que promovió el pleito, que no cabe entender cuando es en el propio suplico de la contestación se presenta como alternativa a la estimación total de un concreto pedido, lo que no ha de significar, como no significa, sino una estimación parcial del mismo y de ahí que quepa admitir esa alternativa y entender que de haberse estimado la pretensión sobre la validez del testamento en su integridad habría de suponer la desestimación de esa otra pretensión, sobre estimación parcial, sin necesidad de una declaración expresa en la parte dispositiva de la sentencia, en este sentido, al entenderlo así el Juzgador no ha infringido aquella doctrina, puesto que no estamos en ninguna situación semejante a la contemplada en las sentencias que se citan, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

8. El motivo séptimo, amparado en la causa quinta del artículo 1.642 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la «violación conjunta de la doctrina legal reiterada de esta digna Sala sobre el litisconsorcio pasivo necesario, su imperatividad y contenido, así como lo preceptuado por el artículo 850 del Código Civil; se relaciona con el planteamiento en reconvencción de la desheredación, al no llamarse al litigio como partes en dicha cuestión concreta a todos los herederos, puesto que no sólo son los hijos del testador, sino también la esposa doña S. L. P., a la que deja el tercio de libre disposición de su herencia, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria; con su referencia al artículo 850 del Código Civil, parece referirlo a la falta de traslado de las reconvencciones que se vienen calificando de «implícitas» a la expresa viuda del testador para deducir que al no ser posible dicho traslado ello aparea el que debiera haber sido objeto de una acción aparte; todo ello ha quedado suficientemente claro en el ponderado razonamiento de la recurrida sentencia, conforme al cual «dicha cuestión no es de apreciar no sólo porque en el litigio están presentes todos los herederos del citado señor (se refiere al testador), sino además porque dada la coincidencia existente en las posiciones de todos ellos, con excepción del actor, demandado reconvenccional, es evidente que tales pretensiones coincidentes no tenían por qué dirigirse contra los que, aun con distinta defensa en la primera instancia y siempre con la misma representación procesal, mantienen igual postura, siendo además de advertir que la pretensión aceptada en la sentencia de primera instancia, de nulidad de una cláusula de desheredación, no afecta a la demandada doña S. L. y sí solo a los reconvinentes y al reconvenido»; a estos efectos, y como apoyo a lo expresado, es de traer a colación lo alegado como fundamento de derecho en la contestación a la demanda de doña S. L. P. en relación al testamento de su difunto esposo, al calificar de sospechoso que no se cite (se refiere a la demanda) un solo fundamento de derecho en relación con la petición primera A) del suplico de la demanda, «Suponemos que pretenden que al declarar la validez y plena eficacia jurídica del testamento, pueda deducirse que la desheredación que contiene su cláusula d) vaya incluida en esa validez solicitada, como que no tiene trascendencia. Por lo que esta petición de validez y plena eficacia jurídica, sin más matizaciones sobre la desheredación al menos no pueda prosperar y deba ser rechazada por no dar alternativa en el suplico»; para, por último, que basándose la nulidad de la cláusula de la desheredación en que se trata de causa

que no es de las establecidas por el legislador, no se da supuesto del artículo 850 del Código Civil determinante de la pretensión del recurrente; por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

9. El motivo noveno, último del recurso, denuncia la aplicación indebida de los artículos 848, 852 y 853 (en relación con el 756) y 851 del Código Civil; contienen dichos preceptos reglas generales sobre la desheredación y tipificación de la desheredación injusta, pues bien se dice en la sentencia de primera instancia que basta la lectura de los artículos 848, 852, 853 y 756 del Código Civil «para establecer que el motivo en el que se basa el testador no es ninguno de los que nuestro legislador establece, por lo que tal cláusula (de desheredación) deberá estimarse por no puesta; pronunciamiento que se mantiene en la sentencia de apelación, conforme a la que, «condicionada (dicha desheredación) a la aceptación y cumplimiento por éstos (los hijos desheredados) de determinados actos para incluir en la masa hereditaria bienes anteriormente transferidos a su nombre, en cuanto tal desheredación no se atiene a las causas concretas que se establecen en los artículos 852 y 853, en relación con el 756, por lo que en esa disposición testamentaria se infringe lo determinado en el artículo 848, cita como los anteriores del Código Civil y, en consecuencia, artículo 851, ha de ser declarada nula»; en ese orden dicha aplicación indebida lo sería de triunfar la labor interpretativa, meritoria a sus fines, que realiza el recurrente para llegar a ese poder «casi feudal» del testador, frente a la del Juzgador, máxime sin atacarla frontalmente y como ha de fracasar, pues ha de mantenerse la declaración que hace en la recurrida sentencia, el motivo no puede prosperar.

10. Desestimados los nueve motivos, procede declarar no haber lugar al recurso con imposición de costas a la parte recurrente conforme preceptúa el artículo 1.715 de la Ley procesal civil.

11. En el cuarto de los motivos, del recurso formalizado por los demandados don Gabriel y doña María Dolores C. L. de examen preferente al de sus anteriores por afectar a la *questio facti*, amparado en la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia error en la apreciación de la prueba «basado en los testamentos que doña S. L. P. otorgó con posterioridad al 8 de marzo de 1980», que figuran en autos; se afirma que de estos documentos, «a nuestro entender», no puede deducirse que las manifestaciones de la expresada, vertidos en el testamento de 8 de marzo de 1980 puedan tener valor probatorio alguno; aparte de que no expresarse en qué consiste el error no parece sino que lo que pretenden los recurrentes es desvelar y valorar que el ánimo de la demandada, madre de los demandados, era contraria a toda declaración de voluntad anterior a la indicada fecha, lo que no encaja ni en la letra ni en la finalidad de dicha causa de amparo, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

12. Los motivos primero y segundo, por la vía del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente denuncian la infracción del artículo 1.218 y 1.250 en relación con el 1.218, y en ambos la doctrina contenida en la Sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 1943, y sobre la base de que tanto el Juzgador de primera instancia como el de apelación se han servido de las pruebas de presunciones para constituir los hechos básicos de los que deducen la simulación absoluta, se afirma que con ello se infringen los precitados preceptos y doctrina jurisprudencial, puesto que la prueba del precio, entrega y recepción en cuanto a los demandados está demostrado y debe presumirse del propio documento, artículos 1.218 y 1.250 del Código Civil, mas frente a ello cabe argüir que el documento público no tiene un valor superior al de las demás probanzas, incluidas, claro está las de presunciones, dado el sistema de aprecia-

ción libre en el que se inspiran nuestras leyes, su alcance probatorio está en función de esa libre apreciación por el Juzgador, entonces nos encontramos ante una contrastación valorativa frente a unos hechos declarados probados precisa de la cita de los correspondientes preceptos vinculantes en cuanto a la eficacia del documento público se refiere, no sin olvidar que si los documentos públicos hacen prueba contra los contratantes en cuanto a las declaraciones en ellos vertidas; sin embargo, no es menos cierto que las mismas carecen de fe pública en cuanto a su veracidad, pudiendo ser desvirtuados por los demás medios probatorios, en este último sentido es como debe considerarse la entrega del precio, de la cosa y su recepción, sujetas, por tanto, al resultado de las pruebas que en contra se hayan practicado y que al Juzgador le toca valorar; y en este aspecto de la cuestión, al igual que en el anteriormente considerado, ambos motivos deben ser desestimados.

13. Los motivos tercero y quinto, últimos por examinar, amparados en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tratan de combatir el resultado de la prueba de presunciones a las que llega el Juzgador, mediante la denuncia de la infracción del artículo 1.249 del Código Civil en el primero de ellos y la del artículo 1.253 del propio cuerpo legal en el último; se dice respecto al primero que falta una precisión y claridad en los hechos de los que debe deducirse lo presumido, pero siendo lo cierto que conforme declara la recurrida sentencia «de acuerdo con el resultado de las pruebas practicadas, el contrato de referencia carece de uno de sus elementos esenciales cual es el precio»; razonando que ante la dificultad que plantea la prueba de simulación, en la que la prueba directa apenas puede tener lugar, por lo que necesariamente ha de recurrirse a la indirecta de las presunciones, siempre apoyadas sobre hechos básicos claramente acreditados que permiten sentar la deducción lógica correspondiente, admitiendo y aceptando todas las apreciaciones esenciales que se contienen en los fundamentos de derecho de la recurrida sentencia, debe destacarse que concurren prácticamente en su integridad, los datos que generalmente se estiman precisos para llegar a la mentada conclusión, a los que cabe añadir otros un tanto atípicos que la refuerzan; negocio que se desarrolla en el ámbito familiar más próximo; falta de necesidad de los padres de vender; conveniencia, motivo éste en el que están conformes las tres partes demandadas, de que los bienes salieran formalmente del patrimonio de los padres, al tener avaladas varias deudas del demandante; falta de acreditamiento de la entrega del precio; precio reducido en relación con el valor real de los bienes (millón quinientas mil pesetas frente a más de veintitrés millones); el que el comprador no entrara en el disfrute y posesión de los bienes; y aun añadiendo las reiteradas manifestaciones del padre, la posición de los albaceas y la prueba testifical y documental analizada en la sentencia discutida, es indudable que hay en los autos razones más que suficientes para concluir que el contrato es simulado; ante todo ello no parece quepa decir se haya infringido el artículo 1.249 del Código Civil; respecto al quinto, como el recurrente no hace sino negar la existencia de aquellos lazos fácticos tenidos en cuenta por el Juzgador, como la falta de entrega del precio, ni que sea reducido y demás, negativa que carece de todo fundamento al haber fracasado el tercero y cuarto de los motivos, por todo ello hace procedente la desestimación de dichos motivos tercero y quinto.

COLACION. SUPLEMENTO DE LEGÍTIMA EN CATALUÑA. *Artículos 1.041, 1.042 CC, 136, párrafo 2.º, 139 y 273 de la Compilación catalana* (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1989).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandante y apelante contra la Sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona que había estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por ambas partes litigantes contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Cervera.

Se discute en el pleito si el nieto, que sucede como legitimario en representación de su padre premuerto a su abuelo catalán, debe colacionar en la herencia de éste los gastos originados para dar a su padre la carrera de Derecho, conforma a la siguiente cláusula: «Lega a su nieto J. M. Ll. lo que por legítima le corresponda, imputándose a ella las cantidades y bienes donados por el testador a su hijo difunto J. M. por cualquier causa, los pagos hechos en cualquier tiempo por cuenta de éste, así como el importe de la carrera de Derecho que le costeó el testador que es su deseo expreso que se impute a cuenta de sus dichos derechos legitimarios». Y además, si estamos ante una acción de reclamación de legítima, como entiende el recurrente y apreció el Juzgado, con la consecuencia de que los intereses corren desde el fallecimiento del causante, o se trata más bien de una acción de suplemento de legítima, como estima la sentencia de la Audiencia.

El Tribunal Supremo se decide por la obligación de colacionar los gastos de carrera y por estimar que se trata de una acción de suplemento de legítima, pues ya había recibido donaciones a cuenta de ésta, conforme a los siguientes fundamentos.

Fundamentos de derecho

1. El primer motivo del recurso, amparado en la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error en la apreciación de la prueba basada en documentos obrantes en autos; se dice en el motivo, y es de tener en cuenta a los efectos de su resolución que «la sentencia apelada (entendemos recurrida) no utiliza el sistema contemplado en la doctrina de apreciación conjunta de la prueba, sino que analiza una por una las partidas que la adversa intenta deducir del *quantum* de legítima, por ello esta parte pretende en este recurso combatir las siguientes pruebas; esto es, no se trata de que el Juzgador haya cometido un error probatorio que resulte demostrado por determinado documento, sino lo que intenta el recurrente es ir combatiendo el resultado al que llegó el Juzgador respecto de cada partida a deducir del importe de la legítima para hacer prevalecer su propio criterio sobre el del Juzgador, incluso con indicación o señalamiento de documentos que fueron tenidos en cuenta en la sentencia, además de citar como infringido el artículo 1.249 del Código Civil, como si el Juzgador hubiera hecho uso de la prueba presunciones, cuando de la documental y pericial deduce directamente el resultado probatorio al que llega, y consecuentemente como la casación no es una tercera instancia, ni el número cuarto en el que se ampara el motivo autoriza a ello, ha de ser desestimado.

2. El motivo segundo, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia infracción del artículo 1.041 del Código

Civil y aunque la iniciación del razonamiento de éste se presenta con cierto confusioismo, parece que lo que pretende el recurrente es que los gastos de la carrera de Derecho que se deducen por la sentencia se equiparen a los de enseñanza de dicho precepto, ante lo que no serian colacionables, pero dada la explícita referencia que a dicha cuestión hace el artículo 1.042 de que no se traerán a colación, sino cuando el padre lo disponga, los gastos que hubiese hecho para dar a sus hijos una carrera profesional, y afirmándose en la recurrida sentencia que en la cláusula testamentaria que se recoge, referente a los gastos deducibles de la legítima lo será el importe de la carrera de Derecho que le costeó el testador, poco importa que el artículo sea interpretado más o menos ampliamente, pues siempre había que estar a dicho artículo 1.042 del Código Civil o, en su caso, al 273 de la Compilación de Cataluña, por lo que sería colacionable, por lo que al igual que su anterior, también ha de ser desestimado este segundo motivo.

3. El motivo tercero, bajo igual amparo al del su anterior, denuncia la infracción del artículo 139 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña; para el recurrente no se trata de la reclamación de suplemento de legítima como entiende la sentencia recurrida, sino de una reclamación de legítima, por lo que el pago de intereses lo ha de ser desde el fallecimiento del causante y no desde la reclamación judicial como se establece en dicha sentencia; mas siendo lo cierto que conforme el artículo 136, párrafo segundo, «si lo recibido (por los conceptos que establece en el primer párrafo) fuese inferior a la legítima correspondiente podrá el legitimario exigir el suplemento», es indudable que si como declara la sentencia la legítima supone un importe de 6.362.047 pesetas, de las que tiene recibidas, y por tanto deducibles, 2.496.296 pesetas, reclamándose, por tanto, la cantidad de 3.865.751 pesetas, estamos ante una acción de suplemento de legítima y como conforme a dicho artículo 139 de la citada Compilación, cuando de suplemento se trata, el interés devengado lo será desde que sea reclamado judicialmente, no hay infracción del citado artículo 139, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

F. C. L.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

GONZÁLEZ SALINAS, E.: *Proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales*, Edit. Civitas, 1989.

Acabo de tener una nieta, y este hecho, que humanamente lo recibo con júbilo, me produce, sin embargo, la sensación de esos anuncios que antiguamente se utilizaban en los librillos de papel de fumar: quedan cinco hojas y que hoy contienen los avisos de los depósitos de gasolina en los coches o en los talonarios de cheques. Es la luz roja que se enciende y que anuncia algo que uno no desea o, por lo menos, no quiere saber. Pero la nieta, en este caso, tiene otro significado: una y otra familia, la del padre y la de la madre, quieren sacarle parecidos y semejanzas y la verdad es que, sin parecerse a nadie provisionalmente, la discusión se concilia cediendo zonas para una parte y otras para la otra: la barbilla, la boca y las orejas para unos; los ojos, la frente, el pelo y la sonrisa para otros. Pero en el caso presente la autora de este libro —no físicamente, porque no la conozco— es igual que su padre: utiliza la misma técnica expositiva, se somete al rigor de los esquemas, y explica el contenido de su monografía con el método claro y sencillo que su padre ha manejado en todos sus múltiples trabajos. Quien a los suyos se parece, honra merece.

La verdad es que —aparte la gran amistad y el compañerismo que tengo con el padre de la autora— a ésta no la conozco más que de nombre y poco más de lo dicho puedo aportar aquí. Es Abogada del Ilustre Colegio de Madrid y de su estudio se deduce el dominio de la materia que toca y que para mi concepción privatística del Derecho resulta novedoso, aleccionador e instructivo. Los que al escribir idealizamos —aunque en la labor cotidiana descendemos al caso concreto— nos nutrimos de principios y de ideales y nos parece casi insólito que un «derecho fundamental» sea concuclado y tenga un procedimiento adecuado para su reconocimiento. Hay en esta concepción un transporte a un paraíso ideal donde los derechos —y en todo caso los fundamentales— se respetan sin necesidad de tener que acudir al procedimiento o al proceso que los protege. Claro que uno piensa en culturas superiores donde el derecho individual se empequeñece por el respeto que implica el que a los demás corresponde y en nuestro país —por ahora y durante muchos años— la incultura agranda el derecho individual por desconocer el que a los demás les puede corresponder.

No creo que haga falta especificar que el estudio sobre el procedimiento o proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales se refiere al de la igualdad (art. 14 Constitución), el derecho a la vida, a la integridad física y moral, libertad ideológica, religiosa y de culto, libertad y seguridad, honor, intimidad personal y familiar, domicilio, secreto de comunicaciones, uso de la informática, residencia, circulación libre, expresión y difusión libre de pensamientos, reunión, asociación, participación en asuntos públicos, tutela de jueces y tribunales, condenas no sancionadas, derecho a la educación, sindicarse libremente, huelga y derecho de petición. Pero si esto no hacía falta, si era preciso, como la autora hace, que esa proyección de derechos fundamentales reciba el trato jurisprudencial que los Tribunales le han otorgado. Y ahí es donde

reside el verdadero valor del estudio de la autora: en que además de sistematizar el procedimiento o el proceso de protección, vuelca sobre el texto el estudio minucioso de la jurisprudencia que avala sus opiniones

El esquema de la obra se estructura sobre ocho capítulos que van tratando sucesivamente del proceso administrativo especial, examinando su naturaleza jurídica y su regulación primaria y subsidiaria. Siguiendo los esquemas habituales a los que antes nos hemos referido destaca en el capítulo segundo lo que verdaderamente constituye el «objeto» del proceso, señalando los principios generales, los derechos que son objeto de proceso especial y aquellos que quedan excluidos del mismo, como son: la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad, el derecho de propiedad, el derecho a la libre empresa, el derecho al trabajo y el del ejercicio profesional. La autora se limita a recoger sintéticamente los pronunciamientos de la jurisprudencia en estos casos

En el capítulo tercero se exponen los posibles recursos previos en la vía administrativa en forma ordinaria y potestativa, para luego ya entrar en los requisitos procesales de carácter previo, subjetivos, objetivos y de actividad, para seguir con las medidas cautelares, la suspensión de la ejecución del acto y su procedimiento, el recurso de apelación y los efectos del proceso.

Esta especie de esquema expuesto tiene simplemente por objeto dar al lector la linterna que le guíe en el contenido de la obra, pues sería prolijo profundizar en cada una de las etapas del proceso y tener que reproducir ese continuo estudio jurisprudencial de carácter casuístico que la autora maneja para su estructura expositiva. Con ello quizá burlemos las esperanzas de aquellos que confiaban en que aquí se hiciera una especie de fichas comprimidas de cada uno de los temas tratados, pero creo que ese intento no puede resultar eficaz, ya que sólo leyendo la parte sustancial de la jurisprudencia (Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo) se puede llegar a penetrar en la esencia de la doctrina que la autora expone magistralmente sistematizada.

Creo que el libro o el estudio monográfico es un gran elemento auxiliar en general y particularmente para el profesional del Derecho, pues cada vez se nota en forma notoria la falta de respeto a esos derechos que enunciados por la Constitución tal y como se «parieron», están necesitados de ropaje de etiqueta y no de ropas convencionales que den más imagen que garantía al pueblo. Espero que esta aportación sirva para ello.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

SACCÀ, ENRICO: *Impresa individuale e societaria illecita*, Giuffrè, Milano, 1988.

El tema que enuncia la obra tiene, desde diversos ángulos, antecedentes de relativa antigüedad; en Italia desde el Código de Comercio de 1882. En su estudio ha prevalecido en bastantes ocasiones más lo pasional o lo sentimental que la lógica jurídica y el interés social, sobre todo en la esfera de la empresa individual. Títulos como el de Bolaffio *Il bordelliere non è commerciante* o estudios como los de Ghidino sobre contrabando y agiotaje de 1937, o los de los años ochenta de Turone, Spagnolo, Arlacchi o Centurrini sobre la mafia acentuaron tanto la confusión como la atención sobre estas materias. Saccà trata de clarificarlas en una obra de muy grata lectura y para ello subdivide el mundo empresarial en el de las individualidades, el de las sociedades de capitales y el de las personalistas.

Para el análisis de la empresa individual efectúa una incursión por la vega de lo que sea la empresa, *vexata quaestio*, para concluir aceptando la doctrina prevalente, la de la actividad, coordinada y regular, distinta de la simple organización; en ella caben los actos neutros, los instrumentales y hasta los ilícitos, con independencia del aspecto teleológico, la finalidad u objeto. Pueden, incluso, existir empresas inmorales autorizadas por vía de tolerancia, o actividades ilícitas inobservadas. El juego, los burdeles y hasta el contrabando, en algunos supuestos en determinados períodos de fiestas o vacaciones, son ejemplos. Pero, normalmente, como finalidades, no aparecen frente al exterior como tales, aunque siempre hay alguna excepción.

Existen además empresas ejercidas o regidas por personas incompatibles por diversos motivos o a las que se ha prohibido la gestión por razón de actuaciones anteriores o resoluciones judiciales; otras carecen de licencia, autorización o concesión administrativa pero tales hechos o son desconocidos por los terceros o considerados intrascendentes. El objeto ilícito, como los casos referidos, sólo es conocido normalmente por el alto personal.

La doctrina ha efectuado sutiles distinciones entre objeto y finalidad y entre los ilícitos indirectas, simuladas y ocultas, pero también ha puesto de relieve que las fronteras entre lo lícito y lo ilícito no son siempre lo nítidas que fuera de desear.

Frente a tales empresas se han propuesto soluciones radicales, como las de Vivante, Scialoja o Mossa: la inmoral, la contraria al orden público, lleva implícita una nulidad radical, una absoluta inexistencia pero tal conclusión choca con la mayor parte de la doctrina, Folco, La Lumia, Rocco, Andrioli, para sólo citar unos nombres. Su aplicación no sólo podría originar graves trastornos sociales y económicos, sino también en ciertas legislaciones, como la italiana anterior al Código de 1942, supondría un trato de favor a malhechores frente a comerciantes honestos, en especial en el caso de bancarrota.

Nuestro autor cita la teoría de la apariencia, que sitúa al legislador en posición de proteger a terceros, y también la de la participación, en las que la buena fe juega un papel muy importante. Más que el simple conocimiento, se considera indigna de amparo la empresa que actúa en conexión, coligamiento, interdependencia o intervención conjunta, convergente o complementaria con aquella que es notoriamente ilícita, lo que resulta más de su actividad que de otras manifestaciones. La empresa que colabora con pleno conocimiento y en una de las indicadas formas con la ilícita puede igualmente ser considerada delincuente o cómplice, para usar términos penales, aunque ciertamente no todas las ilícitas suponen sanciones dignas de pena, pues en muchas ocasiones serán civiles, administrativas o mercantiles.

La conclusión de Saccà, coincidente con la dogmática más aceptada, es la de hallarse sujetas a disolución y liquidación, sin perjuicio de las correspondientes sanciones, si proceden. Son una simple subespecie de la empresa general aunque no todas las normas —como las de competencia ilícita— les sean aplicables. La carencia de normas específicas obliga a la jurisprudencia a acentuar su función integradora.

* * *

El C.C. italiano, sobre todo después de la reforma motivada por la primera Directiva de la CEE, admite exclusivamente por lo que se refiere a sociedades capitalistas, entre otras causas de disolución, la de nulidad dimanante de objeto

ilícito o contrario al orden público. No se habla de buenas costumbres debido probablemente a influencia germana que considera las mismas ya integradas en la noción de orden público; igual vía se ha seguido en España.

Se admite —como gran generalidad— que la empresa es algo superpuesto a la sociedad que consiste, fundamentalmente, en una estructura organizativa especialmente apta para el ejercicio de la actividad empresarial. Ello es independiente de que las finalidades de la empresa sean o no de índole lucrativa y de que la sociedad no puede considerarse empresario bien debido a su especial finalidad o por no haber iniciado todavía sus actividades como ocurre con las llamadas sociedades *di cassetto*.

La norma referida, como en el caso anterior trata de contemporizar la eliminación de un elemento perturbador del mercado con la protección no sólo de los terceros, sino aun del sistema económico.

Algunos extremos merecen destacarse: la sociedad capitalista sólo existe como tal desde su registración, término de un proceso en el que la homologación, atribuida a organismos judiciales en Italia, juega un rol de considerable importancia. Como empresa —pese a importantes opiniones opuestas— sólo existe desde que inicia sus actividades. Recordemos que en España alguna jurisprudencia administrativa admitía la posibilidad de inicio de operaciones antes de la inscripción; después de la última reforma, que sitúa el verbo en futuro, parece que es posibilitaria, lo que no pasaba de ser un dislate. Pese a ello en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil, se admite la posibilidad de tal inicio después del otorgamiento de la escritura, antes del término del proceso fundacional, lo que parece no sólo improcedente, sino que excede al ámbito reglamentario.

El objeto social se identifica, normalmente, describiendo la futura actividad empresarial cuya determinación en principio muy concreta se ha relajado considerablemente y parece ser que en estos momentos bastaría con expresar que el mismo consiste en el deseo de distribuir beneficios entre los socios por cualquier procedimiento, haciendo coincidir la sociedad como forma de ejercicio colectivo de empresa como sostiene una parte de la doctrina.

Los supuestos en que el o los socios puedan tener una responsabilidad que se extienda más allá de la aportación, lo que con más o menos exactitud se denomina *ultra vires*, aunque se admite en ciertas legislaciones siguiendo el ejemplo de la italiana no parece viable; la posibilidad de admitir no sólo la existencia, sino aun la constitución de determinados tipos societarios con un solo socio hace suponer que el camino de tales normas sea el de su emplazamiento en un museo como reliquia, como lo son muchos de los controles a las aportaciones y las consiguientes homologaciones o calificaciones que constituyen, por encima de todo, restos del naufragio de las autorizaciones de mérito o gubernativas que se exigían en el siglo pasado para evitar considerables tormentas sociales.

El caso más corriente, objeto lícito, actividad ilícita, da lugar a graves responsabilidades fundamentalmente para los administradores cuya función frente a terceros apenas si tiene limitaciones. En el orden interno sí las tiene y por ello en el caso de que en forma expresa o tácita la sociedad acepte, asuma o apruebe su actuación ilícita es cuando aparece realmente la causa de disolución y liquidación, lo que es susceptible de la adecuada rectificación. Saccà sostiene que incluso durante el período de liquidación es posible efectuarlo, siempre mediando unanimidad, aplicando el principio *favor societatis*.

Nada hay legislado, como hemos dicho, en Italia sobre sociedades personalistas ilícitas, no sujetas a homologación judicial aunque sí al control del canceller encargado del Registro en relación a sus requisitos. La inscripción en forma alguna tiene carácter constitutivo.

El vacío legal lo suplen doctrina y jurisprudencia —escasa— aplicando por vía analógica soluciones no distantes de las propias de la sociedad por acciones. En el ambiente predomina el disfavor con que el derecho comparado aprecia la eliminación de una sociedad, instrumento que ejerce o puede ejercer una actividad empresarial.

A este respecto se distingue entre la que ha permanecido estática de aquella que ha iniciado ya su actuación. A aquélla puede aplicarse el clásico principio contractual del *quod factum est infectum, fieri negust* o el de *adducere inconvenientes non est solvere quaestionem*. Tal nulidad, con efectos retroactivos distinguiría relaciones externas e internas y de haber de las del primer grupo indudablemente se alegraría el principio de apariencia, aparte los esquemas del mandato, la comunidad o sociedad de hecho entre los socios, etc.

Cottino, no obstante, estima que en caso de relaciones externas, aun no empresariales, la declaración de nulidad de una sociedad equivale a asimilarla a una sociedad de hecho y Mossa conviene en ello: no es posible truncar una vida social y dar efectos retroactivos a una actuación que puede haber sido dilatada. La doctrina más extendida es la de la regular disolución y liquidación que tutela derechos de los terceros.

Respecto a las comanditarias simples Saccà estima que la responsabilidad ilimitada no debe extenderse a los comanditarios, sino en el caso de mala fe. Y ésta sólo es apreciable por la resolución judicial teniendo en cuenta el complejo de circunstancias que concurren en cada caso.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER: *Distinción entre faltas subsanables e insubsanables en la calificación registral*, tesis doctoral, dirigida por el Profesor La-cruz Berdejo, prólogo de José María Chico, Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, un tomo de 275 págs., Madrid, 1989.

El objetivo que se propuso el doctorando al preparar su tesis fue, sin duda, ambicioso. Nada menos que abordar el problema de la clasificación de las faltas de que puedan adolecer los títulos que se presentan a inscripción, intentando conseguir una perspectiva global de donde extraer criterios precisos para distinguir las subsanables de las insubsanables.

Porque la Ley Hipotecaria, en su artículo 65, como todos sabemos, se limita a señalar las consecuencias: si la falta es subsanable se concede un período de purgatorio que se puede reflejar en una caucional anotación preventiva, si es que se pide. Si es insubsanable, recaen sobre el título las penas del infierno, con denegación absoluta y sin anotaciones que valgan. Y, a seguido, dicho precepto legal carga sobre el Registrador la decisión de distinguir ambas clases, sin más apoyatura ni guía que indicarle que debe atender tanto al contenido como a las formalidades del título, en relación con los asientos del Registro. Todo ello sin proporcionarle criterio válido alguno.

Y esa distinción, ya lo hemos visto, no tiene sólo un interés teórico, sino una gran trascendencia práctica en cuanto a sus consecuencias.

Por eso hay que felicitar a nuestro compañero Francisco Javier Gómez Gáligo por la valentía con que aborda este oscuro tema, al cual trata de modo completísimo, hasta conseguir desentrañarlo, obteniendo a la vez su título de Doctor, con las máximas calificaciones, por lo que repetimos nuestra felicitación. Un Registrador más, y ya no somos pocos, que cuenta con el Doctorado.

Encabeza el libro, de modo certero y ameno como siempre, un prólogo de José María Chico en el que apostilla que las formalidades definitorias o conceptuales que se utilizaron para distinguir las faltas subsanables o insubsanables por las normas hipotecarias anteriores no lograron una aceptación pacífica por la doctrina que se perdió en disquisiciones que, a veces, hacían más oscuro el concepto y más indecisa la consecuencia jurídica de la calificación. Cree el prologuista que ante la variedad de supuestos que ofrece la vida jurídica, será preciso ir examinando la cuestión caso por caso, sin poder llegar a una teoría general que sea válida siempre.

El autor empieza la obra por los cimientos, como está mandado, es decir, estudiando la evolución histórica de la cuestión y recogiendo lo que él considera el modelo o prototipo del primer defecto insubsanable calificado por la misma norma legal, estableciendo en la célebre Pragmática por la que Carlos III creó en 1768 los Oficios de Hipotecas. La Ley Hipotecaria de 1861 aventuró una distinción entre aquellas faltas que necesariamente produjeran o no la nulidad de la obligación; su Reglamento parecía centrar el quid en que se encontrase el defecto en el meollo de la propia relación jurídica o sólo en la «cáscara» del documento donde se recogía el negocio. En el Reglamento de 1870 se incidía en la idea, al hablar de la «forma externa» del documento como portadora de una posible subsanación. Pero en el Reglamento de 1915 se aparta esa idea puramente formalista y se adopta una redacción omnicomprendensiva y más genérica que es la que ha pasado por fin al artículo 65 de la Ley vigente: el Registrador, para distinguir entre las dos posibles clases de faltas, deberá atender tanto al contenido como a las formalidades de los títulos, siempre en relación con lo que resulte de los asientos existentes.

Y aquí quiero ver a los teorizantes. Gómez Gáligo nos recoge la interminable controversia doctrinal, exponiéndonos la teoría de las formas extrínsecas, la que basa la diferenciación por su origen, según sea el contrato o documento, aquella otra que basa la distinción en los efectos sobre la validez o anulabilidad de la obligación, la teoría que se basa en si es o no posible practicar la anotación preventiva, la tesis intermedia de Poveda Murcia que distingue los diversos supuestos de faltas nacidas del título o de la obligación, según que produzcan o no su nulidad. Después recoge el autor las teorías modernas de Chico, Arnaiz y Camy. Para el profesor Lacruz Berdejo, director de la tesis, hace poco fallecido, el cambio de formulación del artículo 65 de la Ley supone renunciar a una fórmula legal abstracta y conceder un amplio margen al arbitrio del Registrador para la calificación concreta y casuística de las faltas. En todo caso, dice, la distinción radica en si el defecto es susceptible de remoción sin que tal enmienda suponga replantear la rogación o cambiar el título durante la vigencia del asiento, para en un caso suspender y en otro denegar. El último eslabón doctrinal es de José Manuel García García, según el cual el criterio distintivo debe basarse en los principios de prioridad y retroactividad y propone la utilización de las expresiones «motivos de suspensión o denegación» que es más amplia que la de faltas, ya

que también incluye los obstáculos del Registro u otros impedimentos que no son falta ni defecto.

Tras una cuidadosa exposición del Derecho comparado, el autor, como presupuesto previo y necesario para el estudio general del tema, aborda la cuestión de la naturaleza jurídica de la calificación registral, repasando todas las teorías conocidas. Hace una certera delimitación de los elementos negociales y formales que entran en la función calificadora, dirigida principalmente a proteger el tráfico jurídico inmobiliario y resalta que la calificación del Registrador no se limita a señalar las faltas de los títulos, sino que más bien se extiende al asesoramiento sobre su subsanación, informando a los interesados respecto a las consecuencias de la situación registral existente.

En el capítulo IV estudia el tema de la ineficacia de los negocios jurídicos en general por las repercusiones que puede suponer frente al Registro, según sus distintos grados. Así, serán tratados de modo diferente los negocios inexistentes, los nulos de pleno derecho, los anulables, los válidos pero irrelevantes y los que pueden ser sometidos a resolución o revocación. Todos los contempla Gómez Gállico, sobre todo en su aspecto de la efectividad respecto a terceros, analizando la posibilidad de sanación en sus diversas formas, todo ello con estudio de los preceptos legales aplicables a cada caso.

El ámbito de la calificación registral puede variar según el título se presente bajo la forma de escritura notarial o se trate de documentos judiciales o administrativos y de ello se ocupa también el autor, que pasa, en el capítulo VI, a presentar la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en cuanto a las faltas. El autor recoge una lista de Resoluciones en las que el Centro Directivo se ha pronunciado por la naturaleza subsanable o insubsanable del defecto apreciado por el Registrador. De ellas extrae una serie de principios orientadores en la materia, como la libertad contractual y el fomento del tráfico, el de la agilidad del procedimiento registral, el de economía procesal, la conservación del negocio, concordancia con la realidad, evitación del fraude y de perjuicios al titular y a terceros, la cooperación con la Administración de Justicia y otros más, como la interpretación restrictiva de normas prohibitivas y la no entrada en el Registro de pactos sin fuerza real y de situaciones jurídicas carentes de firmeza.

Los capítulos VII y VIII del libro contienen una lista exhaustiva de Resoluciones de la Dirección General en las que el autor encuadra detalladamente las diversas causas de las faltas subsanables e insubsanables, clasificándolas por su origen, según dimanen del incumplimiento de un derecho material, registral o formal, para terminar en el capítulo IX con el estudio de la subsanación que, en nuestro ámbito, es el procedimiento por el cual una relación jurídica adquiere definitivamente la eficacia registral de que provisionalmente carecía. Tras repasar los distintos medios de sanación de las faltas, contempla la publicidad registral de esa subsanación.

El libro termina con un capítulo de conclusiones, donde el autor resalta la necesidad de enfocar el problema de la distinción de un modo global, teniendo en cuenta las distintas aportaciones legislativas, históricas, doctrinales y jurisprudenciales, para poder extraer los elementos característicos que diferencian las faltas subsanables de las insubsanables.

Aun con estas precauciones, Gómez Gállico se arriesga a dar una diferente definición de las faltas. Son subsanables, nos dice, aquellos defectos de que adolece un título presentado a inscripción, tanto en su aspecto material como formal, que además de ser susceptibles de subsanación, únicamente determinan

la ineficacia registral provisional de la relación jurídica creada y, en consecuencia, permiten mantener la prioridad derivada del asiento de presentación primitivamente practicado, sin necesidad de una nueva presentación de la titulación complementaria. E insubsanables serían, a juicio del autor, las faltas que determinan la ineficacia registral definitiva del título presentado, exigiéndose en caso de ser objeto de sanación una nueva presentación, sin que a estos efectos mantenga su vigencia la prioridad ganada con el asiento de presentación primitivamente practicado.

De todo lo dicho queda clara la altura doctrinal de la tesis doctoral y el enorme trabajo de investigación y búsqueda de supuestos, con su correspondiente apoyatura jurisprudencial. Supone, sin duda, una gran aportación y una ayuda inestimable para la labor práctica diaria de nuestros despachos.

Por todo ello, enhorabuena de nuevo.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

SENADO: *El Código Civil, Debates parlamentarios, 1885-1889*, Dirección de Estudios y Documentación, Servicio de Publicaciones del Senado, introducción de José Luis de los Mozos, Madrid, 1989, dos tomos de 2116 págs.

La *Gaceta de Madrid* de los días 25, 26 y 27 de julio de 1889 publicaba el texto de la nueva edición del Código Civil hecha con las enmiendas y adiciones propuestas por la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación, según el resultado de la discusión habida en ambos Cuerpos Colegisladores, en cumplimiento del Real Decreto del día 24 del mismo mes, firmado por doña María Cristina, Regente del Reino, en nombre de su Augusto Hijo el Rey don Alfonso XIII.

Ha hecho un siglo de este hito fundamental en nuestra historia jurídica y con este motivo el Senado español ha recogido en dos voluminosos tomos, de presentación excelente y bien editados, los debates parlamentarios que tras cuatro años culminaron en la obra codificadora que se había iniciado a raíz de la Constitución de 1812.

Es una edición facsímil donde se reproducen los *Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados y del Congreso* en las páginas que recogieron las sesiones dedicadas al estudio y discusión de lo que habría de ser el Código. La florida oratoria parlamentaria, las propuestas y enmiendas, el tono de las discusiones e incluso la propia tipografía de aquellos Diarios Oficiales, forman un conjunto ambiental que nos transporta a la época, haciéndonos vivir el entorno y las tensiones doctrinales y políticas precedentes al nacimiento de nuestro Código.

Su publicación ahora constituye un pleno acierto del Senado, pues con este libro se colma una laguna existente en nuestra historiografía jurídica del siglo XIX, a lo que se añade la oportunidad de hacerlo con ocasión del centenario del Código.

La recopilación reproduce íntegramente y de modo cronológico tanto los debates como los textos de los dictámenes, votos particulares y enmiendas, así como los textos definitivos y se refieren tanto a los producidos en el Senado como en el Congreso de los Diputados, ya que ambas cámaras tenían competencias colegisladoras según la entonces vigente Constitución de 1876.

Como es sabido, hubo dos fases fundamentales en el proceso final de la codificación. En la primera, el Senado y el Congreso autorizaron al Gobierno, mediante la Ley de Bases, a la publicación del Código; en la segunda, una vez publicado éste, tiene lugar las discusiones que originan las enmiendas y adiciones que desembocan en la definitiva publicación. Cada una de estas dos fases se han recogido en los tomos I y II del libro, incluyendo dentro de cada una de las cámaras los debates respectivos, los textos y los anexos. Igualmente se recogen las peticiones de datos, ruegos, preguntas, exposiciones y documentos que se originaron con ocasión de tan polémicos debates. Al final se incluyen índices de oradores y de exposiciones que facilitan la consulta.

Otro de los aciertos del Senado en esta ocasión ha sido encargar al Catedrático de Derecho Civil, Profesor José Luis de los Mozos, Senador en la pasada legislatura y actual Magistrado del Tribunal Constitucional, que hiciese una introducción, que ha resultado un magnífico trabajo doctrinal.

En él nos dice que esta obra de ahora es, además de oportuna, muy importante, dada la carencia de materiales para estudiar el desarrollo de nuestra codificación civil, tanto en su aspecto general como en relación con cualquier cuestión concreta. En efecto, estos antecedentes legislativos pueden incluso tener interés para la mejor interpretación de alguna norma o institución determinadas.

Al recogerse el desarrollo prelegislativo, con este itinerario se puede tener una idea más completa del Código y comprobar que las críticas con que fue recibido no son justas. Se dijo que fue una obra precipitada y además mal hecha por ser mera copia de otros códigos extranjeros; si se considera que nuestra codificación duró casi ochenta años, el primer argumento cae estrepitosamente; el otro tampoco es cierto, puesto que el Código ha recogido lo más importante de nuestra tradición jurídica, aun a trueque de tener que admitir algo foráneo; en este punto, uno, que fue alumno de don Federico de Castro, no tiene demasiadas dudas sobre el particular.

Pero sigamos con el comentario del Profesor De los Mozos. Este estudia lo que es la codificación que no puede quedar reducida a la simple idea etimológica de la palabra código como «libro de leyes». En su sentido técnico moderno es un conjunto de normas jurídicas ordenadas sistemáticamente, presididas en su formación por una unidad de criterio y de tiempo. De este modo se contraponen las ideas de código y recopilación, ya que el primero, aparte de responder a un fenómeno cultural más amplio, concretado en el encuentro entre el Derecho natural racionalista con la Ilustración, tiene una serie de ventajas evidentes desde el punto de vista práctico, frente al pluralismo y la incertidumbre de la legislación antigua. Otro elemento definidor de la codificación moderna, según De los Mozos, es que se inserta dentro del movimiento más amplio del constitucionalismo, como fundamento de la organización jurídica de un nuevo tipo de sociedad política basada en la libertad del individuo y la igualdad de los ciudadanos.

A continuación repasa De los Mozos los precedentes de la codificación civil en España, desde la Constitución de 1812, recorriendo los diversos avatares que todos conocemos y que dependían bastante de los pendulazos políticos de la época. Resalta la importancia del Proyecto de 1851, antecedente básico inmediato del Código, y que al no ser bien recibido hubo de posponerse porque una oposición, científica y foralista, cada vez más fuerte, dio lugar a un frenazo en la codificación. Fue entonces cuando, ante necesidades perentorias e inaplazables, hubo que recurrir a las leyes generales sobre materias especiales como la Hipotecaria, Notariado, Aguas y las del matrimonio y Registro Civil.

Las actividades codificadoras se reanudan a partir de 1880 en que se reorganiza la Comisión General de Codificación, incorporando representantes de las regiones forales, para que, tomando como base el Proyecto de 1851, se procurase recoger las instituciones forales que lo mereciesen. Aun así, el proyecto resultante de la Ley de Bases de 1881 fue rechazado por las Cortes que querían conocer el texto íntegro del Código. El Ministro Alonso Martínez no se desalienta y presenta los dos primeros libros del Proyecto de Código, igualmente sin éxito.

Y en este momento acaban, como nos dice De los Mozos, los precedentes propiamente dichos de la codificación civil. La historia posterior, hasta la definitiva promulgación del Código se halla contenida en los textos de este libro que comentamos. Va, ya lo hemos dicho, desde la presentación de la Ley de Bases en enero de 1885, hasta la promulgación del Código Civil, con la posterior revisión de su primera edición. Dicha Ley de Bases tiene dos novedades principales: la referente a las formas del matrimonio y el respeto al Derecho foral, con sus propias normas supletorias, quedando el Código relegado a ser supletorio de segundo grado. Con todo, su aceptación no fue nada fácil, como lo prueban las discusiones que se recogen en estos volúmenes a que nos estamos refiriendo.

Los principios que habrían de inspirar el Código Civil, según la Ley de Bases, los analiza José Luis de los Mozos empezando por la base primera, donde se señala que no se trata de innovar, sino de recoger el Derecho civil patrio, tomando como punto de partida el Proyecto de 1851, pero solo «en cuanto se halla contenido en él el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles» de nuestro Derecho histórico; en las bases 5, 6 y 7 se determinan en el modo ya señalado las relaciones entre el Código y los Derechos forales. A continuación examina el Profesor de los Mozos otros criterios que, a su juicio, influyeron en la redacción del Código, tales como el entonces candente tema de las formas de celebración del matrimonio, los aspectos en que se aleja o se acerca del Proyecto de 1851, los criterios tomados de las leyes generales de aplicación a todo el territorio nacional y los inspirados en la recepción de normas procedentes de los Derechos forales. Concluye el autor que no puede por ello despojarse a la Ley de Bases de todo valor actual, pues al menos lo tiene indudablemente como instrumento de interpretación histórica y aun finalista, tal como lo viene entendiendo la doctrina y hasta la jurisprudencia.

Al estudiar ya el contenido del Código, José Luis de los Mozos nos dice que, aparte de sustituir, modificando o recogiéndolo, aparte del Derecho general de aplicación en todo el territorio nacional, también sustituyó al Derecho castellano en su significado Derecho común, o como dijera el Profesor De Castro, ha heredado la situación que tuvieran Las Partidas y la Novísima Recopilación. Se ha dicho que el Código contiene escasamente la tercera parte de la materia que debía corresponderle, pues las leyes especiales debieron incluirse en su articulado, como lo había establecido la Ley de Bases.

Tras reseñar la sistemática del Código y hacer referencia a las discusiones y críticas sobre la misma, entra el Profesor De los Mozos en la debatida cuestión de arcaísmo o modernismo. Es opinión común que la codificación en España es obra de la Restauración y fruto del clima de concordia política de la época; aunque esto sea cierto, no debe olvidarse la importancia de sus precedentes y las dificultades de su desarrollo, con sus entusiasmos y desencantos y todo el cúmulo de problemas prácticos y técnicos, que pueden verse en los debates parlamentarios que se recogen en el libro.

Opina De los Mozos que las diferencias entonces existentes entre la tradición jurídica general y las particulares de cada provincia eran mucho menores de las

que imaginamos, porque aquel contexto de leyes antiguas o modernas tenían mucha menos importancia de la que tienen ahora y el espacio que dejaban libre lo ocupaba la doctrina del Derecho común.

Desde el punto de vista de las ideas sociales, el Código es moderadamente individualista y liberal, traduciendo el sentimiento de las fuerzas políticas entonces predominantes; se ve el respeto a la libertad y la dignidad de la persona, aunque no dejen de aparecer algunos lunares que modernamente no nos parecen aceptables.

Finalmente, el comentarista opina que tampoco puede decirse que el Código no tuviera detrás un fundamento científico, tenía el fundamento de la doctrina del *usus modernus Pandectarum* contrastado con un conocimiento nada superficial de las corrientes doctrinales de mayor apogeo en la época. Y termina su introducción resaltando la indudable fuerza expansiva del Código que concreta en que es supletorio respecto de leyes civiles especiales, tanto en el conjunto del Derecho privado como de las materias civiles contenidas en otras leyes, discutiéndose si también puede extenderse respecto a leyes administrativas. Igual función de Derecho común tiene respecto de los Derechos forales, en cuanto lo permita la naturaleza del *ius proprium* de tales Derechos.

Además de comentar este excelente y documentado trabajo de introducción de José Luis de los Mozos, no podemos dejar sin indicar que el libro reúne todas las condiciones para ser considerado un relevante recuerdo del centenario del Código. La edición es correcta por su completo contenido y además por su aspecto externo que se concreta tanto en una digna encuadernación y presentación, como por su tipografía, fiel reproducción de la de la época.

Un acierto total por el que hay que felicitar al Senado y a cuantas personas han intervenido en esta magnífica obra de nuestra historia jurídica.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PASCUAL ESTEVILL, LUIS *Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil*, tomo I, parte general, con 127 páginas; tomo II, volumen 1.º; parte especial «La responsabilidad contractual», con 364 páginas, Editorial Bosch, Barcelona, 1989.

Para exigir responsabilidad civil por daños ¿es preciso probar la culpabilidad del causante o basta con mostrar la lesión? ¿La responsabilidad requiere un elemento subjetivo o es puramente objetiva? *That is the question* que se plantea el autor, inclinándose más bien por la segunda respuesta, como vamos a ver.

Empieza su libro diciendo que la complejidad y variedad del momento económico presente reclaman concepciones amplificadoras del significado de la responsabilidad civil; la diversidad y naturaleza de los nuevos elementos de la producción de bienes y servicios determinan dinámicas obligaciones diferentes de las contempladas hasta ahora, pues generan modalidades de daños que demandan la asunción de un mayor compromiso frente a los actos y omisiones, como remate de una mayor protección de los derechos.

El autor de este interesante libro, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio en Barcelona, es ya conocido de nuestros lectores, pues ha publicado varios valiosos trabajos en esta Revista.

Comentamos el tomo I y el volumen 1.º del tomo II, con el contenido que vamos a ver. Se nos anuncia para después el volumen 2.º de la parte especial, que se dedicará al estudio de la culpa delictual, de la extracontractual y de aquella en que se puede incurrir en las negociaciones preparatorias de un contrato.

I. *Parte general*

El concepto de responsabilidad, nos dice el autor, es anejo al de libertad. Garantizada la libre determinación del individuo, las consecuencias son el resultado de sus decisiones, siendo esta regla moral la que mejor cuadra con las exigencias del ordenamiento civil. Pascual Estevill enfoca el tema de la responsabilidad, pues, en relación con la libertad, no como si se tratara de una situación de conflicto, sino más bien como institutos concatenados.

A continuación estudia la significación que tiene la responsabilidad civil en nuestro Ordenamiento y en los Códigos civiles continentales y nos dice que la doctrina civilista, sin ignorar la incidencia que el elemento subjetivo habrá de ejercer cuando el daño se produzca mediando culpa o negligencia, ya contempla también aquellas otras situaciones en las que, aun observándose la diligencia adecuada, se causa un perjuicio a otros violando los límites de libertad. Entonces el ilícito consiste simplemente en la invasión de la esfera de intereses ajenos, sin más.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español y de los Tribunales de Casación continentales, aunque no abandona con facilidad el axioma culpabilista recogido en la totalidad de los Códigos europeos, ya va recibiendo en modernas sentencias la corriente objetivista del principio *pro damnato*.

En definitiva, el principio de la nueva responsabilidad civil que propugna Pascual Estevill se centra en la idea de asumir un mayor compromiso frente a los actos u omisiones del agente como presupuesto indispensable para garantizar una protección más eficaz de la esfera ajena. Y esto viene justificado por una realidad innegable y es que en la actualidad hay nuevos elementos originadores de reacciones humanas que en tiempos pasados no se daban o eran diferentes; a su amparo surgen responsabilidades convencionales o aquilianas que merecen un trato distinto. El tradicional principio de la culpa, antaño válido, ya no es suficiente para restablecer las actuales situaciones de desequilibrio económico que se pueden producir por los adelantos técnicos o científicos del momento presente.

El autor entiende que el principio *neminem laedere* es válido y aplicable a todos los tipos de responsabilidad y no sólo a la aquiliana, porque la regla de que no debe invadirse la esfera de los intereses ajenos es básica y común a todas las instituciones. Por ello afirma que la responsabilidad civil por el simple riesgo debe aceptarse como una solución mediadora entre el beneficiado por el progreso y que pueda resultar afectado. La responsabilidad, sea contractual o extracontractual confluye en la relación entre daño causado y riesgo por razón de la movilización del elemento lesivo; se trata de una responsabilidad objetiva por el riesgo o resultado, aunque la lesión al interés ajeno se origine sin la mediación del elemento moral.

En definitiva, concluye Luis Pascual, que el momento económico actual es tan distinto del contemplado por las normas codificadas que se hace preciso ampliar las concepciones antiguas sobre el significado de la imputabilidad del daño a la hora de valorar la responsabilidad civil. Frente a los riesgos que nos

deparan los adelantos tecnológicos, no vale como referencia segura de la imputabilidad el principio de la culpabilidad basado en la responsabilidad moral del autor del daño.

Naturalmente, el autor, junto a su tesis de la responsabilidad objetiva, no puede por menos que dejar a salvo que el principio de la culpa intencional o la negligencia actuarán en los casos de las obligaciones convencionales como elementos subjetivos agravatorios de la responsabilidad que se traduce en el abono de daños y perjuicios por incumplimiento culpable del contrato.

Parte especial. *La responsabilidad contractual*

En este volumen 1.º del tomo II de su obra el autor acomete el estudio de los problemas que pueden dimanar de las relaciones nacidas de una obligación pactada, cuando el programa de pagos trazado por las partes se ha incumplido.

Este es el eje central de donde arranca la exposición de Pascual Estevill siguiendo en su idea, ya esbozada, de que también la responsabilidad convencional debe tener la consideración de objetiva y nos dice que aunque una aparente lectura del artículo 1.101 del Código Civil induce a pensar que es preciso el elemento subjetivo del dolo, la negligencia o la morosidad del deudor, la verdad es que esto es sólo una posibilidad alternativa que no modifica para nada la idea principal del precepto que proclama que quedan sujetos a indemnizar daños y perjuicios todos aquellos que de cualquier modo contravengan el tenor de la obligación. Con esta precisión es necesario admitir que el solo hecho de perturbar el derecho del titular del crédito basta por sí mismo para activar el mecanismo de la responsabilidad, sin precisar otros requisitos; así lo confirma, en opinión del autor, el artículo 1.107 CC al señalar que los daños y perjuicios de que ha de responder el deudor de buena fe son aquellos previstos al nacer la obligación y que «sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». Por ello, entiende que parece evidente que en el marco convencional, en el que por sus consecuencias ya se ha dejado establecida la obligación, sólo se requiere su incumplimiento para que se concrete tal deber resarcitorio.

La cuestión de la responsabilidad contractual es estudiada extensamente a lo largo de las 360 páginas de este volumen, empezando por los precedentes, requisitos y motivos del elemento culposo que es el central a la luz de la legalidad vigente, interpretada de modo mayoritario por la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Aborda detenidamente después los presupuestos que se consideran indispensables para conseguir un cumplimiento idóneo de las obligaciones nacidas de contrato, tales como la diligencia y prudencia del sujeto pasivo. Recalca que el principio de la buena fe está consagrado en nuestro ordenamiento jurídico como requisito de presencia necesaria en toda relación obligacional. Dándose tales presupuestos, lo normal será el cumplimiento de la obligación.

Si faltan, el crédito se verá perturbado al infringirse el programa preestablecido por las partes y esta violación del derecho se constituye en cuestión previa para determinar la responsabilidad del deudor. Pascual Estevill se adentra en su estudio, considerando especialmente las diversas situaciones que la conforman y repasa todos los supuestos a la luz de los preceptos legales, la doctrina nacional y extranjera y la jurisprudencia.

En el apartado siguiente estudia el artículo 1.101 CC como regla básica que establece con carácter general la responsabilidad originada por la contravención

de las obligaciones nacidas de contrato y analiza los precedentes y concordancias de este precepto, así como su significado jurídico. Como ya había apuntado antes, Pascual Estevill nos dice que si de su letra se sacan el dolo y la negligencia, cuyo marco está mejor situado en el artículo 1.107, y a la mora se la concibe como un simple retardo, resultará evidente que el artículo 1.101 sólo tendrá virtualidad para producir efectos al punto que se produzca el incumplimiento, se deje de realizar la prestación debida o se infrinja el programa solutorio que las partes habían establecido.

Así pues, el incumplimiento de la obligación es el verdadero y único motivo determinante para la actuación de la responsabilidad contractual; insiste el autor en que será el hecho objetivo de no pagar o hacer lo debido el que desencadenará, también objetivamente, la responsabilidad del sujeto obligado al cumplimiento; si interniviera el dolo o la negligencia solamente se añadirá una consecuencia nueva que será la graduación o agravamiento del *quantum*, pero la responsabilidad ya existía.

En el capítulo V estudia el contenido y los límites de la responsabilidad, que se concretan en la sobrevenida imposibilidad solutoria de la prestación debida, siempre que dicha imposibilidad sea objetiva y absoluta y no imputable al obligado. Sólo se extingue la relación obligacional cuando por caso fortuito o fuerza mayor resulta imposible entregar la cosa o cuando fuese legal o físicamente imposible realizar la prestación (arts. 1.182 y 1.184 CC). Los límites de estas exigencias dice el autor, se identifican con los confines de la responsabilidad del deudor por su propia actuación.

En el último capítulo del libro se estudia la posibilidad de modificar por convenio inter partes la regla general de la responsabilidad, bien limitándola, agravándola o incluso pactando su exoneración. La cuantía de la responsabilidad puede ser regulada por el arbitrio discrecional de los interesados intervinientes; es un principio generalmente admitido por la doctrina y la jurisprudencia y que encuentra su apoyo legal en el artículo 1.255 del CC, aunque con los límites generales de validez que dicho precepto establece.

El autor recoge algunos casos de una creciente «fenomenología de la irresponsabilidad», tales como esos frecuentes avisos de «no se admiten reclamaciones», «este establecimiento no responde de...», etc. y se muestra contrario a tales prácticas, frontalmente opuestas a los artículos 1.101 y 1.902 del Cc y a los preceptos de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Una de las cláusulas más frecuentes en los contratos es la penal por la que se pacta una compensación pecuniaria para caso de incumplimiento; Pascual Estevill desarrolla su naturaleza y fines y estudia las otras figuras afines conocidas, de las que debe ser distinguida por sus diferentes efectos.

Termina, por ahora, el libro diciendo que las relaciones de obligación, excepción hecha del contenido social que las envuelve, están funcionalizadas al intercambio de bienes y servicios entre los hombres, siendo así que la observancia del *pacta sunt servanda* transmite aquella regularidad jurídica que el establecimiento, pervivencia y ejecución de la obligación pactada necesita.

Hemos visto que la obra tiene denso contenido y el autor trata el tema concienzudamente; ha realizado una enorme labor de síntesis de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia y ha conseguido exponer con gran brillantez su tesis de la responsabilidad civil objetiva en general y en la esfera contractual. Ahora, a esperar su labor en la responsabilidad extracontractual.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 544-545 (Enero-Febrero 1990)

- «La ejecución procesal y su adecuación constitucional», por RAFAEL MANZANA LAGUARDA, pág. 1.
- «Evolución histórica de la letra de cambio como título ejecutivo», por MARÍA PÍA CALDERÓN CUADRADO, pág. 23.
- «La Constitución portuguesa de 1976 y sus reformas», por JOSÉ M.^a MARTÍNEZ VAL, pág. 63.
- «Nota sobre la legislación portuguesa en materia de objeción de conciencia al servicio militar obligatorio», por ANTONIO MILLÁN GARRIDO, pág. 81.
- «Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales», por JOSÉ MASSAGUER, pág. 245.
- «La teoría de los *Property Rights* y la protección de la propiedad intelectual e industrial», por MICHAEL LEHMANN, pág. 265.
- «*Property Rights* y derecho de marcas», por ANTONI FONT, pág. 283.
- «La propiedad intelectual y la teoría de los derechos de propiedad. Observaciones críticas», por GUILLERMO CABANELLAS, pág. 299.
- «Comentarios a la teoría de los *Property Rights* y la protección de la propiedad intelectual e industrial, de M. Lehmann», por FRANCISCO CABALLERO SANZ y FERNANDO ESTEVE MORA, pág. 307.
- «Mito y fantasía en el mundo de las patentes y del derecho de defensa de la competencia», por GUILLERMO CABANELLAS, pág. 311.
- «Notas preliminares sobre la protección jurídica de los bienes inmateriales», por VICENTE L. MONTES, pág. 442.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Febrero 1990)

- «La nueva Ley de Sociedades Anónimas, modificaciones introducidas en el texto refundido sobre la Ley de 25 de julio de 1989», por JOSÉ M.^a NEILA, págs. 99 a 111.
- «Sobre algunos puntos destacados en el debate civilístico de los años ochenta. Del siglo XIX: las fuentes del Derecho y las personas jurídicas», por JOSÉ DE LA CUESTA, págs. 112 a 122.

(Marzo 1990)

- «La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de Derecho que infringe las normas debidas aplicar», por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, págs. 171 a 186.
- «El error de Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», por SALVADOR CARRIÓN, págs. 187 a 211.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION LOCAL Y AUTONOMICA

Núm. 243 (Julio-Septiembre 1989)

- «Las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras autonómicas afines», por JOSÉ LUIS CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, pág. 527.
- «Autonomías y descentralización local», por JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, pág. 545.
- «Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas», por FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, pág. 563.
- «Los centros de gestión en el contexto de la reforma de la Función Pública Territorial francesa», por PEDRO SORIA FERNÁNDEZ MAYORALES, pág. 611.
- «Las provincias valencianas», por JOSÉ M.^a BOQUERA OLIVER, pág. 627.
- «La Ley Orgánica de Régimen Municipal de Venezuela», por JOSÉ MANUEL CASTELLS ARTECHE, pág. 647.

Número 244 (Octubre-Diciembre 1989)

- «La organización política y administrativa de Bogotá y Ottawa-Hull», por JAIME VIDAL PERDOMO, pág. 735.
- «Asentamiento de la población y ordenamiento jurídico gallego», por JOSÉ LUIS MEILÁN GIL y JAIME F. RODRÍGUEZ-ARANA, pág. 751.
- «Las Asociaciones de Consumidores y su futuro. Representación», por FEDERICO ROMERO HERNÁNDEZ, pág. 759.
- «La administración periférica en el Estado de las Autonomías», por MARTÍN OROZCO MUÑOZ, pág. 779.
- «La gestión de la Diputación de Palencia durante la Dictadura de Primo de Rivera», por ENRIQUE ORDUÑA REBOLLO, pág. 803.
- «Privilegios reales otorgados en la ribera del Duero burgalesa», por MANUEL HURTADO QUERO, pág. 831.
- «El gasto regional en la dinámica cultural española», por PEDRO PLASENCIA, pág. 861.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 116 (Enero-Febrero 1990)

- «El principio de impenetrabilidad territorial de la competencia municipal en materia de urbanismo. Las actuaciones de conjunto del artículo 32 de la Ley del Suelo», por FRANCISCO LLISSET BORRELL, pág. 15.
- «Licencias urbanísticas especiales», por FERNANDO RODRIGO MORENO, pág. 35.
- «La protección de los conjuntos históricos a través del planeamiento. El caso específico del conjunto de Santa María del Campo de Viveiro», por FERNANDO MORA BONGERA, pág. 47.
- «Un acercamiento a la normalización del contenido de los planes urbanísticos», por JULIO GARCÍA LANZA, pág. 69.

DOCUMENTACION JURIDICA

Núm. 56 (Octubre-Diciembre 1987)

- «La opinión pública sobre la delincuencia y la justicia penal (Ponencias presentadas en la XIII Conferencia de Investigaciones Criminológicas)», pág. 13.
- «Extensión de la información del público y naturaleza de la opinión pública sobre la delincuencia», por M. JAN y J. M. VAN DIJK, pág. 15.
- «La extensión de la información del público y de la naturaleza de la opinión pública sobre el control social de la criminalidad», por M. H. PHILIPPE ROBERT, pág. 49.
- «Influencia de los medios de comunicación de masas en la opinión sobre la delincuencia y la justicia penal», por HANS JOACHIM SCHNEIDER, pág. 115.
- «La opinión pública y la legislación penal», por PAUL ROCK, pág. 155.
- «Interacciones en el seno del sistema de justicia penal (Informes presentados en la Conferencia de Investigaciones Criminológicas, 1986, Estrasburgo, 1987)», pág. 197.
- «Los problemas de coordinación y de cooperación en la práctica cotidiana entre los diversos órganos del sistema de justicia penal», por M. D. W. STEENHUIS, pág. 209.
- «Dificultades particulares que se derivan, para la aplicación del Derecho, de los conflictos fundamentales entre los diversos órganos en cuanto a las reacciones más apropiadas frente a las clases de infracciones muy controvertidas», por M. H. J. ALBRECHT, pág. 233.
- «Influencias que los objetos de los otros dos informes pueden tener sobre el desarrollo de un asunto penal, desde la intervención policial hasta el Ministerio Público, en el Tribunal y en la aplicación de las penas», por M. R. SCREVEN, pág. 271.

BOLETIN DE LA FACULTAD DE DERECHO DE COIMBRA

(Número especial en homenaje
al Prof. Alfonso Rodrigues Queiró, 1984)

- «Autonomía regulamentar e reserva de lei», por J. C. VIEIRA DE ANDRADE, pág. 1.
- «Os regulamentos administrativos em Direito do Trabalho», por JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, pág. 37.
- «Formas jurídicas de cooperação intermunicipal», por FERNANDO ALVES CORREIRA, pág. 61.
- «Fidelidade à República ou fidelidade à NATO», por JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, pág. 131.
- «A jurisdição constitucional em Portugal» por JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, pág. 209.
- «O problema da nacionalização das empresas jornalísticas», por NUNO DE SOUSA, pág. 259.
- «A interpretação da Constituição económica», por JORGE MIRANDA, pág. 281.
- «Um projecto constitucional de 1975», por SOARES MARTINEZ, pág. 293.
- «A autonomia contractual da administração no Direito inglês», por J. M. SERVULO CORREIRA, pág. 343.
- «Aspectos recentes do Direito Internacional Privado português», por RUI MANUEL MOURA RAMOS, pág. 377.

- «Do Acto Unico à Nova Fronteira para a Europa», por MANUEL CARLO LOPES PORTO, pág. 421.
 «António Candido. Universitário e Juspublicista», por A. BARBOSA DE MELO, pág. 495.
 «A empresa pública e o seu regime jurídico: aspectos gerais», por LUIS CABRAL DE MONCADA, pág. 565.
 «A parte geral do Código das Sociedades Comerciais», por ANTONIO CAEIRO, pág. 621.

(II. Número especial en homenaje al Prof. Eduardo Correia, 1984)

- «As sociedades de pessoas no Código das Sociedades Comerciais», por ANTONIO CAEIRO, pág. 1.
 «Sinal e Contrato-Promessa», por JOAO CALVAO DA SILVA, pág. 83.
 «Da Iustitia à Disciplina. Textos, Poder e Política Penal no antigo regime», por ANTONIO MANUEL B. ESPANHA, pág. 139.
 «Strafrecht und Strasserverkehr», por PETER HUNERFELD, pág. 233.
 «Neue Deutsche Verbrechenstheorie und ihre praktische Bedeutung», por HANS-HEINRICH JESCHECK, pág. 257.
 «Erneuerung des Kriminalrechtlichen Sanktionensystems in der Bundesrepublik Deutschland», por GUNTER KAISER, pág. 281.
 «O direito de greve nos ordenamentos franceses, alemães e italianos», pág. 327.
 «Habermas e a Universalidade do Direito», por JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, pág. 477.

NOTICIAS CEE

Núm. 62 (Marzo 1990)

- «Balance de la primera presidencia de España en la CE», por LUIS BUENO SIDRE y JOSÉ M.^a MURIEL PALOMINO, pág. 11.
 «Análisis de la Presidencia española del Consejo de las Comunidades Europeas», por MIGUEL FORASTER SERRA, pág. 29.
 «La Presidencia española de la Comunidad: Balance y consecuencias», por HELIO REX GÓMEZ DE ROJAS y TOMÁS ALONSO RAMOS SÁNCHEZ, pág. 37.
 «La franquicia y las normas de la CEE sobre competencia: decisiones recientes y el nuevo reglamento de exención por categoría», por J. E. DE COCKBORNE, pág. 43.
 «El control de las concentraciones en el Derecho Comunitario Europeo», por STEPHEN J. PICKARD, pág. 67.
 «El nacimiento de la Europa Azul», por VÍCTOR MANTECA VALDELANDE, pág. 81.
 «El sistema de TAC y cuotas», por JESÚS MIRANDA DE LARRA y DE ONÍS, pág. 93.
 «La participación de la Comunidad Económica Europea en los Convenios multilaterales de pesca», por JAIME MUNICH GASA, pág. 101.
 «Informe general sobre los progresos hacia 1992», por ETIENNE REUTER, pág. 113.
 «España y Europa a partir de 1993», por CÁNDIDO VELÁZQUEZ GAZTELÚ, pág. 119.

Número 63 (Abril 1990)

- «El Mercado Unico y la Bolsa», por PEDRO GUERRERO GUERRERO, pág. 11.
- «Crónica sobre la Banca y el Mercado de Valores en la Comunidad Europea (1988-1989)», por MARÍA RITA LARGO GIL, pág. 15.
- «Problemática para Andalucía de la recepción del Derecho Comunitario», por FRANCISCO DEL RÍO MUÑOZ, pág. 51.
- «La participación del Parlamento como órgano de control en el proceso de formación y ejecución del Derecho Comunitario: La Comisión Mixta para las Comunidades Europeas», por JOSÉ SUAY RINCÓN, pág. 57.
- «La seguridad de los consumidores. Hacia una política de seguridad comunitaria, acompañada al logro y mantenimiento del mercado interior», por DOMINGO JIMÉNEZ BELTRÁN, pág. 69.
- «La política de la Comunidad Económica Europea para la protección de los consumidores», por DIONISIO SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA, pág. 79.
- «La armonización fiscal comunitaria y el contexto general del sector eléctrico», por LUIS JULVE GUERRERO, pág. 97.
- «Derecho y tecnologías de la información en Europa: panorama de los bancos de datos jurídicos», por VICENTE LÓPEZ MAYOR, pág. 109.
- «Financiación del Presupuesto General de las Comunidades Europeas. Sistema de recursos propios», por ANA DE LA FUENTE SANTORCUATO, pág. 115.
- «La reforma de los Presupuestos de la Comunidad», por ANTONIO FERNÁNDEZ ALVAREZ y ALFREDO CADENAS MARÍN, pág. 125.

